

DOM

Afsagt den 10. december 2015 i sag nr. BS R4-611/2014:

HK/Danmark s.m.f. B
Weidekampsgade 8
0900 København C
mod
A
Tandlæge
...

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen, der er anlagt den 8. august 2014 af HK/Danmark som mandatar for B mod A, drejer sig om, hvorvidt betingelserne for at anvende 120 dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2 var opfyldt ved opsigelsen af B, og om opsigelsen var usaglig i henhold til funktionærlovens § 2 b.

Sagsøgeren, HK/Danmark som mandatar for B, har nedlagt påstand om, at sagsøgte, A, skal betale 190.833 kr. med procesrente fra den 2. august 2014.

Sagsøgeren, HK/Danmark som mandatar for B, har endvidere nedlagt påstand om, at sagsøgte, A, skal betale 12.395 kr. til Bs konto hos feriekonto med procesrente fra den 2. august 2014.

Sagsøgte, A, har nedlagt påstand om frifindelse.

Oplysningerne i sagen

B blev ansat som klinikassistent hos tandlæge ... ApS den 1. august 2006 på fuldtid. Med virkning fra den 1. oktober 2013 overtog A tandlægeklinikken.

Der fremgår følgende af ansættelseskontraktens pkt. 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 ialt 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 mens den ansatte endnu er syg, jf. FUL § 5, stk. 2."

Da A overtog tandlægeklinikken, var der udover B ansat yderligere en klinikassistent, C.

Den 8. november 2013 havde B og A en diskussion, som førte til, at B sygemeldte sig og tog hjem.

A ansatte den 13. november 2013 E som klinikassistentvikar. Ansættelsen blev flere gange forlænget. E blev efterfølgende fastansat.

Den 2. december 2013 deltog B i en sygefraværssamtale med A.

A indgik den 2. december 2013 aftale om tilbud efter lov om en aktiv beskæftigelsesindsats vedrørende D. D skulle i arbejdsprøvning i tandlægeklinikken. Det fremgår af aftalen, at perioden skulle være fra 4. december 2013 til 17. januar 2014, og at det ugentlige timetal var 12 timer. Af aftalen fremgår blandt andet følgende:

"...

Formålet med tilbuddet

Fastholde tilknytning til arbejdsmarkedet (aktivt tilbud)

OBS: Der er aftalt ferie i perioden 23.12.13 til 05.01.14

Jobbetegnelse: Klinikassistent, aftalt med arbejdsgiver, at der skal være adm. opgaver kombineret med klinikfunktion.

Timetal: 3 timer dagligt, undtagen tirsdag hvor tandlæge A ikke er på klinikken

Skånehensyn: ingen tunge løft, fokus på opdeling af arbejdsfunktioner, varierende arb. stillinger, OBS på arbejdsstillinger i yder positionere.

Opfølgning: 18. december kl. 10.00 (kontakt mig venligst for evt. ændring)

..."

Den 19. december 2013 mødte B op på tandlægeklinikken efter at have været hos sin egen læge. B meddelte A, at hun kunne vende tilbage på arbejde den 6. januar 2014 med 20 timer om ugen.

A reagerede ved brev af 2. januar 2014 til B, hvor der blandt andet fremgår følgende:

"...

Torsdag den 19. december 2013 meddelte du, at du fra den 6. januar 2014 kom tilbage på deltid, da du stadigvæk er syg.

Med baggrund i klinikkens drift bliver jeg nødt til at afvise dette forslag, da jeg har brug for en klinikassistent på 32 timer, og som jeg ved kommer på arbejde. Derfor bliver jeg nødt til at holde fast i vores vikar mens du er sygemeldt.

Derfor vil du være at betragte som fuldtidssygemeldt under hele din sygemelding og skal først komme tilbage på arbejdet, når du er helt rask til at varetage dine normale arbejdstider.

ANMODNING OM VARIGHEDSATTEST

Da du har været sygemeldt siden den 11. november 2013 skal jeg hermed anmode om, at der udarbejdes en varighedsattest. Varighedsattesten skal udarbejdes af din egen læge, på baggrund af en samtale mellem dig og din læge, og udgifter forbundet med udarbejdelse af varighedsattesten vil blive afholdt af mig.

Varighedsattesten bedes indeholdt nærmere oplysninger om varigheden af sygdommen.

Varighedsattesten bedes fremsendt snarest muligt og skal senest være undertegnede i hænde den 10. januar 2014.
..."

Den 7. januar 2014 udarbejdede Bs læge, Randi Kristensen, en varighedserklæring med blandt andet følgende indhold:

" ...
Ovennævnte der er min patient, har været sygemeldt. Kan starte på halv tid med 20 timer fra den 06.01.14 og forventes at kunne gå på fuld tid fra den 03.02.14.
..."

B blev raskmeldt den 3. februar 2014, hvor hun mødte på arbejde.

Den 4. februar 2014 kvitterede B, under protest over indholdet, for at have modtaget en advarsel af 3. februar 2014 fra A med blandt andet følgende indhold:

" ...
Advarsel

Der meddeles dig hermed en skriftlig advarsel.

Advarslen er begrundet i din adfærd og reaktioner over for mig i patienternes påhør, senest fredag den 8. november 2013 som ikke hører til på en arbejdsplads.

Jeg kan desværre konstatere, at det ikke er første gang du har råbt af mig og modsagt mine instrukser om, hvordan arbejdet skal gøres, foran patienterne.

Derfor må jeg indskærpe over for dig, at din adfærd ikke er acceptabel og derfor skal forbedres.

Grundet sygefravær og mit ønske om at aflevere advarslen personligt, gives advarslen d.d.

Mandag den 3. februar 2014 vil jeg følge op på ovenstående,

og såfremt der ikke ses ændringer i attitude/opførsel, vil dette få konsekvenser for ansættelsesforholdet.

..."

Den 13. februar 2014 sygemeldte B sig på ny.

B blev opsagt ved brev af 21. marts 2014 fra A, hvor der blandt andet fremgår følgende:

" ...

Det er med beklagelse, at jeg må meddele dig, at jeg pr. dags dato har valgt at opsigte dig fra din stilling som klinikassistent.

Begrundelsen for opsigelsen er, at du pr. dags dato har oppebåret løn under sygdom i 122 dage indenfor de sidste 12 måneder. Der henvises til bestemmelsen herom i dit ansættelsesbevis.

I denne situation gælder et særligt opsigelsesvarsel på 1 måned, hvilket betyder at du har den sidste arbejdsdag den 30. april 2014.

Der afregnes tilgodehavende i henhold til overenskomsten mellem HK og Tandlægeforeningen samt overføres efter gældende regler til Feriekonto.

..."

HK/Midt protesterede ved brev af 16. april 2014 mod opsigelsen med henvisning til, at der kun havde været 108 sygedage, idet den periode fra 6. januar til 2. februar 2014, hvor B stillede sin arbejdskraft til rådighed med 20 timer om ugen, kun kunne medtælles i forhold til deltids- sygemeldingen, hvilket vil sige med 17 timer ugentligt.

Tandlægeforeningen svarede på vegne af As ved e-mail af 29. april 2014, hvor der blandt andet fremgår følgende:

" ...

Vi fastholder, at opsigelsen den 21. marts 2014 er sket i henhold til 120 dages reglen. I vores beregning havde hun den 21. marts 2014 122 sygedage. Årsagen til opsigelsen er derfor, at hun har opnået 122 sygedage og derfor kan opsiges med forkortet varsel efter 120 dages reglen.

Dette betyder, at vi fastholder varslet i opsigelsen med fratrædelse den 30. april 2014.

Af driftsmæssige årsager kunne det ikke lade sig gøre, at B Kunne komme tilbage på klinikken på deltid i januar. B startede op på klinikken igen den 3. februar efter at sygemeldingen udløb og var på arbejde indtil den 12. februar. I den periode fastholdte A deres vikar, så B var en ekstra ressource og dermed kunne komme stille og rolig tilbage

til arbejdet. Den 12. februar sygemeldte B sig igen.
..."

HK/Danmark fastholdte ved e-mail af 2. juli 2014, at forudsætningerne for at anvende 120-dages reglen ikke var opfyldt, og at B derfor rettelig skulle have været opsagt med 5 måneders varsel. Udover løn i opsigelsesperioden blev der rejst krav om godtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2b.

Parterne er enige om, at hvis Bs sygemelding kun skal medtælles med 17 timer ugentligt i perioden 6. januar 2014 - 2. februar 2014, da havde hun ved opsigelsen været sygemeldt under 120 dage. Hvis dagene i perioden 6. januar 2014 - 2. februar 2014 derimod skal medtælles i fuldt omfang, da havde B 122 sygedage på tidspunktet for opsigelsen.

Bs krav fremkommer på følgende måde:

Erstatning for løn

Løn 1. maj – 31. august 2014

4 måneder á 24.790,00 kr. kr. 99.160,00

Pension 1. maj – 31. august 2014

4 måneder á 2.231,10 kr. kr. 8.924,40

Fritvalg 1. maj – 31. august 2014

4 måneder á 247,90 kr. kr. 991,60

Feriegodtgørelse, 12,5% af 99.160,00 kr. 12.395,00

kr. 121.471,00

Godtgørelse for usaglig opsigelse

3 måneder á 27.269,00 kr. 81.807,00

I alt kr. 203.278,00

Forklaringer

B har forklaret, at hun havde et godt samarbejde med den tidligere tandlæge, **C** var ligeledes ansat under den tidligere tandlæge. De er begge rutinerede klinikassistenter og arbejdede på skift en halv dag på kontor og en halv dag klinik, hvor de assisterede med patienter.

Den 8. november 2013 var der undervisning på klinikken i et nyt system. Samme dag var der ligeledes sat patienter på. **A** var en smule stresset. **B** gjorde, hvad **A** sagde under arbejdet på klinikken. Da en patient var gået, overfaldt **A** hende verbalt. Hun forstod ikke, hvad der skete. **A** var af den opfattelse, at hun "overrølede" **A** foran patienterne. De var ikke enige. Det **B** gjorde, var ikke godt nok. Hun kunne ikke klare det og gik hjem. Samme dag tog hun til egen læge.

Sygesamtalen den 2. december 2013 fandt sted på arbejdspladsen sammen med **B**, **Bs** ægtefælle og **A**. Det var en meget akavet samtale. Ingen af parterne havde prøvet det før. **A** sagde, at hun ikke anede, hvad det drejede sig om, men at hun havde læst om det på

internettet. De skulle tale om, hvordan B kom tilbage på arbejde igen. B fortalte, at det gik meget bedre, og at hun var hos lægen hver 14. dag. A syntes ikke, at det var nogen god idé at komme tilbage stille og rolig, da hun mente, at der var for mange bolde i luften. Under mødet fortalte A, at der skulle en person i jobprøvning på klinikken, idet de altid kunne bruge ekstra hænder, og da det var gratis arbejdskraft. Der blev ikke nævnt noget om en vikar. Hun gik fra mødet med den tanke, at A ikke ville have hende tilbage.

Den 19. december 2014 havde hun været hos lægen. Hun følte, at hun ville give det en chance og komme tilbage. Det skulle ikke være så få timer, at det ikke gav mening. Lægen sagde, at hun skulle kontakte arbejdspladsen og meddele, at hun kom tilbage den 6. januar 2014 i 20 timer om ugen.

Samme dag ankom hun til arbejdspladsen i frokostpausen. Hun havde ikke givet besked i forvejen, da hun tænkte, at det passede perfekt at komme på dette tidspunkt. C, D, A og B var til stede i frokoststuen. E kom efterfølgende. Hun ved ikke, hvad E hørte.

Hun oplyste A om, at hun kunne komme tilbage den 6. januar 2014 i 20 timer om ugen. A spurgte ikke ind til det. Dette havde A ikke lige ventet. A sagde "Nå" og tog sig madpakke. Når hun blev raskmeldt 20 timer, kunne hun varetage alle sædvanlige funktioner, men dette blev ikke diskuteret. Placering af de 20 timer blev heller ikke drøftet. Hvis det var blevet bragt op, hvordan timerne skulle placeres, så ville det være op til A at placere de 20 timer, da hun er chefen. Hun - B - ville have været fleksibel. Hun husker ikke, at hun skulle have sagt til A, at hvis hun blev dårlig i løbet af dagen, så ville hun gå hjem.

Der var ikke kontakt mellem parterne, indtil hun modtog brevet fra af 2. januar 2014 fra A. Hun kontaktede HK og egen læge, da hun undrede sig over, at A afslog, at hun kunne arbejde 20 timer om ugen. Der gik lang tid, før A meldte dette ud. Hun tænkte på, om A havde lov til at afslå at modtage hendes arbejdskraft i 20 timer om ugen. Hendes egen læge oplyste hende om, at en arbejdsgiver ikke må vurdere, om en medarbejder er syg. Hun reagerede ikke på As brev af 2. januar 2014.

Hun blev raskmeldt og vendte tilbage på arbejde den 3. februar 2014. C og E var i klinikken, da hun kom tilbage. D var der ikke længere.

Efter endt arbejdsdag den 3. februar 2014 fik hun advarslen. Advarslen blev drøftet mellem parterne. Hun - B - fastholdt, at hun ikke havde modsat sig instrukser foran patienterne. Det, som hun gjorde, var hele tiden forkert. Der har været et enkelt skænderi i frokoststuen, men der var ikke patienter til stede.

A kører psykisk på folk, idet hun ruller med øjnene af personalet. Det sker, at A er modbydelig over for personalet i patienternes påhør. Hun følte sig chikaneret og mobbet. Hun har lidt af arbejdsrelateret stress og har gået til psykolog.

Der var ikke kontakt mellem parterne efter sidste sygemelding den 13. februar 2014 og indtil den 21. marts 2014, hvor hun blev opsagt. A kaldte hende ikke til samtale eller bad om en lægeerklæring.

A har forklaret, at hun har været tandlæge i over 35 år. Hun overtog klinikken den 1. oktober 2013. Det var en veldrevet klinik af den gamle skole. Den tidligere ejer havde været der i 42 år. Der var ansat to klinikassistenter, C og B, da hun overtog klinikken. Klinikassistenterne

roterede mellem opgaverne, således at der hele tiden var en klinikassistent i klinikken og en bagstopper. Den tidligere ejer deltog ikke i overdragelsen.

Den 8. november 2013 havde de en kursusdag, hvor der var sat lidt patienter på. En patient spurgte, om der var tid til at få rensset tænder i dag. Hun svarede "Ja", men B sagde: "Nej, du skal ud og have en ny tid". De diskuterede frem og tilbage. Noget sådan, foran en patient, er uacceptabelt. B skulle ikke sige til patienten, at patienten skulle have en ny tid, når tandlægen havde sagt, at patienten godt kunne få det gjort. Dette så ikke godt ud.

A fornemmede, at B ikke brød sig om hende. Hun arbejder anderledes end den tidligere tandlæge. De er nærmest som dag og nat. Hun kan godt sætte sig ind i Bs situation. B brød sig ikke om As måde at lede klinikken på. Da hun havde haft klinikken i en måned, gik hun i gang med at få den gammeldags drevne klinik digitaliseret. Når sådan en forandring skal ske, så handler det om at være med på "beatet".

Der er brug for to klinikassistenter, så arbejdspresset ikke bliver for stort. Da B sygemeldte sig den 8. november 2014, fik hun kort tid efter fat i E, som skulle være vikar for B. Hun vidste ikke, hvor længe B ville være sygemeldt.

Under sygefraværssamtalen den 2. december 2014 fortalte hun B, at det var første gang, at hun afholdt en sådan samtale. B fortalte, at hun var syg. Deltidssygemelding blev ikke drøftet.

Næste gang hun havde kontakt med B var den 19. december 2013, hvor hun mødte uanmeldt op i klinikken. Det var en travl dag. Indimellem at hun løb ud og ind til patienter, så hun, at C, B og D sad og hyggede sig. Hun havde ikke en seriøs samtale med B. Hun - A - sad der i 5 minutter og huggede en mad i sig. B sagde, at hun ville raskmelde sig på deltid fra den og den dato. Det kan godt være, at B nævnte 20 timer. Hun spurgte, hvordan B ville placere timerne. B svarede, at når hun havde det godt, så kom hun, og når hun havde det skidt, så kom hun ikke, men at det passede hende bedst om formiddagen. Hun løb ind og ud af lokalet og kunne ikke lige forholde sig til det, som B havde sagt. Da B ikke lovede noget fast, skulle stillingen dækkes ind med en fuldtidsstilling. Hun havde aldrig hørt om noget sådan før, og hun ringede derfor til tandlægeforeningen. Her blev hun oplyst om, at hvis hun havde lyst til, at B skulle på deltid, så var det i orden, men at hun ikke havde pligt til at acceptere, at B kunne vende tilbage på deltid, når det ikke var noget fast.

Es vikariat blev hele tiden forlænget en måned. Hun ville ikke arbejde mindre end 33 timer om ugen, idet hun skulle leve af det.

B reagerede ikke på brevet af 2. januar 2014, hvor hun afslog at B kunne komme tilbage på arbejde på deltid. Den eneste respons var lægens erklæring af 7. januar 2014.

B mødte bare op på dagen den 3. februar 2014. E var ansat indtil den 13. februar 2014, så B kunne starte langsomt op.

Hun har ikke udsat B for psykisk mobning. B følte sig ikke godt tilpas i klinikken og havde ikke overskud til at gå ind i tingene. B var ikke dynamisk, omstillingsparat og positiv. Dette var vigtigt, når de skulle arbejde så tæt sammen.

Efter sygemeldingen den 13. februar 2014 var der ikke nogen dialog mellem parterne. E blev fastansat lang tid senere.

D havde brug for arbejdsprøvning for at komme videre i sit liv. Hun havde hun kortvarigt mødt D på en anden arbejdsplads. D var velkommen. Det gik fint med arbejdsprøvningen. De havde ikke brug for hende, og hun gik blot ind og hjalp, hvor hun havde lyst. D var ikke en fast del af bemanningen, da der var dobbelt klinikassistent på. D var overflødig. Hun gjorde blot D en kortvarig tjeneste. Det har aldrig været på tale, at hun skulle blive. Ud over skånebehov er D ikke fleksibel i forhold til sit privatliv. Hun havde ikke lyst til at beholde D. D spurgte til fastansættelse. Hun har et standard svar til alle, der lyder på, at lige nu har vi ikke behov, men man ved jo ikke, hvad er sker i fremtiden. Ds arbejdsprøvning havde ikke noget at gøre med Bs sygemelding.

Først i april 2014 kontaktede F klinikken med henblik på virksomhedspraktik.

C blev afskediget, fordi hun to dage inden for en uge forlod arbejdspladsen i arbejdstiden uden at oplyse, hvor hun tog hen.

D har forklaret, at hun var i arbejdsprøvning hos A i perioden 4. december 2013 -17. januar 2014. De havde tidligere arbejdet sammen i det gule pakhús. Hun havde brug for arbejdsprøvning, da hun havde været sygemeldt og skulle prøve, om hun kunne komme tilbage til sit erhverv. Det var D, der tog initiativ til arbejdsprøvningen. Hun er uddannet klinikassistent og kunne derfor varetage både administrative funktioner og klinikfunktionen.

På klinikken arbejdede hun sammen med klinikassistent C, klinikassistent E, som var vikar, og A.

Der var ikke en fast plan over, hvad hun skulle lave. Det afhang af hendes ryg, hvad hun kunne og ikke kunne klare. Hun arbejdede tre timer om dagen, som blev tilrettelagt efter de nødvendige skånehensyn.

Hun husker, at B kom til klinikken den 19. december 2013 efter hun havde været hos lægen. B fortalte, at hun kunne komme tilbage på arbejde på nedsat tid. Hun husker ikke, om antal timer blev drøftet, eller hvordan det skulle tilrettelægges.

Hun havde en fornemmelse af, at A havde det svært, hvis det øvrige personale havde det godt sammen. Det virkede som om, at A ønskede at skabe splid.

Kommunen ønskede, at arbejdsprøvningen skulle ende med en fastansættelse. Hun drøftede fastansættelse med A, men hun husker ikke grunden til, at det ikke blev til noget.

Under arbejdsprøvningen hos A havde hun smerter. Efterfølgende havde hun også smerter.

C har forklaret, at hun blev ansat af den tidligere tandlæge i 2009 og fortsatte i klinikken, da A overtog den.

E blev ansat som vikar, da de ikke vidste, hvor længe B ville være syg. E havde ikke så mange administrative opgaver, men var mest på klinikken. Der var behov for to klinikassistenter.

D startede den 4. december 2013, idet hun skulle i arbejdsprøvning. D havde samme opgaver som C, men det afhang af Ds helbred, hvad hun kunne lave.

C vidste, at B skulle til læge den 19. december 2013, og at hun ville give besked bagefter. Hun viste dog ikke, at B ville komme til klinikken. B sagde, at hun kunne komme tilbage i 20 timer om ugen. D og A var ligeledes til stede. A svarede "nå". Det blev ikke drøftet, hvordan timerne skulle placeres.

F kom i virksomhedspraktik i april 2014 og arbejdede 12 eller 15 timer.

C fratrådte sin stilling i august eller september 2014. På dette tidspunkt var hun sygemeldt på grund af arbejdsrelateret stress.

E har forklaret, at hun blev ansat i et vikariat som klinikassistent hos A den 13. november 2013. Hun var vikar for B, som var sygemeldt. Den 19. december 2013 mødte hun B kortvarigt i køkkenet. Hun ved ikke, hvad der blev talt om den dag. Efterfølgende mødte hun B i et par uger i februar 2014, inden B blev sygemeldt på ny.

Vikariatet blev løbende forlænget, indtil hun blev fastansat den 1. maj 2014. Fra starten blev hun ansat i en måned. Det var en usikker ansættelse. Hun vidste ikke, hvor længe hun kunne blive.

Hendes ugentlige arbejdstid var på 33 timer. Hun husker ikke, om A spurgte hende, om hun ville gå længere ned i tid, men dette ville hun ikke have været interesseret i, da det så ikke var muligt at opretholde fulde dagpenge. En sådan situation var ikke attraktiv.

Da C blev sygemeldt, klarede hun sig på klinikken, men hun måtte løbe stærkere.

F startede i virksomhedspraktik i slutningen af april 2014 og var der i 3 måneder. Hun startede i 10 timer om ugen, hvilket blev forhøjet til 15 timer om ugen.

Hun - E - opsagde sin stilling den 29. juni 2015.

G har forklaret, at hun er tandplejer og har egne patienter. Hun er ansat hos A. I starten arbejdede hun kun om fredagen. Efterfølgende blev hun fastansat i en fuldtidsstilling pr. 1. marts 2014. Hun - G - styrer klinikken. Hun var "inde over", da A skulle købe klinikken.

Klinikassistenterne skal få tingene til at glide. Dette er en vigtig funktion. B og C kendte patienterne. De var gode til at få hende ind i jobbet. Det var en turbulent tid i starten.

Da B havde meddelt A, at hun kunne komme tilbage på arbejde i 20 timer om ugen, drøftede A situationen med hende. A fortalte, at B ikke kunne sige, hvornår hun kunne komme, men at dette var, når B var i humør til det. De talte om, at det kunne de ikke bruge til noget. A spurgte hende, hvad de skulle gøre, da det blev for rodet, og da det ville blive svært at finde en vikar, der ville arbejde på den måde. De var enige om, at E skulle blive som vikar, så længe B var sygemeldt.

D var ikke en fast del af bemanningen. De var dækket ind på det tidspunkt, fordi de havde en vikar for en sygemeldt.

Hun har ikke deltaget i møderne med B og har kun hørt A tale om tingene.

Hun er glad for at arbejde hos A. Der er passende med udfordringer. På grund af et travlt miljø kræver det, at der er den nødvendige bemanning, der arbejder sammen som et team, da det ellers "hænger" hele tiden.

Parternes synspunkter

HK Danmark har som mandatar for B gjort gældende, at Bs sygefravær fra 6. januar - 2. februar 2014 kun kan medtælles i forhold til det reelle sygefravær, idet B tilbød at stille sin arbejdskraft til rådighed med 20 timer ugentligt med virkning fra 6. januar 2014. Det må tillægges vægt, at Bs delvise raskmelding skete på grundlag af en lægefaglig vurdering.

As synspunkt om, at fraværet kan medtælles som hele sygedage, selv om arbejdskraften delvist er stillet til rådighed, strider imod sygedagpengelovens intentioner i relation til reglerne om lovpligtige sygefraværssamtaler mv., som trådte i kraft den 4. januar 2010. Det fremgår blandt andet af sygedagpengelovens afsnit 2, at der løbende skal foretages en opfølgning over for en medarbejder, der er sygemeldt. Dette er netop med henblik på, at den pågældende kan komme hurtigt tilbage i beskæftigelse og fastholde sin ansættelse. Det fremgår af sygedagpengelovens § 7, stk. 5, at sygedagpengene ophører helt eller delvist den dag, hvor lønmodtageren eller den selvstændige erhvervsdrivende er helt eller delvist arbejdsdygtig, uanset om den pågældende genoptager arbejdet eller raskmelder sig. Endvidere fremgår det af sygedagpengelovens § 7 a, stk. 1, at arbejdsgiveren skal indkalde en sygemeldt lønmodtager til en personlig samtale om, hvordan og hvornår lønmodtageren kan vende tilbage til arbejdet. Samtalen skal holdes senest 4 uger efter den første sygedag. Derudover fremgår det af sygedagpengelovens § 7 b, at arbejdsgiveren og lønmodtageren udarbejder fastholdelsesplanen sammen. Planen beskriver, hvordan lønmodtageren hurtigst muligt kan vende helt eller delvist tilbage til arbejdspladsen.

Såfremt det måtte kunne lægges til grund, at fravær kan medtages som hele dage, selv om arbejdskraften er stillet delvist til rådighed, gøres det subsidiært gældende, at det forudsætter, at afvisningen af at modtage arbejdskraften på deltid er sagligt begrundet. A har bevisbyrden for saglighed. A har ikke løftet denne bevisbyrde. Den manglende saglighed underbygges blandt andet af, at D blev ansat til at arbejde 12 timer ugentligt fra den 4. december 2013 - 17. januar 2014, således at hendes og Bs samlede arbejdstid udgjorde 32 timer ugentligt, som A gør gældende, at der var behov for. Den manglende saglighed underbygges endvidere af, at der igen blev ansat en ny person, F, i jobtræning i slutningen af april 2014 og af, at E blev ansat med en arbejdstid på 33 timer allerede den 13. november 2013, altså 5 dage efter at B havde sygemeldt sig. A har således ikke bevist, at det ikke var muligt at tilrettelægge arbejdspladsens behov med en genoptagelse af arbejdstiden på 20 timer, ligesom det ikke er bevist, at der var behov for netop 32 timers klinikassistentarbejde. Dette underbygges af ansættelsen af E.

Som følge af ovenstående havde B ikke været fraværende i 120 dage på opsigelsestidspunktet, og opsigelsen kunne således alene ske med sædvanligt opsigelsesvarsel, jf. funktionærlovens § 2, stk. 2 og 3. B har derfor krav på erstatning for løn svarende til 4 måneders løn, jf. funktionærlovens § 3, samt feriegodtgørelse heraf, jf. ferielovens regler.

B har krav på godtgørelse for usaglig opsigelse allerede som følge af, at funktionærlovens § 5, stk. 2 var uanvendelig på opsigelsestidspunktet. Da opsigelsen alene var begrundet i, at B, ifølge A, havde oppebåret løn under sygdom i 122 dage inden for de sidste 12 måneder, er opsigelsen ikke rimeligt begrundet i hverken Bs eller As forhold.

Subsidiært gøres det gældende, at A ikke udviste rimelige bestræbelser på at medvirke til at fastholde B på arbejdspladsen og ikke har dokumenteret, at det ikke var muligt at tilrettelægge arbejdet i hendes klinik ved, at B delvist genoptog arbejdet. A burde have indhentet oplysninger om varigheden af Bs sygdomsperiode forud for opsigelsen, og også som følge heraf er opsigelsen usaglig. B har derfor krav på en godtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2 b, der passende kan fastsættes til 3 måneders løn henset til Bs ansættelsestid og i særdeleshed sagens omstændigheder.

A har gjort gældende, at der ved beregning af sygedage i relation til 120 dages reglen ikke skal tages hensyn til Bs tilbud om at arbejde på nedsat tid. Tilbuddet var ikke foreneligt med hendes virksomhed, idet hun havde behov for en klinikassistent på 32 timer. Hendes klinik er afhængig af, at der er en klinikassistent til at modtage kunder, tage imod telefonopkald, klargøre instrumenter mv. og være tandlægen behjælpelig i forbindelse med den egentlig tandpleje. Hvis der mangler en klinikassistent, vil arbejdsdagen således ikke kunne fungere. I den forbindelse skal det afvises, at en løsning kunne have været en kombination af D og B. D indgik ikke på lige fod med det øvrige personale i forhold til driften af klinikken og kunne derfor ikke fungere som en fuldstændig erstatning for en klinikassistent. Hun forsøgte en løsning, hvor E kunne gå ned i tid, men idet hun ikke var indstillet herpå, var det heller ikke en mulighed. En fastholdelse af E på fuldtid var i øvrigt også den eneste mulighed henset til Bs uklare melding omkring genoptagelsen af arbejdet. Alternativt skulle hun have fundet en anden vikar, som var villig til at arbejde maksimalt 12 timer om ugen i en ikke nærmere angivet periode, hvilket formentlig ikke var lykkedes. Hvis hun så alligevel havde fundet en anden vikar, som var villig til at arbejde under disse vilkår, så skulle vedkommende også være klar til at springe til, hvis B igen sygdomsperiode sig, hvilket yderligere havde været et usikkerhedsmoment i forhold til driften af klinikken. Det eneste fornuftige var at forlænge Es vikariat således, at det var sikret, at klinikken var fuldt bemannet.

Ud fra driftsmæssige hensyn var det altså ikke muligt for B at vende tilbage til arbejdet i januar 2014. Derfor fastholdes det, at hun har været berettiget til at afslå Bs tilbud om arbejde på nedsat tid.

Hun har været berettiget til at opsiges B i henhold til funktionærlovens § 5, stk. 2. Som følge heraf afvises det også, at B har krav på et opsigelsesvarsel som påstået af B eller krav på godtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2 b. Det afvises endvidere, at der skulle foreligge andre særlige omstændigheder, således at B i øvrigt skulle være berettiget til godtgørelse i henhold til § 2 b som følge af den skete opsigelse. Med hensyn til Bs henvisning til sygedagpengeloven, herunder reglerne om lovpligtige sygesamtaler, skal der henvises til U2015.799V. Ved landsrettens afgørelse er der gjort op med beregningen af sygedag i relation til 120 dages reglen i funktionærlovens § 5, herunder i forhold til tilbud om at arbejde på nedsat tid. Det fastholdes således, at der ved beregning af sygedage i relation til 120 dages reglen ikke skal tages hensyn til B tilbud om at arbejde på nedsat tid. Funktionærloven og lov om sygedagpenge mv. varetager forskellige hensyn, hvorfor intentionerne bag den ene lov ikke egner sig som fortolkningsbidrag i forhold til den anden lov.

Retten bemærker indledningsvist, at Vestre Landsret i en afgørelse af 5. november 2014, gengivet i U2015.799V, har fastslået, at i en situation, hvor en arbejdsgiver - berettiget - har afslået et tilbud fra en sygdomsramt ansat om at arbejde på deltid under sygdommen, og hvor den

ansatte derfor ikke arbejder i perioden, hvor vedkommende oppebærer løn under sygdom, sker der ikke en udvidelse af perioden på de 120 dage med løn under sygdom.

Landsretten har samtidig fastslået, at dette også gælder i en situation, hvor den sygemeldte ansatte tilbyder at arbejde et bestemt antal timer om ugen.

Spørgsmålet er herefter, om A har været berettiget til at afslå Bs tilbud om at arbejde på deltid under sygdomsforløbet, da dette er afgørende for, om der skal ske en udvidelse af perioden på de 120 dage med løn under sygdom

Efter oplysningerne i sagen lægger retten til grund, at det var aftalt mellem parterne, at B kunne opsiges i overensstemmelse med 120 dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2, såfremt B i et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder oppebar løn under sygdom, og såfremt opsigelsen skete i umiddelbar tilknytning til udløbet af de 120 sygedage, og mens B endnu var syg.

Parterne er enige om, at B havde oppebåret løn under sygdom i 122 dage og fortsat var syg, da hun blev opsagt den 21. marts 2014.

Efter oplysningerne i sagen lægger retten til grund, at B tilbød at arbejde på deltid under sit sygdomsforløb med 20 timer om ugen i perioden 6. januar 2014 - 2. februar 2014.

Efter de afgivne forklaringer, og da A få dage efter Bs sygemelding ansatte en vikar for B, lægger retten til grund, at A havde brug for to klinikassistenter for at varetage de nødvendige opgaver i klinikken.

Under hensyn til, at D ifølge aftalen indgået den 2. december 2015 om arbejdsprøvning var ansat med betydelige skånehensyn, og da dette er i overensstemmelse med de afgivne forklaringer, lægger retten endvidere til grund, at D ikke var en del af den faste bemanning.

Retten finder herefter, at A fortsat ville have haft behov for en vikar for B, uanset om B vendte tilbage i 20 timer om ugen.

Efter Es forklaring om, at hun ikke var interesseret i at gå længere ned i tid, da hun ellers ikke ville optjene ret til fulde dagpenge, finder retten, at A ikke var forpligtet til at forsøge at finde en ny vikar, der kunne arbejde 12 timer om ugen i en kort periode, men at A var berettiget til at afslå Bs tilbud om at arbejde på deltid under sygdomsforløbet og fastholde E som vikar for B.

På denne baggrund har A været berettiget til at opsiges B med forkortet varsel i medfør af funktionærlovens § 5, stk. 2.

Retten tager herefter As påstand om frifindelse til følge.

HK/Danmark skal som mandatar for B betale sagsomkostninger til A med 32.840 kr.

Retten har ved fastsættelsen af sagens omkostninger lagt vægt på sagens omfang og kompleksitet, samt sagens udfald sammenholdt med parternes påstande. 340 kr. dækker udgiften til vidneførsel, og 32.500 kr. dækker udgiften til advokatbistand inklusiv moms.

Thi kendes for ret:

A frifindes.

Inden 14 dage skal/HK Danmark som mandatar for B betale 32.840 kr. i sagsomkostninger til A.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.