

# HØJESTERETS DOM

## afsagt onsdag den 22. november 2017

**Sag 321/2016**

(1. afdeling)

Dansk Erhverv som mandatar for A A/S

(advokat Lars Alexander Borke)

mod

Kristelig Fagforening som mandatar for B

(advokat Mathias Staugaard Nielsen)

I tidligere instanser er afsagt dom af Retten i Glostrup den 28. april 2015 og af Østre Landsrets 2. afdeling den 27. maj 2016.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Poul Dahl Jensen, Henrik Waaben, Lars Hjortnæs, Jan Schans Christensen og Anne Louise Bormann.

### **Påstande**

Parterne har gentaget deres påstande.

Appellanten, Dansk Erhverv som mandatar for A A/S, som har opfyldt landsrettens dom, har endvidere påstået tilbagebetaling af 83.819,82 kr. med procesrente fra den 12. juni 2014 samt tilbagebetaling af sagsomkostninger for byret og landsret med procesrente fra den 12. maj 2015 henholdsvis den 8. juni 2016.

### **Anbringender**

Dansk Erhverv som mandatar for A A/S har anført navnlig, at i situationer, hvor funktionæren er delvist sygemeldt, skal arbejdsfri dage indgå forholdsmæssigt i beregningen af de 120 sygedage. Når en medarbejder er delvist sygemeldt i et på forhånd kendt antal timer ugentligt, er medarbejderen hverken mere eller mindre syg på arbejdsdage end på arbejdsfri dage. Sygefraværet skal derfor i disse tilfælde beregnes som et forholdsmæssigt sygefravær, således

at det kendte sygefravær sættes i forhold til den ugentlige arbejdstidsnorm. Ved et delvist sygefravær på 16 timer ud af en ugentlig arbejdstid på 32 timer vil en arbejdsfri weekend således indgå i optællingen med 16/32. Set over hele ugen vil det sygefravær, der kan medtælles, kunne opgøres til 7 x 0,5 svarende til 3,5 sygedage.

Kristelig Fagforening som mandatar for B har anført navnlig, at alene Bs faktiske fravær på henholdsvis en og to dage om ugen i de uger, hvor hun var deltidssygemeldt, kan medregnes i de 120 sygedage.

### **Højesterets begrundelse og resultat**

B var i 2013 ansat hos A A/S med en ugentlig arbejdstid på 32 timer, der var fordelt således, at hun arbejdede mandag, tirsdag, onsdag, fredag og hver anden lørdag.

I ugerne 19-23 var hun deltidssygemeldt, således at hun ikke var på arbejde om tirsdagen, hvilket medførte et fravær på syv timer om ugen. I ugerne 27-29 og 32-35 var hun deltidssygemeldt, således at hun ikke var på arbejde tirsdag og onsdag, hvilket medførte et fravær på 16 timer om ugen. I uge 27 var sygefraværet dog placeret mandag og onsdag. De øvrige arbejdsdage i disse perioder arbejdede hun som hidtil.

Fra og med uge 36 og indtil hun den 29. november 2013 blev opsagt, var hun fuldtidssygemeldt. Opsigelsen skete i henhold til funktionærlovens § 5, stk. 2, idet hun efter As opfattelse inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder havde oppebåret løn under sygdom i i alt 120 dage.

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 i alt 120 dage. Der er hverken i funktionærloven eller i forarbejderne hertil taget stilling til, hvordan de 120 dage efter § 5, stk. 2, skal opgøres.

Det følger 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 i dagen umiddelbart før og dagen umiddelbart efter den eller de pågældende arbejdsfri dage. Parterne er derfor enige om, at søndage og andre arbejdsfri dage skal medregnes i sygefraværet i de uger, hvor B var fuldtidssygemeldt, således at sygefraværet i disse uger var syv dage pr. uge.

Spørgsmålet er herefter, hvordan opgørelsen af de 120 sygedage skal ske for så vidt angår de uger, hvor B var deltidssygemeldt.

Højesteret fastslog i dom af 19. april 2010 (UfR 2010.1922), at de dage, hvor en deltidssygemeldt funktionær har været på arbejde hele dagen, ikke kan medregnes ved opgørelsen af de 120 sygedage, idet funktionæren for de dage modtager løn for arbejde og ikke løn under sygdom. Der kan således ikke anvendes en beregning på grundlag af forholdet mellem ugentlige fraværstimer og ugentlig arbejdstid, der indebærer, at en del af de dage, hvor funktionæren har arbejdet fuld tid, tælles med som sygedage.

Højesteret finder, at det må følge af ordlyden af funktionærlovens § 5. stk. 2, hvorefter sygefraværet opgøres i dage, at hvis funktionæren har været fraværende på grund af sygdom en hel dag, hvor den pågældende skulle have været på arbejde, må dette anses som én sygedag, uanset hvor mange timer funktionæren skulle have arbejdet den pågældende dag. Der kan således heller ikke for de faktiske hele fraværdsdage ske en omregning baseret på forholdet mellem fraværstimer og ugentlig arbejdstid.

I de perioder, hvor B var deltidssygemeldt, indgår således henholdsvis en og to dage om ugen i opgørelsen af de 120 sygedage, mens de dage, hvor hun var på arbejde på fuld tid, ikke indgår.

Tilbage er spørgsmålet, om og i givet fald i hvilket omfang søn- og helligdage og andre arbejdsfri dage – for Bs vedkommende hver torsdag og hver anden lørdag – skal medregnes i de 120 sygedage i de perioder, hvor hun var deltidssygemeldt.

Det følger af Højesterets dom af 19. juni 1990 (UfR 1990.611), at sygefravær en del af en dag medregnes i de 120 sygedage med den faktiske fraværstid. Der er ikke i dommen taget stilling til spørgsmålet om medregning af arbejdsfri dage.

Højesteret finder, at der hverken efter ordlyden af eller formålet med funktionærlovens § 5, stk. 2, er fornødent grundlag for at fastslå, at der ved en deltidssygemelding kan medregnes en skønnet "faktisk fraværstid" for søn- og helligdage og andre arbejdsfri dage. Ved en deltidssygemelding kan derfor alene det faktiske fravær medregnes i de 120 dage, uanset om sygefraværet er placeret som hele fraværdsdage eller som fravær en del af en eller flere ugentlige arbejdsdage. Herved kan arbejdsgiveren og funktionæren tilrettelægge arbejdstiden under en deltidssygemelding, så der tages hensyn til arbejdspladsens behov og funktionærens helbred, uden at placeringen af fraværet har betydning for muligheden for opsigelse efter 120-dagesreglen. Det bemærkes herved, at arbejdsgiveren ikke har pligt til at acceptere, at en funktionær, som er delvist uarbejdsdygtig på grund af sygdom, arbejder på nedsat tid, jf. herved Højesterets samtidige dom af 22. november 2017 i sag 44/2017.

Højesteret finder herefter, at i de uger, hvor B var delvist sygemeldt, kan alene de dage, hvor hun var fraværende på grund af sygdom – først en dag og senere to dage om ugen – medregnes ved opgørelsen af hendes sygedage efter 120-dagesreglen.

Der er på den baggrund enighed mellem parterne om, at betingelserne for opsigelse med forkortet varsel efter funktionærlovens § 5, stk. 2, ikke var opfyldt, og at B har krav på løn, feriegodtgørelse og pension som påstået.

Højesteret stadfæster herefter landsrettens dom, og påstanden om tilbagebetaling tages ikke til følge.

### **Thi kendes for ret:**

Landsrettens dom stadfæstes.

B og Kristelig Fagforening frifindes for A A/S og Dansk Erhvervs tilbagebetalingspåstand.

I sagsomkostninger for Højesteret skal Dansk Erhverv som mandatar for A A/S betale 25.000 kr. til Kristelig Fagforening som mandatar for B. Sagsomkostningsbeløbet skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.

## D O M

Afsagt den 27. maj 2016 af Østre Landsrets 2. afdeling  
(landsdommerne Frosell, Kaspar Linkis og Thomas Tordal-Mortensen (kst.)).

2. afd. nr. B-1106-15:

Dansk Erhverv

som mandatar for A A/S

(advokat Thomas Meyer Stage)

mod

Kristelig Fagforening

som mandatar for B

(advokat Bjørn Holtze)

Dom afsagt af Retten i Glostrup den 28. april 2015 (BS 10H-1690/2014) er anket af Dansk Erhverv som mandatar for A A/S med påstand om frifindelse.

Indstævnte, Kristelig Fagforening som mandatar for B, har påstået stadfæstelse.

Parternes tvist drejer sig som for byretten udelukkende om, hvorvidt B på tidspunktet for opsigelsen den 29. november 2013 havde været syg i 120 dage, jf. funktionærlovens § 5, stk. 2.

Appellanten har gjort gældende, at der ved beregningen af antallet af sygedage, for så vidt angår de perioder, hvor B var deltidssygemeldt, skal anvendes en såkaldt gennemsnitsmetode. Efter denne metode opgøres antallet af sygedage som sygefraværstimernes andel af den ugentlige arbejdstid multipliceret med 7 ugedage, således at fridage og dage i weekender indgår i beregningen.

Indstævnte har gjort gældende, at antallet af sygedage, også for så vidt angår perioderne med deltidssygemelding, skal beregnes alene på baggrund af arbejdsdage med faktisk sygefravær.

Parterne er enige om, at betingelserne for opsigelse, jf. funktionærlovens § 5, stk. 2, er opfyldt, såfremt appellantens beregningsmetode skal anvendes, og at betingelserne ikke er opfyldt, såfremt indstævntes beregningsmetode skal anvendes. Parterne er endvidere enige om den beløbsmæssige opgørelse af det krav, som er omfattet af indstævntes påstand om stadfæstelse.

#### Supplerende sagsfremstilling

Det fremgår af sagens oplysninger, at B var ansat hos A med en ugentlig arbejdstid på 32 timer. Arbejdstiden var placeret således, at hun arbejdede 7½ timer hver mandag, tirsdag, onsdag og fredag samt 3 timer hver anden lørdag. Hun havde fri hver torsdag.

B blev på baggrund af en lægeerklæring af 11. april 2013 deltidssygemeldt i ugerne 19-23 i 2013. Deltidssygemeldingen medførte et sygefravær på 7 timer om ugen. Sygefraværet blev placeret på tirsdage, således at hun ikke mødte på arbejde på tirsdage.

B blev på baggrund af en lægeerklæring af 13. juni 2013 deltidssygemeldt i ugerne 27-29 og 32-35 i 2013. Denne deltidssygemelding medførte et sygefravær på 16 timer om ugen. Sygefraværet blev placeret på tirsdage (bortset fra i uge 27 hvor fraværet blev placeret om mandagen) og onsdage, således at hun ikke mødte på arbejde på tirsdage og onsdage.

B blev på baggrund af en lægeerklæring af 26. august 2013 fuldtidssygemeldt fra uge 36 i 2013 og resten af året. Hun blev opsagt den 29. november 2013 til fratrædelse ved udgangen af december 2013.

#### Forklaringer

Der er i landsretten afgivet supplerende forklaring af C, B og D.

C har supplerende forklaret bl.a., at hun talte med D i begyndelsen af forløbet, da det blev aktuelt med en eventuel deltidssygemelding af B. Hun sagde til D, at der skulle foreligge en lægeerklæring, fordi hun skønnede, at B var bedre tjent med en fuldtidssygemelding. Dialogen om placeringen af sygefraværet foregik mellem D og B. Hun havde ikke kendskab til, om der forelå anbefalinger fra psykologen og lægen med hensyn til placeringen af

sygefraværet. Hun ved ikke, om der fra arbejdsgiverens side blev spurgt ind til eventuelle anbefalinger fra psykologen og lægen.

B har supplerende forklaret bl.a., at hun ikke selv kunne placere sit sygefravær. Da hun talte med D første gang om det kommende sygefravær, fortalte hun om psykologens anbefaling, hvorefter hun skulle arbejde om formiddagen og holde fri om eftermiddagen. D besluttede imidlertid, at fraværet skulle placeres på hele tirsdagen. Hun opfattede Ds beslutning som et nej til psykologens anbefaling, og hun rejste ikke siden spørgsmålet over for D. D spurgte ikke, om der forelå nogen erklæring eller dokumentation for psykologens anbefaling. Hun fortalte psykologen om arbejdsgiverens beslutning, og psykologen svarede, at hun så måtte prøve at få det bedste ud af situationen.

D har supplerende forklaret bl.a., at B var grædende, da hun kom med den første deltidssygemelding. B sagde til hende, at hun måtte placere sygefraværet på de tidspunkter, som hun fandt bedst. B fortalte hende ikke på noget tidspunkt om anbefalinger fra en psykolog eller en læge om, at sygefraværet burde placeres om eftermiddagen og arbejdstiden om formiddagen. Hun fik heller ikke på anden måde oplysning herom. Hun overvejede ikke at bede B om at indhente oplysning fra psykolog eller læge om den mest hensigtsmæssige placering af sygefraværet.

#### Procedure

Parterne har for landsretten i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten og har procederet i overensstemmelse hermed.

#### Landsrettens begrundelse og resultat

Efter § 5, stk. 2, i funktionærloven er en opsigelse af en funktionær med et forkortet opsigelsesvarsel på 1 måned bl.a. betinget af, at funktionæren inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder har oppebåret løn under sygdom i ialt 120 dage.

En funktionær, som alene er delvist uarbejdsdygtig som følge af sygdom, oppebærer kun løn under sygdom for den af sygdommen udløste fraværstid, idet lønnen for den præsterede arbejdstid er løn for arbejde, jf. herved Højesterets dom af 19. april 2010, gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2010, side 1922.



På denne baggrund finder landsretten, at der ikke er grundlag for ved beregningen af antallet af sygedage at medregne nogen del af de dage, hvor B var på arbejde i ugerne 19-23, 27-29 og 32-35.

Det følger af det anførte, at landsretten ikke kan tiltræde appellantens beregning af antallet af sygedage.

Landsretten stadfæster derfor byrettens dom.

Appellanten skal betale sagsomkostninger for landsretten til indstævnte med i alt 25.000 kr. Beløbet er fastsat til dækning af udgifter til advokatbistand. Ved fastsættelsen af beløbet er der ud over sagsgenstandens værdi taget hensyn til sagens omfang, varighed og betydning

**T h i k e n d e s f o r r e t :**

Byrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal Dansk Erhverv som mandatar for A A/S inden 14 dage betale 25.000 kr. til Kristelig Fagforening som mandatar for B.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.