



ØSTRE LANDSRET
DOM
afsagt den 19. juni 2019

Sag BS-35505/2018-OLR
(15. afdeling)

Danske Fysioterapeuter som mandatar for
A
(advokat Mads Bendix Skelbæk-Knudsen)

mod

Dansk Erhverv Arbejdsgiver som mandatar for
x-klinik A/S (tidligere ...klinikken A/S)
(advokat Thomas Meyer Stage)

Retten i Roskilde har den 24. august 2018 afsagt dom i 1. instans (sag BS-9684/2017-ROS).

Landsdommerne Anne Thalbitzer, Joachim Kromann og Berit Holmelund (kst.) har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

Appellanten, A, har gentaget sin påstand for byretten om, at x-klinik A/S (tidligere Selandiaklinikken A/S) til hende skal betale 271.367,01 kr. med tillæg af procesrente fra den 21. december 2016, subsidiært et mindre beløb efter landsrettens skøn.

Indstævnte, x-klinik A/S (tidligere ...klinikken A/S), har påstået stadfæstelse, subsidiært betaling af et mindre beløb end påstået.

Supplerende sagsfremstilling

F sendte den 18. august 2015 følgende e-mail til B med kopi til blandt andre J, D, C og A:

"Hej B m. fl.

Efter nærmere eftertanke tror vi ikke det er tilstrækkeligt med at ansætte en fys stud 2 x ugt. i erstatning for A. Vi er alle bookede og der bliver jo fortsat på ugebasis efterspurgt fys tider, så vil du/l ikke overveje om der ikke skal ansættes en fys fuldtid i A 1-årige barselsvikariat? Vi mener også at der kan være mange fordele ved at få en lidt mere erfaren fys ansat, end en stud fys/nyuddannet denne gang, således at oplæringen osv. er lidt mindre "belastende" på os andre! Samt at der evt. kunne komme nye faglige tiltag fra en erfaren fys. Kan der mon ikke blive lavet et stillingsopslag snarest? Vi stiller os selvfølgelig til rådighed ift. indhold i stillingsopslag samt samtaler. A går fra omkr. 1. oktober, så vi håber at vi kan være på forkant.

Hilsen fra fysserne :)"

Forklaringer

A og B har afgivet supplerende forklaring.

A har supplerende forklaret blandt andet, at det 3-måneders praktikforløb, hun gennemførte op til sommerferien 2014, skete hos Hospitalet ... A/S (i dag x-klinik A/S) og ikke hos ... Selskab A/S. Hun blev færdig som fysioterapeut i januar 2015 og sendte i februar 2015 en uopfordret ansøgning til B. De holdt et møde, hvorunder hun oplyste, at hun var gravid. Et par timer efter samtalen ringede B og tilbød hende ansættelse som fysioterapeut fra den 1. april 2015. Samtlige fysioterapeuter på klinikken var ansat som lønmodtagere, og det blev hun også. Hun kendte til it-systemerne fra sin 3-måneders praktikperiode i 2014, i hvilken periode hun også selvstændigt havde forestået behandlingen af patienter.

Hun har ikke gennemført et Pilates-uddannelsesforløb, men som fysioterapeut med kendskab til muskelgrupper anser hun sig for kvalificeret til at afholde Pilates-kurser.

Forud for Fs e-mail af 18. august 2015 til B havde fysioterapeuterne på et "fys-møde" talt om, at A blev svær at undvære, når hun gik på barsel, og at F derfor skulle tale med B. Vedrørende e-mailen sendt til B sagde F til hende, at hun ikke havde været en "belastning", men at der på grund af travlhed vurderedes behov for en erfaren fysioterapeut. F

var typisk den, der på vegne af fysioterapeuterne varetog drøftelser med ledelsen.

I den sidste del af den periode, hun var fraværende på grund af barsel, modtog hun dagpenge.

Selv om hun ikke havde samme erfaring som de fysioterapeuter, der ikke blev opsagt, var hun lige så kvalificeret som de øvrige fysioterapeuter, herunder udførte de alle de samme arbejdsopgaver.

B har supplerende forklaret blandt andet, at han forud for Fs e-mail af 18. august 2015 havde drøftet med fysioterapeuterne, at der måtte afsættes mere tid til hver enkelt patient, således at den fornødne tid til supervision af A var til stede. Med "supervision" forstår han mulighed for sparring med en mere erfaren kollega, når vanskelige problemstillinger opstår. F.eks. er en nyuddannet fysioterapeut ikke nødvendigvis kvalificeret til at visitere diskusprolaps-patienter. Han forstod Fs e-mail således, at det var ressourcekrævende at foretage supervision, hvorfor fysioterapeuterne, når A gik på barsel, ønskede en erfaren fysioterapeutkollega ansat.

E blev i første omgang ansat i en tidsbegrænset stilling, da der på daværende tidspunkt var usikkerhed om, hvorvidt aftalen med Region Sjælland ville blive forlænget. I begyndelsen af 2016 modtog de underretning om, at aftalen ville blive forlænget, og da der herefter var "fast grund under fødderne", og E havde de fornødne kompetencer, blev hun fastansat.

Da de ønskede at udnytte et træningslokale på 1. sal til fysioterapipatienter og at flytte behandlingen af deres neurologiske patienter fra 1. salen til stueetagen, blev der indrettet tre behandlingslokaler til fysioterapeuterne på 1. sal. De besluttede i den forbindelse at reducere antallet af behandlingslokaler fra fire til tre, da der aldrig foregik behandling i alle behandlingslokaler på én gang.

Han har intet haft at udsætte på As faglige eller personlige kvalifikationer.

Reduktionen i antallet af patienter henvist fra Region Sjælland fortsatte efter fritstillingen af A. E opsagde sin stilling i november/december 2016. Som følge af de ændringer i patientsammensætningen, der var indtrådt, og som nødvendiggjorde en ændring af klinikkens forretningsområde, opslog de en stilling, der ikke nødvendigvis skulle besættes af en fysioterapiuddannet medarbejder.

De tilbød alle deres fysioterapeuter – bortset fra A, der var på barsel – at gennemføre en Pilates-uddannelse. Uddannelsen havde en varighed af 2 år. Det var tanken, at også A, når hun vendte tilbage fra barsel, skulle tilbydes at gennemføre den omhandlede uddannelse.

Da A blev afskediget, var han hovedaktionær. Han ejede 60 pct. af aktierne, mens en anden person ejede 40 pct. af aktierne. Han traf beslutningen om at afskedige A efter drøftelse med J. Den endelige beslutning herom blev truffet i oktober 2016.

Anbringender

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten, idet der for landsretten mellem parterne dog er enighed om, at ligebehandlingslovens § 16, stk. 4, finder anvendelse.

Landsrettens begrundelse og resultat

Der er for landsretten mellem parterne enighed om, at det påhviler x-klinik A/S at godtgøre, at opsigelsen af A ikke er helt eller delvist begrundet i hendes fravær på grund af barsel, jf. ligebehandlingslovens § 16, stk. 4, jf. § 9.

Også efter bevisførelsen for landsretten lægges det til grund, at der fra sommeren 2016 – navnlig som følge af væsentligt færre henvisningspatienter fra Region Sjælland – indtrådte et drastisk fald i tilgangen af fysioterapipatienter hos ...klinikken A/S (i dag x-klinik A/S), hvilket nødvendiggjorde en reduktion i antallet af fysioterapeuter for at sikre klinikkens fortsatte drift.

På tidspunktet for afskedigelsen af A og hendes tilbagevenden fra barsel den 3. oktober 2016 var der yderligere tre fysioterapeuter ansat i ...klinikken A/S: C, der blev ansat i 2007, G, der blev ansat som barselsvikar for A den 1. oktober 2015 og fastansat den 1. februar 2016, samt E, der blev ansat i et vikariat den 1. november 2015 og fastansat den 1. februar 2016.

Det lægges som ubestridt til grund, at ingen af disse øvrige tre fysioterapeuter blev opsagt.

Det lægges efter forklaringerne fra A, C, F og E endvidere til grund, at A ikke var ansat på særlige vilkår eller var under supervision, at der på klinikken ikke var arbejdsopgaver, som A ikke kunne varetage, idet samtlige fysioterapeuter ansat i ...klinikken A/S behandlede alle patienter,

som blev fordelt af klinikkens sekretærer efter ledige tider, og at A var yderst kompetent og vellidt af kolleger og patienter.

Under disse omstændigheder, og da det forhold, at C, G og E, der færdiggjorde deres uddannelse til fysioterapeut i henholdsvis 2007, 2009 og 1997, havde en bredere erfaring end A, ikke kan føre til noget andet resultat, har x-klinik A/S ikke løftet bevisbyrden for, at opsigelsen af A ikke helt eller delvist var begrundet i hendes fravær på grund af barsel.

Da opsigelsen af A herefter findes i strid med ligebehandlingslovens § 9, har A krav på en godtgørelse efter lovens § 16, stk. 2. Godtgørelsen fastsættes under hensyn til varigheden af ansættelsesforholdet og omstændighederne i øvrigt til 270.000 kr. svarende til ca. 9 måneders løn. Beløbet forrentes med procesrente fra sagens anlæg den 21. november 2017, jf. rentelovens § 3, stk. 4.

Efter sagens udfald skal Dansk Erhverv Arbejdsgiver som mandatar for x-klinik A/S i sagsomkostninger for begge retter betale 86.350,76 kr. til Danske Fysioterapeuter som mandatar for A. Heraf udgør 13.640 kr. de retsafgifter, som Danske Fysioterapeuter som mandatar for A har afholdt for byret og landsret, og 2.710,76 kr. udgør Danske Fysioterapeuters udgifter til vidneførelse for byretten. De resterende 70.000 kr. er til dækning af udgifter til advokatbistand inkl. moms. Ud over sagens værdi er der ved fastsættelsen af beløbet til advokat taget hensyn til sagens omfang og forløb.

THI KENDES FOR RET:

x-klinik A/S skal inden 14 dage til A betale 270.000 kr. med tillæg af procesrente fra den 21. november 2017.

I sagsomkostninger for begge retter skal Dansk Erhverv Arbejdsgiver som mandatar for x-klinik A/S inden samme frist betale 86.350,76 kr. til Danske Fysioterapeuter som mandatar for A. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

