

Skrevet den 13. juni 2018 (opdateret den 22. marts 2024)

120-DAGES-REGLEN – NEM AT FORSTÅ, SVÆR AT ANVENDE

En af de absolut sværeste regler at anvende inden for ansættelsesretten er 120-dages-reglen, der findes i funktionærlovens § 5, stk. 2. Kort fortalt medfører reglen, at en funktionær kan opsiges med 1 måneds varsel til fratræden ved en måneds udgang,

- *når* 120-dages-reglen skriftligt er aftalt mellem arbejdsgiver og funktionær,
- *når* funktionæren har oppebåret 120 dages sygdom med løn inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder,
- *når* opsigelsen sker i umiddelbar tilknytning til udløbet af de 120 sygedage, samt
- *når* opsigelsen sker, mens funktionæren endnu er syg.

Betingelserne er kumulative og skal således alle være opfyldt for, at en opsigelse i henhold til reglen er gyldig. Selvom reglen efter sin ordlyd er relativt enkel at forstå, har særligt optællingen af de 120 dages sygdom i praksis voldt store problemer for arbejdsgivere, og der har skullet flere højesteretsafgørelser til at afklare, hvordan optællingen i praksis skal foretages. Vigtigheden af, at optællingen foretages korrekt, er helt afgørende for arbejdsgiveren.

Dette skyldes, at hvis opsigelsen gives *før* funktionæren har oppebåret 120 dages sygdom, kan reglen ikke anvendes, og gives opsigelsen for lang tid efter, at funktionæren har været syg i 120 dage, kan reglen heller ikke anvendes. Der er med andre ord et ganske snævert tidsrum, inden for hvilket en opsigelse i henhold til bestemmelsen skal gives, hvis den skal være gyldig.

I det følgende vil fokus være på de i retspraksis dannede retningslinjer, som skal følges, når optællingen af funktionærens sygedage foretages. Der er endnu ikke taget stilling til alle tænkelige scenarier i forbindelse med en funktionærs sygdom, men retspraksis er kommet langt, jf. det følgende.

Optællingen af 120 dages sygdom

Når arbejdsgiveren tæller funktionærens sygedage, kan følgende retningslinjer anvendes:

- (i) Er funktionæren syg en hel arbejdsdag, tælles denne dag som én hel sygedag uanset antallet af timer, funktionæren skulle have arbejdet den pågældende dag.
- (ii) Er funktionæren kun syg en del af en arbejdsdag, tælles sygefraværet i timer, som omregnes til hele sygedage. Dette gælder også, hvis funktionæren går hjem fra arbejde i løbet af arbejdsdagen som følge af sygdom.
- (iii) Er funktionæren syg før og efter en weekend, tælles både lørdag og søndag med som hele sygedage. Det samme gælder for helligdage, hvor funktionæren har været syg både forud for og efter helligdagen(e).
- (iv) Bliver funktionæren syg forud for en planlagt ferie, tælles sygdom under ferien alene med i optællingen, hvis funktionæren har meddelt arbejdsgiveren sygdommen, således at funktionærens ferie suspenderes. For sygdom meddelt under funktionærens afholdelse af ferie, skal sygdommen formentlig kun tælles med, hvis funktionæren herved opnår ret til erstatningsferie i henhold til ferielovens § 12.
- (v) Er funktionæren deltidssygemeldt er det alene det konkrete fravær på de arbejdsdage, hvor funktionæren skulle have arbejdet, der skal medtages i optællingen. Hvis funktionæren f.eks. er ansat i en stilling på ugentligt 30 timer, som er fordelt med 6 timer om dagen, og funktionæren som følge af sygdom alene kan arbejde 3 timer om dagen, medfører deltidssygemeldingen, at funktionæren er syg 2,5 dage om ugen. Dette står i modsætning til en

beregningsmodel, hvor én uge fastsættes til 7 dage (mandag-søndag), og således at sygdommen beregnes til (15 timer / 30 timer/uge =) ½ uge, som dermed svarer til 3,5 dage. Sidstnævnte optællingsmodel kan *ikke* anvendes.

I forhold til deltidssygemeldinger er det som beskrevet fastslået, at delvise sygedage kun skal tælles for det faktiske fravær, jf. pkt. (v) ovenfor. Derimod gælder det, at hvis arbejdsgiveren ikke accepterer en delvis sygemelding af funktionæren, så skal fremadrettede sygedage tælles med som hele sygedage.

Herudover kan begrundelsen for funktionærens sygdom have betydning for, om sygdommen skal medregnes i optællingen af de 120 dages sygdom. Således kan følgende konstateres:

- (a) Er sygdomsfraværet graviditetsbetinget, må det ikke indgå i optællingen af de 120 dages sygdom.
- (b) Er sygefraværet handicaprelateret, må det ikke indgå i optællingen af de 120 dages sygdom, medmindre (1) arbejdsgiveren ikke var bekendt med handicappet, eller (2) medmindre arbejdsgiveren kender til handicappet, og sygefraværet ikke er relateret til arbejdsgiverens manglende overholdelse af sin tilpasningsforpligtelse på arbejdspladsen.
- (c) Uanset at sygdomsfraværet er en følge af en arbejdsskade, må fraværet indgå i optællingen af de 120 dages sygdom.

Når det ved en optælling af funktionærens sygedage er konstateret, at funktionæren har oppebåret 120 dages sygdom med løn inden for en periode af 12 på hinanden følgende måneder, bliver spørgsmålet, hvornår opsigelsen skal gives.

Hvornår skal opsigelsen gives?

Når det er konstateret, at funktionæren har oppebåret 120 dages sygdom med løn inden for en periode af 12 på hinanden følgende måneder, skal opsigelsen gives i umiddelbar tilknytning hertil. Højesterets flertal udtalte i en principiel dom afsagt den 19. december 2023 om forståelsen af funktionærlovens § 5, stk. 2, (i) at det indebærer, at en opsigelse i almindelighed skal ske tidligere end 10 kalenderdage efter udløbet af de 120 sygedage, samt (ii) at betingelsen om, at funktionæren stadig skal være sygemeldt på det tidspunkt, hvor opsigelsen gives, også er opfyldt i det tilfælde, hvor funktionæren efter udløbet af de 120 sygedage har raskmeldt sig og genoptaget sit arbejde fuldt ud, men på opsigelsestidspunktet er blevet syg igen.

Hertil bemærkes, at tidligere retspraksis har fastslået, at funktionæren anses for syg, selvom funktionæren delvist har genoptaget arbejdet (og dermed fortsat er delvist sygemeldt). Højesterets afgørelse af 19. december 2023 ses ikke at ændre herpå.

Dermed kan det temmelig definitivt konkluderes, at opsigelser afgivet tidligst på den 121. sygedag og inden 10 kalenderdage efter udløbet af de 120 sygedage vil blive accepteret som rettidige. Der er derfor vores anbefaling, at opsigelsen efter 120-dages-reglen gives inden for dette tidsrum.

Gives en opsigelse begrundet i 120-dages-reglen rettidigt, og mens funktionæren stadig er sygemeldt, er opsigelsen gyldig, og den anses per definition for at være saglig.

Skal du have hjælp til at optælle antallet af sygedag, eller har du behov for konkret rådgivning?

Har du spørgsmål eller bemærkninger til artiklen, eller har du behov for hjælp til at anvende 120-dages-reglen, kan advokat Mikkel Theilade Thomsen kontaktes på mtt@tf-law.dk eller (+45) 5195 9402.