

D O M

Afsagt den 27. juni 2014 af Østre Landsrets 15. afdeling
(landsdommerne Norman E. Cleaver, B. Vollmond og Mads Bjerre Østergaard (kst.)).

15. afd. nr. B-2728-13:

A

(advokat Karsten Høj)

mod

Codan Forsikring A/S

(advokat Søren Vagner Nielsen)

Denne sag, der er anlagt ved Retten på Frederiksberg den 6. maj 2013, er ved kendelse af 27. august 2013 henvist til behandling ved Østre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1.

Sagen vedrører spørgsmålet, om A, der på uheldstidspunktet som led i sit ansættelsesforhold var berettiget til ferie med løn, som en del af erstatningen for tabt arbejdsfortjeneste efter erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, har krav på erstatning svarende til feriegodtgørelse på 12,5 % og 2,5 %, svarende til værdien af den 6. ferieuge samt arbejdsgiverens ATP bidrag.

Parternes påstande

A har endeligt nedlagt påstand om, at Codan Forsikring A/S skal betale 135.117,43 kr. med tillæg af sædvanlig procesrente af 80.284,68 kr. fra den 30. december 2012, af 5.465,01 kr. fra den 2. april 2013, af 12.380,39 kr. fra den 4. juli 2013, af 18.522,24 kr. fra den 2. november

2013, af 16.385,69 kr. fra den 6. marts 2014 og af 2.079,42 kr. fra den 19. maj 2014, til betaling sker.

Påstandsbeløbet er opgjort således, at 110.258,53 kr. udgør feriegodtgørelse med 12,5 %, 21.711,34 kr. er betaling for 6. ferieuge, og 3.147,56 kr. udgør ATP bidrag, i alt 135.117,43 kr. Beløbene er beregnet på grundlag af den løn, A ville have oppebåret i perioden fra 1. september 2011 til 10. december 2013, hvor hun har fået udbetalt erstatning for tabt arbejdsfortjeneste.

Codan Forsikring A/S har principalt påstået frifindelse, subsidiært betaling af et efter landsrettens skøn fastsat mindre beløb end det af A påståede med tillæg af den til enhver tid gældende procesrente som påstået af A, indtil betaling sker.

Codan Forsikring A/S har som ansvarsforsikrer anerkendt erstatningspligten og har ikke bestridt opgørelsen af det krav, som A har rejst.

Sagsfremstilling

Den 24. februar 2010 var A udsat for en ulykke, da hun var passager i en bus, der pludseligt bremsede op. Ved ulykken pådrog hun sig brud på en lændehvirvel. På ulykkestidspunktet var A ansat på fuld tid som regnskabsmedarbejder ved Region X.

Som følge af ulykken var A sygemeldt frem til den 4. januar 2011, hvor hun genoptog sit arbejde på deltid. Hun var ikke i stand til at arbejde på fuld tid, og ved brev af 18. maj 2011 blev A afskediget på grund af hendes sygefravær til fratræden med udgangen af august 2011. Hun har herefter oppebåret sygedagpenge.

Under sin ansættelse var A omfattet af overenskomsten vedrørende løn- og arbejdsforhold for kontor- og IT-personale, tandklinikassistenter, laboratorie- og miljøpersonale samt tjenestemandsansat kontorpersonele i regionerne. Af overenskomstens § 3 fremgår bl.a. følgende:

”...

§ 3. FUNKTIONÆRLOV

For de ansatte gælder vilkår efter funktionærlovens bestemmelser, medmindre der er aftalt afvigelser herfra, jf. §§ 27 og 28.

Bemærkninger:

*Ansatte, som ikke er omfattet af funktionærlovens anvendelsesområde, er tillagt funktionærstatus ved aftale. Bestemmelsen betyder eksempelvis, at alle månedslønnede ansatte har ret til løn under fravær på grund af sygdom (jf. funktionærlovens § 5), fratrædelsesgodtgørelse (jf. funktionærlovens § 2a) samt efterløn (funktionærlovens § 8).
..."*

Der er mellem parterne enighed om, at A i sin stilling var omfattet af funktionærloven.

Med hensyn til ferie var A under sin ansættelse omfattet af "Aftale om ferie for personale ansat i kommuner" (i det følgende benævnt ferieaftalen). Af aftalen fremgår bl.a. følgende:

"...

Kapitel 2. Optjening af ferie

§ 5. Optjening af ferietimer

Stk. 1.

Den ansatte optjener ferietimer for hver måneds beskæftigelse i et kalenderår (optjeningsår) i forhold til den til enhver tid gældende beskæftigelsesgrad, jf. dog §§ 41, 42, 43 og 45.

- 1) Ved fuldtidsbeskæftigelse - gennemsnitligt 37 timer ugentligt - optjener den ansatte 18,50 ferietimer pr. måned gange med antal måneders beskæftigelse i optjeningsåret.

...

§ 8. Ret til ferie

Stk. 1

En ansat, der har været beskæftiget i kommunen i hele optjeningsåret, har ret til at holde 6 ugers ferie med løn eller feriegodtgørelse i det efterfølgende ferieår, jf. § 5. Ferien holdes altid i forhold til den gældende beskæftigelsesgrad på tidspunktet for feriens afholdelse, jf. dog §§ 43 og 45.

...

Kapitel 5. 6. ferieuge

§ 18. Optjening og afholdelse af 6. ferieuge

Stk. 1.

Ferietimer ud over 15,42 timer pr. måned (6. ferieuge) for en fuldtidsbeskæftiget optjenes sideløbende med de andre ferietimer.

Stk. 2.

Optjente ferietimer ud over 15,42 time pr. måned (6. ferieuge) for en fuldtidsbeskæftiget afholdes efter den ansattes ønske, med mindre arbejdets udførelse hindrer dette.

...

§ 19. Udbetaling af 6. ferieuge

Stk. 1.

Ønsker en månedslønnet ansat ikke at holde optjente ferietimer ud over 15,42 time pr. måned (6. ferieuge) i ferieåret, har den ansatte ret til at få de resterende ferietimer udbetalt ved den førstkommende lønudbetaling efter ferieårets udløb, jf. dog § 19a.

...

Stk. 2.

Udbetaling af ferietimer ud over 15,42 time pr. måned sker med 2,5 % af de samme lønde, som indgår i beregningsgrundlaget for feriegodtgørelse, jf. § 30, stk. 3-4.

...

§ 20. 6. ferieuge i forbindelse med fratræden

Stk. 1.

Ved fratræden bortfalder retten til at holde mere end 15,42 ferietime for hver måneds ansættelse i optjeningsåret. Godtgørelse for optjente ferietimer ud over 15,42 time pr. måned i optjeningsåret udbetales med 2,5 % beregnet af de samme lønde, som indgår i beregningsgrundlaget for feriegodtgørelse, jf. § 30, stk. 3-4. Udbetalingen sker i forbindelse med sidste lønudbetaling.

...

Kapitel 7. Feriehindring

§ 24. Udbetaling af manglende afholdt ferie

Stk. 1.

En ansat, der er helt eller delvist afskåret fra at holde hovedferie inden ferieperiodens udløb (30. september), har ret til at få udbetalt ferie med løn eller feriegodtgørelse umiddelbart efter ferieperiodens udløb og senest ved ferieårets udløb (30. april), hvis den manglende ferie skyldes:

- 1) Egen sygdom (hel eller delvis)

...

Kapitel 8. Løn under ferie og særlig feriegodtgørelse

§ 26. Løn under ferie

Stk. 1.

Den ansatte holder ferie med løn, jf. dog §§ 43 og 45.

Stk. 2.

Lønnen under ferie er den fast påregnelige løn på ferietidspunktet.

...

§ 26a feriegodtgørelse i stedet for ferie med løn

Stk. 1.

Den ansatte kan, før optjeningsårets begyndelse, kræve feriegodtgørelse med 12,45 % af lønnen i optjeningsåret i stedet for ferie med løn og særlig feriegodtgørelse.

Bemærkning:

En ansat som opfylder betingelserne for at få løn under ferie har ret til at vælge at få beregnet feriegodtgørelse med 12,45 % af lønnen i optjeningsåret i stedet for løn under ferie og ferietillæg, selvom den ansatte ikke fratræder. Valget er bindende for den ansatte.

Den ansatte skal fremsætte sit ønske før optjeningsåret begynder, det vil sige senest den 31. december i det forudgående optjeningsår. Hvis den ansatte fremsætter sit ønske f.eks. den 20. december 2008, vil den ansatte få feriekort for ferieåret, der begynder den 1. maj 2010.

Stk. 2.

For så vidt angår 6. ferieuge udbetales eller afholdes denne i henhold til reglerne om 6. ferieuge, jf. §§ 19 og 18.

...

§ 28. Særlig feriegodtgørelse

Stk. 1.

Den ansatte har ud over ferie med løn ret til særlig feriegodtgørelse, der udgør 1,95 % af den ferieberettigede løn, jf. stk. 2 og 3. For nogle overenskomstgrupper gælder dog en forhøjet særlig feriegodtgørelse, jf. 3 bilag til aftalen.

...

Kapitel 9. Feriegodtgørelse ved fratrædelse

§ 30. feriegodtgørelse

Stk. 1.

Ved fratræden omregnes optjente ferietimer til feriedage.

Stk. 2.

Den ansatte får ved fratrædelsen feriegodtgørelse på 12,5 % af den ferieberettigede løn, jf. stk. 3, for det løbende optjeningsår samt for ikke afholdt ferie i tidligere optjeningsår.
..."

Af et bilag til aftalen fremgik, at den særlige feriegodtgørelse for den gruppe, A tilhørte, var 2,3 % af optjent løn. I forbindelse med sin fratreden fik A fra Region X udbetalt godtgørelse for 6. ferieuge optjent i 2010 og 2011 og feriegodtgørelse 12,5 % af løn optjent i 2011.

I en udtalelse af 10. december 2013 fastsatte Arbejdsskadestyrelsen As méngrad til 20 % og erhvervsevnetabet til 75 %.

A oppebærer fortsat sygedagpenge og har søgt om sygdomsbetinget førtidspension.

Procedure

A har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 19. maj 2014, hvoraf fremgår bl.a.:

"...

Erstatningsansvarslovens § 2 har følgende ordlyd:

...

Bestemmelsen i stk. 1 specificerer ikke, hvilken indtægt, der dækkes som tabt arbejdsfortjeneste. Imidlertid er det erstatningsansvarslovens grundlæggende udgangspunkt, at der skal betales fuld erstatning til dækning af det økonomiske tab, der er en følge af en personskade, jf. blandt andet pkt. 1.1. i Betænkning 679/1973 om erstatning for tab ved personskade.

Der henvises tillige til de almindelige bemærkninger til forslag til lov om erstatningsansvar fra 1984 (lovforslag nr. 7 af 6. februar 1984), hvormed man ønskede at skabe bedre overensstemmelse mellem skadelidtes tab og erstatningsdækningen, ligesom det i de specielle bemærkninger til § 2 om tabt arbejdsfortjeneste er gentaget, at man ikke tilsigtede en ændring i praksis – altså ikke tilsigtede en ændring af udgangspunktet om fuld dækning af indtægtstab.

Indtægtsmæssigt skal skadelidte dermed økonomisk stilles, som om skaden ikke var sket.

Ved sin afgørelse i U.2009.2914H slog Højesteret fast, at feriegodtgørelse er en del af lønmodtagerens arbejdsvederlag, at lønmodtageren ville have oppebåret dette vederlag, hvis lønmodtageren ikke som følge af skaden var blevet uarbejdsdygtig, og at feriegodtgørelse *ikke* er en ydelse, som kompenseres ved ydelserne nævnt i stk. 2.

Ferielovens regler for funktionærer:

Det fremgår af ferielovens § 23, stk. 6, at hvis en lønmodtager med fuld løn under ferie fratræder sin stilling, får den pågældende feriegodtgørelse efter § 24 for det løbende optjeningsår og for den del af de tidligere optjeningsår, som lønmodtageren ikke har holdt ferie for endnu. Retten til løn under ferie efter ferielovens § 23, stk. 1, forudsætter dermed et eksisterende ansættelsesforhold.

Lønmodtageren vil for hvert kalenderår pågældende er ansat optjene ret til fuld løn under ferie i næstkommende ferieår. For at oppebære en ret til løn under ferie i ferieårene 2012 samt 2013 skal man altså være i et ansættelsesforhold som funktionær i de fulde kalenderår 2011 (altså fra 1. januar til 31. december), jf. også ferielovens § 7 og § 8, stk. 2, modsætningsvist.

I det øjeblik funktionæren fratræder sit ansættelsesforhold, vil værdien af funktionærens optjente ret til løn under ferie i de foregående optjeningsår blive konverteret til feriegodtgørelse, med en deraf følgende pligt for arbejdsgiveren til at beregne og indbetale feriegodtgørelse til Feriekonto, jf. ferielovens § 26 og § 28, stk. 1.

Efter opsigelsen er lønmodtageren nemlig ikke længere i et ansættelsesforhold, og optjener derfor ikke længere ret til betalt ferie i form af løn under ferie i næstkommende ferieår, jf. ferielovens § 7 og § 8, stk. 2, modsætningsvist.

En ansvarsforsikrings udbetaling af tabt arbejdsfortjeneste kan i den forbindelse ikke sidestilles med løn udbetalt i henhold til et ansættelsesforhold efter § 23, stk. 1. Det skulle i givet fald forudsætte, at udbetalingen af den tabte arbejdsfortjeneste for et kalenderår i sig selv indebar en ret for skadelidte til i det næstkommende ferieår at kræve fuld løn under ferie i et nyt ansættelsesforhold, jf. ferielovens § 23, stk. 1 og § 7. Et sådan synspunkt kan næppe bæres igennem.

Det gøres på den baggrund gældende, at Codans synspunkt om, at man – alene fordi man som funktionær oppebærer ret til løn under ferie – ikke har krav på feriegodtgørelse som en del af sin erstatning for tabt arbejdsfortjeneste helt savner mening efter reglerne i feriepengesystemet.

Synspunktet fører endvidere til et reelt tab for skadelidte, idet feriepengesystemet for funktionærer netop forudsætter et løbende ansættelsesforhold, med deraf følgende løbende optjening, hvilken optjening funktionæren dog ifølge Codan ikke er berettiget til i en periode, hvor der alene kan kræves tabt arbejdsfortjeneste. Konsekvensen af synspunktet er derfor, at skadelidte i de næstkommende ferieår selv skal betale sin ferie, jf. ferielovens § 8, stk. 2.

Den konkrete sag:

A var fuldtidssygemeldt frem til den 4. januar 2011, hvorefter hun forsøgte at genoptage sit arbejde, hvilket ikke lykkedes, og hun blev afskediget til fratræden 31. august 2011.

Da hun var syg, var der tale om lovligt forfald, og det er derfor ikke muligt for hende at afholde ferie.

Feriegodtgørelse:

A har ikke siden 1. september 2011 været i et ansættelsesforhold og er derfor ikke længere omfattet af retten til fuld løn under ferie efter lovens § 23, stk. 1. Derimod er værdien af tidligere optjeningsår for i hvert fald 5 ugers ferie konverteret til en feriegodtgørelse efter § 24, jf. ferielovens § 23, stk. 6.

Havde A fortsat været i et ansættelsesforhold, ville hun have optjent ret til ferie med løn i sammenlagt 5 uger i ferieårene 2012/2013 og 2013/2014.

Udbetalingen af tabt arbejdsfortjeneste fra Codan kan ikke sidestilles med et ansættelsesforhold som omfattet af § 23, stk. 1, og dermed give A ret til 5 ugers ferie med løn i næstkommende ferieår.

A må efter sin opsigelse derimod sidestilles med en lønmodtager omfattet af § 24. Hun har derfor krav på at få konverteret værdien af de feriepenge - hun under normale omstændigheder ville have optjent (ferie med løn) - til en feriegodtgørelse på 12,5 % svarende til 5 ugers ferie.

6. ferieuge:

Af ferieaftalen til overenskomsten, ..., fremgår, at A havde ret til at få 6. ferieuge udbetalt. Da hun var sygemeldt som følge af ulykken, havde hun ikke mulighed for at afholde 6. ferieuge, hvorfor denne blev udbetalt for både 2010 og 2011....

A har efter sin opsigelse heller ikke ret til 6. ferieuge. Ud fra en analogi af ferielovens bestemmelser er hun tillige berettiget til værdien af 6. ferieuge med 2,5 %, svarende til en samlet feriegodtgørelse på 15 %.

ATP-bidrag:

ATP-bidraget er efter de aktuelt gældende regler at ligestille med enhver anden pensionsordning, der er oprettet som led i en ansættelse. Det er ubestridt, at arbejdsgivers pensionsbidrag til den pensionsordning, som A var omfattet af under ansættelse, skal medregnes i opgørelsen af den tabte arbejdsfortjeneste; som et "løngode". Der er også efter overgang til sygedagpenge betalt af kommunen indeholdt ATP... Den omstændighed, at kommunen efter lov om sygedagpenge § 65 betaler det bidrag, som arbejdsgiveren ved fortsat ansættelse skulle have haft betalt, kan ikke begrunde fradrag i medfør af EAL § 2, stk. 2. Det svarer til, at der heller ikke hjemmel til at fradrage invalidepension, herunder samtidig præmiefritagelse, i tabt arbejdsfortjeneste, jf. Højesteretsdom af 20. december 2013.

Samlet gøres det gældende:

Erstatning for tabt arbejdsfortjeneste opgøres løbende på månedsbasis inklusive alle løndelev, jf. erstatningsansvarslovens § 2.

As berettigede løn under ferie, der er konverteret til en feriegodtgørelse, udgør en del af hendes arbejdsvederlag som omfattet af erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, idet hun ville have oppebåret dette vederlag, hvis hun ikke som følge af skaden var blevet uarbejdsdygtig.

As feriegodtgørelse er *ikke* en ydelse, som kompenseres ved ydelserne nævnt i stk. 2, hvorfor der ikke er ret til fradrag efter denne bestemmelse - heller ikke for så vidt angår de feriepenge, hun har optjent ved sin tidligere arbejdsgiver inden skaden og frem til lønophør, jf. U2004.227H.

A har derfor krav på fuld dækning af sin tabte arbejdsfortjeneste for perioden 1. september 2011 til 10. december 2013, som opgjort overfor, hvorfor Codan Forsikring A/S skal betale 135.117,43, som opgjort i den nedlagte påstand. ...”

Codan Forsikring A/S har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 13. maj 2014, hvoraf fremgår bl.a.:

”...

Til støtte for de nedlagte påstande gør sagsøgte følgende anbringender gældende:

Det gøres gældende, at sagsøgeren som kravstiller har den fulde bevisbyrde for sit krav, som ikke er løftet på det foreliggende grundlag.

Feriegodtgørelse på 12,5 %

Det gøres gældende, at sagsøgeren er ansat som funktionær, jf. funktionærlovens § 1, stk. 1, litra b, og den på området gældende overenskomst... § 3. Det gøres derfor gældende, at sagsøgeren fik fuld løn under sygdom og ferie samt modtog særlig feriegodtgørelse på 2,3 %, jf. ferielovens § 23.

Dette fremgår også af "Aftale om ferie for personale ansat i kommuner" § 26, stk. 1 og § 28, stk. 1, hvorefter sagsøgeren har ret til løn under ferie og særlig feriegodtgørelse.

Det gøres gældende, at sagsøgeren ikke i overensstemmelse med Aftalens § 26a, stk. 1, har meddelt sin arbejdsgiver, at hun ikke ønskede løn under ferie og særlig feriegodtgørelse, men i stedet feriegodtgørelse på 12,45 %. Sagsøgeren har således forud for uheldet afholdt ferie med fuld løn også 6. ferieuge.

Det gøres gældende, at sagsøgeren har krav på særlig feriegodtgørelse på 2,3 %, som hun har modtaget, jf. ferielovens § 23, stk. 2 og aftalens § 28, stk. 1.

Det bestrides, at sagsøgeren også har krav på 12,5 % i feriegodtgørelse, jf. ferielovens § 24, jf. § 23, stk. 6, i nærværende situation, idet der ikke er tale om en almindelig fratrædelse, som denne bestemmelse er møntet på, hvor der udbetales allerede optjent ferie.

Det gøres gældende, at opgørelsen i denne sag er en erstatningsretlig opgørelse, hvor udgangspunktet er, at sagsøgeren skal stilles, som om uheldet ikke var hændt, og at hun havde fortsat sin ansættelse med samme løngoder, hvorfor ferielovens § 23, stk. 6 ikke er relevant.

Der er tale om et ufrivilligt arbejdsophør som følge af et uheld, som medførte, at sagsøgte betalte erstatning for tabt arbejdsfortjeneste til sagsøgeren i en længere periode (over 2 år) dvs. stillede sagsøgeren som om uheldet ikke var sket.

På den baggrund kan lønudbetalingerne fra sagsøgte sidestilles med lønudbetalinger fra sagsøgerens daværende arbejdsgiver eller anden forsikringsordning, henset til at sagsøgte skal stille sagsøgeren økonomisk set, som om uheldet ikke var hændt, jf. erstatningsansvarslovens § 2.

Såfremt sagsøgeren skulle modtage fuld løn med tillæg af feriegodtgørelse på 12,5 % og særlig feriegodtgørelse på 2,3 % samt 6. ferieuge på 2,5 %, gøres det gældende, at sagsøgeren ville blive overkompenseret, da hun som funktionæransat ikke havde krav på dette under ansættelsen, jf. ferielovens § 23, stk. 1.

Det bestrides, at sagsøgeren har lidt et tab svarende til 12,5 % af sin løn, idet sagsøgeren aldrig har været berettiget til feriegodtgørelse på 12,5 % af lønnen, men derimod fuld løn under ferie og sygdom, som sagsøgeren er blevet kompenseret for via betalingen af erstatning for tabt arbejdsfortjeneste i hele erstatningsperioden med tillæg af særlig feriegodtgørelse på 2,3 %.

Det bestrides, at dommen U.2009.2914H støtter sagsøgerens krav, idet dommen omhandler en timelønnet buschauffør omfattet af ferielovens § 24, der ikke havde krav på fuld løn under sygdom og ferie, men derimod havde krav på feriegodtgørelse på 12,5 % modsat funktionæransatte som sagsøgeren.

Det gøres gældende, at der kan slutes modsætningsvist fra dommen, idet Højesteret i præmisserne lagde til grund, at den pågældende lønmodtager ville have oppebåret feriegodtgørelsen som et arbejdsvederlag, hvis lønmodtageren ikke var blevet syg. Feriegodtgørelse på 12,5 % er netop ikke en del af sagsøgerens arbejdsvederlag, såfremt uheldet ikke var sket.

U2004.227H omhandler også en timelønnet, og finder derfor ikke anvendelse i nærværende sag.

Det bestrides således, at feriegodtgørelse på 12,5 % har været en del af sagsøgerens arbejdsvederlag, jf. erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1.

Det bestrides, at der herved fradrages i sagsøgerens erstatning, jf. erstatningsansvarslovens § 2, stk. 2. Der bliver blot ikke tillagt en erstatning, som sagsøgeren ikke ville have modtaget, såfremt uheldet ikke var hændt.

Det bestrides, at sagsøgeren kan kræve erstatning for tabt arbejdsfortjeneste af sin løn med tillæg af feriegodtgørelse på 12,50 %, 6. ferieuge på 2,50 % og særlig feriegodtgørelse på 2,30 %, idet det gøres gældende, at sagsøgeren overkompenseres og modtager mere end det fulde lidte økonomiske tab.

Sagsøgeren har i sin erstatningsopgørelse taget det bedste af begge verdener, således har sagsøgeren beregnet sig både feriegodtgørelse på 12,50 %, 6. ferieuge på 2,50 % og særlig feriegodtgørelse på 2,30 %, i alt et tillæg til lønnen på 17,30

% . Det bestrides, at der er hjemmel hertil i ferieloven eller i den overenskomstmæssige aftale om ferie for personale i kommuner.

Godtgørelse af 6. ferieuge på 2,5 %

Det gøres gældende, at sagsøgeren ikke har krav på erstatning for 6. ferieuge på 2,5 % af den faste løn, jf. erstatningsansvarslovens § 2, idet sagsøgeren ikke har bevist, at hun under sin ansættelse fik denne 6. ferieuge udbetalt. Derimod afholdt sagsøgeren alle 6 ugers ferie med fuld løn.

Sagsøgeren har alene fået 6. ferieuge udbetalt efter uheldet ..., idet hun ikke kunne afholde ferie.

Sagsøgeren modtog således fuld løn under ferie, jf. ferielovens § 23, stk. 1, også under afholdelse af 6. ferie uge. På denne baggrund bestrides det, at sagsøgeren har krav på erstatning for denne ferieuge, idet sagsøgeren ikke skal stilles økonomisk bedre efter uheldet end før, og idet sagsøgeren ikke har lidt et tab på 6. ferieuge.

Såfremt landsretten giver sagsøgeren medhold i synspunktet om, at sagsøgeren skal betragtes som fratrædt i ferielovens system, jf. ferielovens § 23, stk. 6 og dermed være omfattet af § 24, gøres det gældende, at Aftalen om ferie, ... § 20, stk. 1 finder anvendelse, hvorefter 6. ferieuge bortfalder efter fratrædelse. På den baggrund har sagsøgeren ikke krav på 6. ferieuge efter sin fratrædelse.

ATP

Det bestrides, at arbejdsgivers betaling af ATP skal indgå i beregningen af erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, jf. erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1 og U1987.596Ø.

Det gøres gældende, at ATP bidraget ikke er en ydelse, som ellers ville være til fri rådighed for sagsøgeren, såfremt hun havde været i arbejde, ligesom ATP-ordningens forsikringsmæssige karakter er et økonomisk aktiv af en usikker endelig størrelse. Sagsøgeren har således ikke bevist, at hun vil lide et tab for de manglende ATP indbetalinger.
..."

Retsgrundlaget

Erstatningsansvarslovens § 2 havde, da ulykken fandt sted, følgende ordlyd:

"§ 2. Erstatning for tabt arbejdsfortjeneste ydes, indtil skadelidte kan begynde at arbejde igen. Må det antages, at skadelidte vil lide varigt erhvervsevnetab, ydes erstatning indtil det tidspunkt, hvor det er muligt midlertidigt eller endeligt at skønne over skadelidtes fremtidige erhvervsevne, jf. §§ 5-8 og § 10 samt § 31 i lov om sikring mod følger af arbejdsskade.

Stk. 2. I erstatningen fradrages løn under sygdom, dagpenge fra arbejdsgiver eller kommunalbestyrelsen og forsikringsydelse, der har karakter af en virkelig skadeserstatning, samt lignende ydelser til den skadelidte.”

Ferieloven indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

”Kap. 2. Optjening af ferie

§ 7. En lønmodtager optjener ret til 2,08 dages betalt ferie for hver måneds ansættelse i et kalenderår (optjeningsåret)...

Kap. 4. Løn under ferie, ferietillæg og feriegodtgørelse

§ 23. En lønmodtager, der er antaget månedsvist eller for længere tid, og som har ret til fuld løn på søgnehellidage og sygedage, får løn under ferie.

Stk. 2. Lønnen under ferie er den sædvanlige og fast påregnelige løn på ferietidspunktet. Hertil lægges værdien af eventuelle personalegoder, som lønmodtageren ikke råder over under ferien. En provisionslønnen har under ferien krav på kompensation for den provision, der mistes som følge af ferieafholdelsen. Endvidere får lønmodtageren et ferietillæg på 1 pct. af lønnen i optjeningsåret, jf. § 26, stk. 1.

...

Stk. 5. En lønmodtager kan før optjeningsårets begyndelse kræve feriegodtgørelse med 12 pct. af lønnen i optjeningsåret i stedet for løn under ferie og ferietillæg, jf. § 26.

Stk. 6. En lønmodtager, der fratræder, får feriegodtgørelse, jf. § 24, for det løbende optjeningsår og for den del af de tidligere optjeningsår, som lønmodtageren ikke har holdt ferie for endnu.

§ 24. En lønmodtager, der ikke er omfattet af § 23, får feriegodtgørelse med 12,5 pct. af lønnen i optjeningsåret.

...

Kap. 6. Forældelse og modregning

...

§ 38. Hvis en lønmodtager på grund af særlige forhold er afskåret fra at holde ferien inden ferieperiodens eller ferieårets udløb, udbetales feriegodtgørelse, løn under ferie eller ferietillæg til lønmodtageren.

...”.

Af bekendtgørelse nr. 1297 af 15. december 2011 om ferie fremgår bl.a. følgende:

”...

En lønmodtager, der er forhindret i at holde ferie

§ 17. Særlige forhold efter lovens § 38 er:

1) Egen sygdom

...

Stk. 4. En lønmodtager, som efter stk. 1 er forhindret i at holde ferie umiddelbart op til ferieårets udløb, skal have udbetalt feriepengene for ferien, uden at ferien holdes, medmindre ferien er overført til næste ferieår, jf. lovens § 40. Arbejdsgiveren, FerieKonto eller den, der i medfør af lovens § 31 administrerer en feriekortordning, skal udbetale feriepengene senest ved ferieårets afslutning.
..."

ATP- lovens § 8 c, stk. 1 og 2, har følgende ordlyd:

"...

Kap. III. Egenpension

...

§ 8 c. Bidrag, der vedrører tiden fra den 1. januar 2008, med fradrag af beløb efter § 16 opdeles i et garantibidrag og et bonusbidrag. Medlemmer erhverver pension af garantibidrag i overensstemmelse med den tarif, der fastsættes en gang årligt for det følgende år.

Stk. 2. Beskæftigelsesministeren fastsætter efter indstilling fra bestyrelsen for Arbejdsmarkedets Tillægspension nærmere regler om principperne for fastsættelse af den årlige tarif, jf. stk. 1. Beskæftigelsesministeren fastsætter tariffen efter indstilling fra bestyrelsen for Arbejdsmarkedets Tillægspension. Den indstillede årlige tarif fastsættes på grundlag af en af bestyrelsen for Arbejdsmarkedets Tillægspension fastsat markedsværdibaseret optjeningsrente i overensstemmelse med pensionsgrundlaget, jf. § 18.
..."

Bestemmelsen blev indsat i loven ved lov nr. 109 af 26. februar 2008, hvorved den nuværende ordning, hvorefter ATP i modsætning til tidligere optjenes på grundlag af en markedsværdibaseret optjeningsrente, blev indført, jf. lovforslag 40 af 2007/2 til lov om ændring af lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension, under specielle bemærkninger til § 8 c.

Om optjening af ATP i perioden fra den 1. januar 1982 til den 1. juli 1992 fremgår bl.a. følgende af den nugældende § 8, stk. 1, i ATP-loven:

”§ 8. Af bidrag, der vedrører tiden fra den 1. januar 1982 til den 1. juli 1992, ydes en årlig pension på 100 kr. for hvert bidragsbeløb på 396 kr., der indbetales før det fyldte 60. år, og 100 kr. for hvert bidragsbeløb på 324 kr., der indbetales efter dette tidspunkt.
...”

Landsrettens begrundelse og resultat

Det følger af Højesterets dom, gengivet i U. 2009.2914, at feriegodtgørelse efter ferielovens § 24 er en del af det arbejdsvederlag, som optjenes i et ansættelsesforhold, og dermed også er en del af den arbejdsfortjeneste, som kan kræves erstattet efter erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1.

A var på ulykkestidspunktet ansat som funktionær og oppebar løn under ferie, jf. ferielovens § 23. Som følge af ulykken blev A afskediget på grund af for stort sygefravær til fratræden med udgangen af august 2011, hvor hun overgik til sygedagpenge.

Sagen rejser spørgsmålet, om ret til ferie med løn, der optjenes under et ansættelsesforhold, kan kræves erstattet efter erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1.

Dommerne B. Vollmond og Mads Bjerre Østergaard udtaler herefter:

Det fremgår af ferielovens § 38 og af ferieaftalens § 24, at en ansat, der efter ferielovens § 23 oppebærer løn under ferie, under visse betingelser, herunder egen sygdom, kan kræve udbetaling af feriegodtgørelse for manglende afholdelse af ferie. Det fremgår endvidere af ferielovens § 23, stk. 6, og ferieaftalens § 30, stk. 2, at en ansat ved fratrædelse har krav på feriegodtgørelse på 12,5 % af den ferieberettigede løn for det løbende optjeningsår og for ikke afholdt ferie i tidligere optjeningsår. Endelig fremgår det af ferielovens § 23, stk. 5, og ferieaftalens § 26a, stk. 1, at en ansat før optjeningsårets begyndelse kan kræve feriegodtgørelse med henholdsvis 12 % og 12,45 % i stedet for ferie med løn og særlig feriegodtgørelse.

Af ferieaftalens § 19 fremgår det, at en ansat altid har krav på i stedet for ferieafholdelse at få den 6. ferieuge udbetalt i form af feriegodtgørelse.

Optjening af ret til ferie med løn forudsætter - ligesom optjening af feriegodtgørelse - et løbende ansættelsesforhold. Da A blev afskediget og overgik til sygedagpenge suppleret med erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, blev hun afskåret fra at optjene ret til ferie med løn, herunder at benytte sig af de anførte muligheder for at få retten til ferie med løn og den 6. ferieuge konverteret til feriegodtgørelse. Vi finder herved, at A som følge af ulykken har lidt et økonomisk tab.

På denne baggrund finder vi efter en samlet vurdering, at retten til ferie med løn, herunder retten til den 6. ferieuge, må anses som en arbejdsfortjeneste, der kan kræves erstattet efter erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1.

Uanset at A tillige har oppebåret erstatning for tabt arbejdsfortjeneste i de perioder, hun må antages at ville have holdt ferie, såfremt hun ikke havde været udsat for en ulykke, finder vi herefter, at hun har krav på erstatning svarende til den mistede feriegodtgørelse, jf. princippet i Højesterets dom, gengivet i U. 2004.2227, hvorefter vi stemmer for at give hende medhold i kravet om feriegodtgørelse.

Dommer Norman E. Cleaver udtaler:

A skal ved opgørelsen af erstatningen efter erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1, stilles, som om uheldet ikke var sket, og hun havde fortsat sin ansættelse, hvilket betyder, at hun skal ydes fuld erstatning for hele den indtægt, hun kan dokumentere, at hun ville have haft i uarbejdsdygtighedsperioden. I så fald ville hun have haft krav på løn under sygdom og ferie, jf. ferielovens § 23, stk. 1 og 2.

Det følger af lovens § 24, at lønmodtagere, der ikke er omfattet af § 23, har krav på feriegodtgørelse med 12,5 % af lønnen i optjeningsåret. Efter § 23, stk. 6, får en lønmodtager, der fratræder, feriegodtgørelse, jf. § 24, for det løbende optjeningsår og for den del af de tidligere optjeningsår, som lønmodtageren ikke har holdt ferie for endnu.

A kan i denne sammenhæng ikke anses for omfattet af § 23, stk. 6, idet hun jo netop skal stilles, som om hun havde fortsat ansættelsen. Der er derfor ikke tilstrækkeligt grundlag for at antage, at hun ud over den ydelse, hun er berettiget til, jf. § 23, stk. 1 og 2, tillige skal

tillægges erstatning for tabt arbejdsfortjeneste i form af feriegodtgørelse på 12,5 % efter § 24. Da det efter bevisførelsen må lægges til grund, at A inden ulykken holdt ferie også i 6. ferieuge, er der ligeledes ikke grundlag for at yde erstatning på 2,5 % i feriegodtgørelse for denne uge. Som følge heraf stemmer jeg for at tage Codan Forsikring A/S' påstand om frifindelse til følge i spørgsmålet om feriegodtgørelse.

Der træffes herom afgørelse efter stemmeflertallet.

Alle dommere udtaler herefter:

Størrelsen af den tillægspension (ATP), der til sin tid kommer til udbetaling, afhænger efter de gældende regler af i hvilket omfang, der er indbetalt bidrag og af den markedsværdibaserede optjeningsrente. På denne baggrund finder landsretten, at tillægspensionsordningen kan sidestilles med enhver anden pensionsordning, som arbejdsgiver indbetaler til, hvorfor bidraget er en del af den arbejdsfortjeneste, der kan kræves erstattet efter erstatningsansvarslovens § 2, stk. 1.

Herefter, og da Codan Forsikring A/S ikke har bestridt det rejste krav størrelsesmæssigt, tages As påstand om betaling af ATP bidrag til følge.

Codan Forsikring A/S skal betale sagsomkostninger til A med i alt 48.520 kr. Beløbet omfatter 3.520 kr. til retsafgift, og 45.000 kr. til udgifter til advokatbistand inkl. moms. Ved fastsættelsen af beløbet til dækning af udgifterne til advokatbistand er der ud over sagens værdi taget hensyn til sagens karakter, omfang og udfald.

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

Codan Forsikring A/S skal til A betale 135.117,43 kr. med tillæg af procesrente af 80.284,68 kr. fra den 30. december 2012, af 5.465,01 kr. fra den 2. april 2013, 12.380,39 kr. fra den 4. juli 2013, af 18.522,24 kr. fra den 2. november 2013, af 16.385,69 kr. fra den 6. marts 2014 og af 2.079,42 kr. fra den 19. maj 2014, til betaling sker.

I sagsomkostninger skal Codan Forsikring A/S betale 48.520 kr. til A.

Det idømte skal betales inden 14 dage efter denne doms afsigelse.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.