



## DOM

Afsagt den 24. august 2018 i sag nr. BS 5A-1899/2017:

Danske Fysioterapeuter  
som mandatar for

A  
...

mod

Dansk Erhverv Arbejdsgiver  
som mandatar for  
...klinikken A/S  
...

### Sagens baggrund og parternes påstande

Denne sag, der er anlagt den 21. november 2017, vedrører spørgsmålet, om ...klinikken A/S' opsigelse af A fra dennes stilling som fysioterapeut i forbindelse med hendes barselsorlov er sket i strid med ligebehandlingslovens § 9, og om hun i bekræftende fald har krav på godtgørelse efter samme lovs § 16, stk. 2. Der skal i den forbindelse i første række tages stilling, om bevisbyrden påhviler ...klinikken A/S efter ligebehandlingslovens § 16, stk. 4, eller om den er delt efter lovens § 16 a. Der skal herefter tages stilling til, om bevisbyrden er løftet, herunder om det er godtgjort, at afskedigelsen ikke var henholdsvis var begrundet i denne barsel. Såfremt A skal tilkendes godtgørelse, skal der endelig tages stilling, hvilken størrelse den skal fastsættes til og fra hvilket tidspunkt godtgørelsen kan kræves forrentet.

Sagsøgeren, A, har nedlagt endelig påstand om, at ...klinikken A/S skal tilpligtes at betale 271.367,01 kr. med tillæg af sædvanlig procesrente fra den 21. december 2016 til betaling sker. Alternativt påstås betaling af et mindre beløb efter rettens skøn.

Sagsøgte, ...klinikken A/S, har påstået frifindelse, alternativt frifindelse mod betaling af et mindre beløb end påstået fastsat ud fra rettens skøn.

### Oplysningerne i sagen

#### A – uddannelse, ansættelse og opsigelse

A fik den 22. januar 2015 diplom som professionsbachelor i fysioterapi.

Hun blev ved ansættelseskontrakt af 2. juli 2015 med tiltræden den 1. april 2015 ansat som fysioterapeut hos Hospitalet ... A/S. Af ansættelseskontrakten fremgår blandt andet følgende:

**”Funktionsbeskrivelse**

Fysioterapeuten udfører arbejde som fysioterapeut med deltagelse i hospitalets almindelige fysioterapeutiske opgaver.

Nærmeste foresatte i sundhedsfaglige og andre henseende er direktør B.

**Arbejdstid**

Arbejdstiden er 35 timer om ugen, som afvikles inden for hospitalets åbningstid, normalt mandag til fredag i tidsrummet klokken 08.00 til 20.00.

...

Opgavernes fordeling på ugen aftales med det øvrige fysioterapeutte-am og direktør B.”

A blev sygemeldt fra stillingen den 10. september 2015 i forbindelse med graviditet, og var fortsat sygemeldt frem til fødslen af sit barn, hvorefter hun fortsatte med barselsorlov.

I forbindelse med en virksomhedsoverdragelse overtog ... Selskab A/S (senere ...klinikken A/S) ved allonge af 10. marts 2016 forpligtelser og rettigheder som arbejdsgiver efter ansættelseskontrakten med A.

A havde første arbejdsdag efter sin barselsorlov den 3. oktober 2016.

Den 13. oktober 2016 afholdt A en samtale med direktør B, der meddelte, at hun blev opsagt fra stillingen hos ...klinikken A/S.

Ved e-mail af 20. oktober 2016 fra A til B efterspurgte hun en skriftlig bekræftelse på opsigelsen og anførte endvidere blandt andet følgende:

”Desuden er jeg utrolig ked af det og skuffet, da jeg blev gjort opmærksom på at mine kollegaer var informeret om min opsigelse, inden jeg selv var til samtale og blev opsagt mundligt. Hvordan kan det være at de vidste det, inden jeg kom tilbage?”

Af Bs svar i e-mail af 23. oktober 2016 fremgår blandt andet følgende:

”Som vi aftalte, da jeg mundtligt orienterede dig om din opsigelse, vil jeg sørge for dette, når jeg er tilbage i næste uge. – Jeg kan forstå, at du er skuffet generelt og over, at dine kollegaer har vidste besked før dig. Det er desværre nok uundgåeligt i den situation fysioterapien er havnet på ...klinikken og den kendsgerning, at du var på Barsel.”

Af ...klinikken A/S' skriftlige opsigelse stilet til A og dateret den 28. oktober 2016 fremgår blandt andet følgende:

”Det er med beklagelse, at vi må opsigte dig fra din stilling som fysioterapeut i smerteenheden. Begrundelsen for opsigelsen er en kapacitetstilpasning grundet manglende tilgang af patienter.

... ansættelsesforholdet slutter således pr. d. 31. jan. 2017.”

Der er under sagen fremlagt dokumentation for, at A er optaget i autorisationsregisteret for fysioterapeuter.

#### Ansatte fysioterapeuter hos ...klinikken A/S og andre forhold med relation til disse

Af en af ...klinikken A/S udarbejdet oversigt over stillinger i gruppen af fysioterapeuter fremgår, at C blev ansat i 2007 og fortsat var ansat i 2017. Det fremgår af Cs CV blandt andet, at han har virket som fysioterapeut siden ansættelsen, og at han har gennemgået en lang række kurser og uddannelse med relation hertil, herunder Mckenzie-metoden.

D blev ansat i 2008 og fratrådte den 1. november 2015, hvor E blev ansat i en tidsbegrænset stilling. Hun fratrådte igen den 30. januar 2017. Af Es CV fremgår blandt andet, at hun blev autoriseret fysioterapeut i 1997, hvorefter hun er videreuddannet, herunder med Mckenzie-metoden, og har taget en række kurser med relation til uddannelsen. Hun har siden uddannelsens afslutning haft ansættelse i det offentlige som fysioterapeut, herunder som specialeansvarlig.

F blev ansat i 2013 og fratrådte sin stilling den 1. februar 2016.

G blev ansat som barselsvikar i As stilling den 1. oktober 2015 og blev fastansat den 1. februar 2016 i den stilling, som F fratrådte. Af Gs CV fremgår blandt andet, at han i 2009 blev uddannet som bachelor i fysioterapi, siden da arbejdede som selvstændig terapeut inden for forskellige specialeområder, frem til ansæt-

telsen hos ...klinikken A/S og endvidere uddanner sig som pilates instruktør.

H blev ansat i en tidsbegrænset stilling hos ...klinikken A/S den 23. september 2015, blev ansat i As barselsvikariat den 1. februar 2016 og fratrådte ansættelsen i forbindelse med hendes tilbagevenden efter barselsorlov.

Der var ved As ansættelse den 1. april 2015 derfor fire ansatte fysioterapeuter hos ...klinikken A/S. I efteråret 2015 blev det med Hs ansættelse til fem ansatte fysioterapeuter, hvilket igen blev reduceret til fire den 1. februar 2016, da F fratrådte. Med udgangen af januar 2017 blev antallet reduceret til to, da E fratrådte og As ansættelse ophørte efter udløbet af opsigelsesperioden.

Den 27. februar 2017 op slog ...klinikken A/S en ledig fuldtidsstilling, hvoraf fremgår blandt andet følgende:

**”...klinikken A/S i ...by søger en fysioterapeut/instruktør som er interesseret i at være med til at udvikle forretningsområdet for fysioterapi samt vores Center for Sundhed og Pilates.**

...

Du kommer til at samarbejde med vores to øvrige fysioterapeuter om at varetage genoptræningen af vores patienter i moderne genoptræningsfaciliteter. Du vil derudover også indgå i behandlingen og træningen af patienter, der er tilknyttet klinikkens træningscenter. Endvidere skal du være interesseret i at agere frontfigur for fysioterapi samt vores træningsområde.

...

**Vi forventer, at du:**

Er udadvendt og har interesse i at være med til at udvikle forretningsområdet fysioterapi og træning  
Har lyst til at bidrage til udviklingen af nye behandlingstilbud

...

**Vi tilbyder:**

En anderledes fysioterapi/instruktør stilling hvor fokus både er på fysioterapi, træning og forretningsudvikling”

Øvrige oplysninger om ...klinikken A/S

...klinikken A/S modtog patienter fra x-klinik, der havde en samarbejdsaftale med region Sjælland.

Af regionens budgetaftale for 2016 fremgår blandt andet, at aftaleparterne var enige om, at samarbejdsaftalen, der udløb i 2016, skulle forlænges med den mulige option på et år.

Af regionens brev af 31. januar 2017 til administrerende direktør I, x-klinik, fremgår, at regionen ikke agtede at indgå en tilsvarende aftale, at man havde været tilfreds med samarbejdet, og at der i regionen var oparbejdet tilstrækkelig kompetence og kapacitet til fremover selv at udrede og behandle egne patienter på regionens sygehuse. Endvidere fremgår blandt andet følgende af brevet:

”Partnerskabsaftalen løber til medio 2017 og vi forventer at kunne henvise patienter til x-klinik frem til og med den 30. juni 2017.

Det må dog forventes at antallet af henviste patienter vil falde støt frem til kontraktens udløb, da regionens sygehuse allerede nu gør sig store anstrengelser for at sikre størst mulig selvforsyning.

Patienter, som er i et påbegyndt forløb på det tidspunktet, hvor kontrakten udløber, skal naturligvis færdigbehandles jf. gældende aftale.”

Af Is e-mail af 18. maj 2018 til direktør J, ...klinikken A/S, fremgår blandt andet følgende:

”Fra sommeren 2016 oplevede x-klinik et drastisk fald i antal henvisninger fra region Sjællands sygehuse, som et resultat af, at Regionsrådet i Region Sjælland i 2016 besluttede at hjemtage størstedelen af sine patienter fra Private sygehuse. Denne beslutning slog først igennem på smerteområdet, hvor Region Sjælland mere end fordoblede deres kapacitet. Denne hændelse fik markante omsætnings-og driftsmæssige konsekvenser for vores hospital i ..., hvilket bevirkede, at jeg i løbet af eftersommeren 2016 bad ledelsen på Hospitalet i ..., som vi havde overtaget i marts 2016, om at tilpasse medarbejderstaben tilsvarende. Medarbejderstaben i smerteenheden blev herefter reduceret med mere en 2/3 fra 26 medarbejdere til 7 medarbejdere. Reduktionen ramte bredt i alle behandlergrupperne internt og blandt de ydelser vi rekvirerede fra vores samarbejdspartnere, herunder ...klinikken i form af fysioterapeutiske ydelser. Tilpasningsprocessen var tilendebragt primo 2017.”

...klinikken A/S har til brug for retssagen udarbejdet to grafer over udviklingen af henholdsvis konsultationer udført for x-klinik for maj

til december 2016 og i fysioterapien i alt for alle måneder i 2016, der begge med udsving viser en væsentlig nedgang i antallet af konsultationer over de viste måneder.

#### Oplysninger med relation til den nedlagte påstand

Der er mellem parterne enighed om den talmæssige opgørelse af påstandsbeløbet, der svarer til ni måneders løn for A.

Af Danske Fysioterapeuters brev af 21. november 2016 stilet til ... Selskab A/S blev stillet krav om godtgørelse efter ligebehandlingsloven, da hun var afskediget i forbindelse med fravær på grund af barsel. Det fremgår af brevet blandt andet følgende:

"Det er min vurdering, at din virksomhed ikke vil kunne løfte ovennævnte bevisbyrde. Jeg har bl.a. lagt vægt på, at der i smerteenheden er ansat i alt 4 fysioterapeuter, og at A er den eneste, der bliver sagt op.

Hvis din virksomhed ikke kan løfte bevisbyrden vil den blive pålagt at betale A en godtgørelse svarende til 9 måneders løn.

Inden jeg foretager mig yderligere i sagen vil jeg give dig lejlighed til at fremkomme med dine bemærkninger snarest muligt og inden 10 dage."

Dansk Erhverv afviste på vegne ...klinikken A/S i brev af 22. december 2016 til Danske Fysioterapeuter kravet, og bestred, at opsigelsen af A på nogen måde var begrundet i graviditet eller fravær på grund af barsel.

#### **Forklaringer**

Der er under hovedforhandlingen afgivet forklaringer af A, J, F, E, C, B og K.

A har forklaret, at hun frem mod sidste praktikperiode i sit uddannelsesforløb havde ønske om ansættelse på et hospital. En underviser etablerede kontakt til ... Selskab A/S, hvor hun var i praktikforløb inden sommerferien i 2014. Hun udførte i praktikken selvstændigt behandlinger og havde adgang til at bede den kliniske vejleder om at følge med, ligesom der blev udført små prøver.

Hun blev færdiguddannet i januar 2015. Hun sendte derefter en uopfordret ansøgning til B, der var direktør i selskabet. Han ringede hende op og meddelte, at han gerne ville ansætte hende. Det blev efter forhandling

enige om vilkårene, og hun blev ansat. Der var ikke særlige begrænsninger og det var heller ikke et krav, at hun var under supervision.

Som færdiguddannet fysioterapeut kan man fungere som selvstændig fra første dag. Det er der nogen, der vælger. Hun valgte ansættelsen som lønmodtager med samme funktion.

Hun var efter sin tiltræden i et introduktionsforløb som alle andre nyansatte. Hun kendte it-systemerne, hvor de arbejdede med journaler, registrerede patienter m.v. Hun udførte selvstændige fysioterapiopgaver fra første dag. Den første måned fik hun indlagt 30 minutter mandag og torsdag, hvor hun kunne foretage opsamling. I samme periode havde hun heller ikke hovedpinepatienter. Derudover blev der ikke taget særlige skånehensyn i forhold til hende.

Efter den første måned foretog hun sig derfor det samme som de øvrige ansatte fysioterapeuter. De havde hver eget behandlerlokale, hvor der stod navn på døren.

Hun arbejdede med smertepatienter, ortopædkirurgiske patienter og indlagte patienter. Der kom også forsikringspatienter med forskellige diagnoser. Hun varetog desuden holdtræning for ryghold og smertetræning. Nogle kom fra regionen og andre gennem en pakke. Der var også almindelige selvbetalende patienter. Smertepatienterne fyldte omkring en tredjedel af de patienter, som klinikken havde.

Patienterne var jævnt fordelt på alle fysioterapeuter. Det var sekretærerne, der fordelte patienterne efter, hvor der var ledig tid. Det var normalt, at de tog kollegers patienter ved sygdom og andet fravær. Der var ikke patientgrupper, som hun ikke kunne varetage.

Hvis hun var i tvivl, gik hun til en kollega og fik gode råd. Der var både monofaglig og tværfaglig sparring.

Hun blev sygemeldt under sin graviditet efter omkring et halvt års ansættelse. Hun var herefter på barselsorlov. Hun havde et enkelt besøg på arbejdspladsen efter fødslen sammen med sin nye baby, men ellers havde hun ikke megen kontakt med arbejdspladsen eller kollegerne. D fortalte hende undervejs om de forskellige nyansættelser.

Hun deltog i et firmaarrangement den 23. september 2016. E fortalte i den forbindelse, at der var nedgang i antallet af patienter i klinikken. Hun havde ikke inden da hørt om dette. Hun fik ikke oplyst, at der havde været et møde for fysioterapeuterne.

Hun vendte tilbage på arbejde den 3. oktober 2016. Fysioterapeuterne var placeret i samme bygning men flyttet til 1. sal. Der var kun tre behandler-

rum, hvor de tre tilbageværende kollegers navne stod på døren. Hun havde ikke længere eget behandlerlokale. Det var mærkeligt, at der ikke var et lokale, hvor hendes navn stod på døren. Hun fik forelagt, at det skulle foregå på den måde, og da de alle også skulle være i lokaler på x-klinik, skulle hun låne de øvrige behandlerlokaler.

Torsdag den 13. oktober 2016 havde hun samtale med B. Hun havde et par gange bedt om denne, da hun ville tale med ham om at gå ned i tid. Hun kom ind på kontoret, og B spurgte, hvordan det gik. Hun svarede, at det gik godt. Han oplyste, at der var nedgang, og hun gav udtryk for, at det kunne hun godt mærke, og at hun var interesseret i at gå ned i tid. De talte lidt sammen om situationen. Hun forstod ikke, hvor han ville hen, og spurgte derfor, om hun var opsagt, hvilket han bekræftede.

Hun gik derefter til G og oplyste, at hun var blevet opsagt. Han oplyste, at det vidste kollegerne og han godt, og at de var blevet informeret om dette på et personalemøde. Nogen fortalte hende senere mere om dette møde og hun regnede selv ud, at det var afholdt den 23. september 2016.

I forhold til de krav, der fremgår af ...klinikken A/S' stillingsopslag af 27. februar 2017 ville hun ikke kunne varetage opgaven med pilates, da det var en uddannelse, som de øvrige fik under hendes barselsorlov, men hun kunne varetage den øvrige del. Det var samme opgaver, som hun tidligere havde løst under sin ansættelse.

Hun havde forud for ansættelsen været ansat i medieforlag, hvor hun havde været med til at udvikle forretningen. Hun har dog ikke tidligere forretningsudviklet en fysioterapiklinik. Hun havde ikke erfaringer som E, G og C, og som følge af deres erfaring havde hun heller ikke kvalifikationer svarende til deres.

J har forklaret blandt andet, at han blev ansat som direktør i ...klinikken A/S den 1. november 2016. Han var forud for dette løst tilknyttet klinikken. Han tiltrådte en stilling som økonomidirektør i Hospitalet ... A/S i 2014. De bortsolgte den ene halvdel af virksomheden i marts 2016, og han skulle bistå x-klinik med at overtage økonomiafdelingen. Han var med i processen. B kontaktede ham og forespurgte, om han kunne være interesseret at fortsætte som direktør i det nye selskab. Han havde et godt indblik i selskabets forretningsgrundlag og økonomi. Han sad tættest på og var informeret om det i kraft af sin rolle og opgaver i x-klinik.

...klinikken A/S modtager på fysioterapiområdet patienter fra et bredt felt, herunder fra x-klinik, forsikringsselskaber, det offentlige og i kraft af selvbetalende patienter. Tidligere var man på dette område meget bundet op på de øvrige afdelinger, navnlig smerteafdelingen, og de udskrevne patienter. Det største område var smertepatienterne. Frem til man solgte



virksomheden fra, kom patienterne fra regionen, efter de var blevet behandlet der.

Året 2015 var fantastisk og det bedste år nogensinde for virksomheden. Forventningerne til 2016 var, at man kunne holde niveauet og fortsætte den gode udvikling.

Som han har forstået det, havde regionen ret til at forlænge samarbejdsaftalen, og det var denne ret, som regionen udnyttede, da man i budgetaftalen (ekstrakten side 65) meddelte, at man forlængede samarbejdsaftalen frem til sommeren 2017. Der var ingen faresignaler. Regionen var en stor kunde, og de havde en pæn aktivitet derfra, da de gik ind i 2016 og forventede, at den kunne de holde.

Partnerskabsaftalen med regionen er primært indgået med x-klinik og før han tiltrådte. Han var ikke med til forhandlinger om forlængelsen. Der var et godt samarbejdsklima i begyndelsen af 2016, og det var på tale med en forlængelse i fem år. Det var i løbet af 2016, at de fik oplyst, at aftalen var forlænget med et år. De var opmærksomme på, at der var et godt klima, og forventede derfor, at samarbejdet ville fortsætte.

Den udarbejdede oversigt over konsultationer i fysioterapi (ekstrakten side 65) viser et første halvår med svagt faldende aktiviteter men med et fortsat højt niveau. Fra sommeren kom et markant fald og nærmest en halvering af aktiviteten på fysioterapi. I juli var der sommerferie og der er ofte nedgang. Enkelte måneder kan på det enkelte speciale område svinge, hvilket ikke er usædvanligt. De konstaterede imidlertid et regulært fald og begyndte at spørge til, hvad problematikken var. I dialogen mellem x-klinik og ...klinikken A/S blev man opmærksom på, at det særligt var smertepatienterne i smerteklinikken, der var problemet. Den massive tilgang til smerteklinikken "tørrede ud".

Det følger af almindelige patientrettigheder, at man efter 30 dage kan gå ud på det private marked. I regionen foretog man nogle krumspring og sendte patienterne til et foredrag om smerte hos en sygeplejerske, og derved havde det offentlige opfyldt kravene over for patienterne, når de blot senere kunne komme til samtale og udredning hos en læge. Dermed lukkede det offentlige af for tilgangen af patienter til smerteklinikken. Det havde i hvert fald stor betydning for opgaverne i fysioterapien i ...klinikken A/S.

Internt gjorde de sig mange tanker. Han kom mere på banen, da han skulle indtræde som direktør den 1. november 2016. Jens Jacobsen og han drøftede med bestyrelsen, at de skulle gøre sig mere uafhængige af offentlige kunder og udvikle de private område. En sådan omstilling kommer ikke bare lige på plads. Det er et langt sejt træk.

Den 20. september 2016 blev der afholdt et bestyrelsesmøde. Det blev ikke

på dette bestyrelsesmøde besluttet, at der skulle nedlægges en stilling i fysioterapien. Opgaven var at se på organisationen og overveje en ny struktur. Det var flere steder i organisationen, at der skulle arbejdes mere kosteffektivt. Processen skulle løbe over flere måneder.

Der blev afholdt personalemøde 23. september 2016. Formålet med mødet var at skabe ro og have kommunikation med fysioterapien. De havde alle konstateret nedgangen og de ansatte skulle være med på tankerne om fremtiden. De oplyste, at der skulle udvikles nyt, men fortsatte nedgangen, var det nødvendigt at skære til. De meddelte ikke, at de havde besluttet, at der skulle nedlægges en stilling. Han erindrer ikke, om de specifikt nævnte A, men han godt forstå, hvis de øvrige har fået indtrykket af, at det var hende, der i givet fald skulle afskediges. De havde den holdning, at de bedst kvalificerede skulle fortsætte, og at A var den, der var dårligst kvalificeret. Det sagde ikke, at der var en, der skulle opsiges, og han erindrer ikke, at B nævnte As navn under mødet.

Beslutningen om opsigelse af A blev taget medio oktober 2016. De ville gerne have beholdt aktivitetsniveauet og en stærk, god fysioterapi. De kunne ikke konstatere, at antallet af smertepatienter ville holde et fortsat niveau og processen med at skaffe yderligere patienter ville tage nogen tid. Når han sammenholdt det med antallet af patienter (ekstrakten side 65), så han et stort underskud, og antallet hang ikke sammen med at have fire fuldtidsansatte fysioterapeuter.

Den omstændighed, at der var alene var tre behandlerlokaler, var ikke udtryk for, at A ikke skulle komme tilbage. Der var ingen skjult dagsorden. Der var behandling i de tre lokaler, hvor forsikringspatienter kom ind. Holdtræningen var blevet placeret i træningscentret, og indlagte patienter skulle behandles hos x-klinik i deres lokaler. De kunne derfor løse de stillede opgaver med tre behandlerlokaler. Der var perioder, hvor der var kapacitetsudfordringer med det antal lokaler, men det blev konkret løst med, at man lånte lokaler.

Efter opsigelsen af A gik det ikke særlig godt på fysioterapiområdet. E fratrådte i slutningen af januar 2017. De forblev på to fysioterapistillinger frem til sommeren 2017 og havde ikke aktiviteter til flere ansatte.

I dagene op til afskedigelsen kom der ikke yderligere tilgang af smertepatienter. De havde det håb, at regionen ville ophøre med det, som man foretog sig, og forventede på den baggrund, at patienterne kom tilbage. Det skete imidlertid ikke. Tidligere kom smertepatienterne som en stor klump, men de fire ben eksisterer også i dag. Han kan ikke svare på, hvor stor en del det var. De gik ned til et sted mellem en halvdel og en tredjedel af hidtidig aktivitet.

I februar 2017 opslog de en stilling (ekstrakten side 52). Det var en kombineret fysioterapeut- og forretningsudviklerstilling. Det er altid en balance at tilpasse sin virksomhed, så man ikke får et underskud, og man skal i den forbindelse satse, så man får gang i sin forretning. Tanken var, at vedkommende skulle kunne skabe omsætning og bygge videre på konceptet om at finde nye aktiviteter til erstatning for de mistede offentlige patienter. Vedkommende skulle være sælger, opsøge kunder, udvikle produktet og indrette træning og behandlingscenter. Den rette skulle drive opsøgende virksomhed, herunder kontakte lokale medier, informere om centeret og deltag i ”...natten”. De fandt ikke den rette og besatte ikke stillingen. De opgav tanken, da der ikke var økonomi til blot at ansætte endnu en fysioterapeut.

Han var ikke med til at ansætte A. Han underskrev ansættelseskontrakten, men var ikke klar over, hvad hun skulle lave.

I forbindelse med afskedigelsen af hende var han ikke direktør og havde ingen beslutningskompetence. B fungerede som direktør og havde tillige en chefrolle i x-klinik. B var også hovedaktionær. Han var selv inde over beslutningerne, da han skulle overtage opgaven som direktør, men B havde det formelle ansvar.

De to afholdt ikke formelle møder, herunder om beslutningen om afskedigelse. De havde kontorer tæt på hinanden og havde en løbende dialog om udviklingen i virksomheden. De var i en opbygningsfase af ...klinikken A/S og der var mange løbende beslutninger. Som han erindrer det, var det først i dagene op til den 13. oktober 2016, at de talte om afskedigelsen.

Efter opdelingen var det B, der primært stod for indretningen af lokalerne, herunder tog stilling til antallet af fysioterapilokaler.

F har forklaret blandt andet, at hun blev færdiguddannet som fysioterapeut i 2009 og arbejder fortsat som sådan. Hun fungerer som klinisk underviser og kan vejlede studerende i forbindelse med uddannelse. Hun var ansat på Hospitalet ... A/S fra 2013 til 2015 og varetog der funktionen som fysioterapeut og klinisk vejleder.

Man er færdiguddannet fysioterapeut, når man har professionsbachelor, og man kan fra det tidspunkt starte som selvstændig og kan varetage alle opgaver.

Under hendes ansættelse på Hospitalet ... A/S var de tre fysioterapeuter. De havde mange forskellige typer af patienter, herunder forskellige ortopædkirurgiske og ny opererede patienter, genoptræningspatienter og holdtræninger, hvor man også kunne komme udefra. Disse områder dækkede de alle tre. Det var væsentligt, at man var i stand til at dække alle områ-

der.

A blev ansat som nyuddannet. Hun havde haft A som studerende og havde varetaget den kliniske undervisning af hende. De valgte at ansætte hende, da de kendte A, og hun kendte huset. A skulle indgå på samme vilkår som de øvrige ansatte fysioterapeuter.

A havde en indkøringsfase efter ansættelsen, hvor hun skulle lære systemet nærmere at kende. Den første måned havde hun lidt færre patienter og afsat lidt længere tid til dokumentation. Som hun erindrer havde A to ekstra halve timer om ugen. A var ikke under supervision efter færdiguddannelsen.

Sekretærene bookede tiderne til fysioterapeuterne. Der var lagt faste tider ind, men fordelingen afhang af, hvem der havde en ledig tid. De havde hver et aflukket behandlerlokale med skilt og titel opsat på døren. Hun er ret sikker på, at A havde det samme.

A var meget vellidt blandt kolleger og patienter. Hun sagde ikke fra over for noget og kunne løse alle opgaver, hun blev stillet. A havde ikke i den første måned af ansættelsen hovedpinepatienter, da der er et særligt område, og man ønskede at skåne hende lidt. Derudover arbejdede hun på lige fod med de øvrige fysioterapeuter.

Hun var ansat, da A meddelte, at hun var gravid. Hun erindrer ikke, om hun skrev en e-mail eller havde en samtale med B om, hvem de skulle have ansat som vikar for A. Hun var i hvert fald inddraget i processen og anbefalet en person, efter de havde haft samtaler eller skrevet e-mails om, hvem der kunne være relevant at ansætte. H havde været studerende i virksomheden og kunne let træde ind i stillingen, da han kendte til huset. Hun erindrer ikke, at hun den 18. august 2016 sendte en e-mail til B.

G tiltrådte som vikar for A. Hun erindrer ikke, om han overtog As behandlerlokale. Der var fire lokaler, og hun byttede på et tidspunkt selv lokale med en kollega.

C har forklaret blandt andet, at han blev færdiguddannet som fysioterapeut i 2007, hvor han blev ansat i det, der senere er blevet til ...klinikken A/S. Han er fortsat ansat og har samme jobtitel.

Da han blev ansat på Hospitalet ... A/S var der en kollega de første to uger. Derefter var han eneste fysioterapeut. Kortere tid efter kom der en erfaren kollega.

Som nyuddannet kan man stort set det hele.

Da A blev ansat havde de forsikringspatienter, manuel behandling og træning. Via det offentlige fik de smertepatienter, tværfaglige patienter og indlagte patienter. Der kom også private patienter. Arbejdsopgaverne for det offentlige fyldte dengang meget. Det var omkring 50% af deres arbejde. Hovedparten af disse var smertepatienter.

Patienterne var ligeligt fordelt blandt alle ansatte fysioterapeuter. Nye fysioterapeuter havde et introduktionsforløb i smerteklinikken og oplæring i it-systemet. Det tog en til to uger og man fik lidt længere tid til den enkelte patient. Efter det var man ligestillet med sine kolleger.

Det var fælles beslutning, hvem der skulle have hvilke hold. Det var sekretæren, der bookede tider i de ledige huller i fysioterapeuternes kalendere. Hvis man var syg eller fraværende, supplerede de hinanden.

Fysioterapeuterne havde hver sit behandlerlokale.

Hospitalet ... A/S blev opsplittet og han fortsatte i ...klinikken A/S. De skiftede lokaler og flyttede op i nærheden af smerteklinikken. De havde fortsat hvert sit behandlerlokale, men dog kun tre lokaler. H havde ikke et fast lokale. Der blev ikke lavet eller indrettet et lokale til A.

Han deltog i personalemødet den 23. september 2016. Ud over ham var G, E og B til stede. Han erindrer ikke, om J deltog i mødet. De fik oplyst, at der var ændringer, og der ville ske afskedigelser. Han mener også, at de på fik oplyst, at der var truffet beslutning om, at A skulle afskediges.

Han kendte A fra sin tid som studerende. Hun virkede som kollega yderst kompetent og patienterne var glade for hende. Hun var ikke ansat på særlige vilkår, og var ikke under supervision efter, at hun var blevet ansat. Der var ikke nogen arbejdsopgaver på klinikken, som A ikke kunne varetage.

E har forklaret blandt andet, at hun blev uddannet som fysioterapeut i 1997 og fortsat arbejder fortsat i faget. Hun er for tiden ansat på ... Skælskør under Giftforeningen.

Hun blev ansat i et vikariat i Hospitalet ... A/S den 1. november 2015 og blev fastansat den 1. februar 2016.

På hospitalet havde de tværfagligt samarbejde, en tværfaglig rygklinik, smerteklinik, hovedpineklinik, ortopædkirurgiske patienter, forsikringspatienter og reumatologiske patienter. Nogle kom fra det offentlige og andre var private.

Fysioterapeuterne havde alle typer af patienter. Det var sekretærerne, der bookede patienterne, eller også kom de ind via systemet og nogle forbookede tider. De trådte i stedet for hinanden, hvis der var fravær. Det skete efter aftale. De kunne alle håndtere en situation, selv om de ikke kunne behandle ud fra en bestemt behandlerteknik.

De havde hver et behandlerlokale. Hun erindrer ikke, hvis lokale hun overtog. Hun fik sit navn på døren. De var fire fysioterapeuter og der var fire lokaler.

Der var efter opdelingen en proces, hvor der var nogle ombygninger og omfordelinger. De fik lokaler på første sal. Der var kun tre lokaler, hvilket de var utilfredse med, da de var fire ansatte fysioterapeuter. De havde på det tidspunkt en ekstra vikar, H. Han stoppede og der var en overgang, hvor der var lokaler til alle.

De vidste alle, at A ville komme tilbage, og at der var udfordringer med patientantallet.

Den 23. september 2016 deltog hun i et personalemøde. Ud over hende deltog C, G, J og B. Hun erindrer ikke dagsordenen for mødet. De fik i slutningen af mødet oplyst, at man planlagde, at A skulle afskediges, da der ikke var kunder nok i butikken. Det blev oplyst for at berolige dem alle. De kunne godt konstatere, at der ikke var tilstrækkeligt arbejde til tre fysioterapeuter, og var bekymrede for, hvordan det skulle gå, når de blev fire. Det var en ubehagelig situation, da de alle skulle være sammen med A samme aften. Det lå i luften, at de ikke skulle sige det videre til A.

C, G og hun talte efter mødet om, at det var en ubehagelige oplysning, og at de ikke skulle dele den med A.

Hun arbejdede sammen med A i tre uger. De brugte tid på introduktion og A skulle sættes ind i nye arbejds gange. Hun havde kun hørt godt om A og fik ikke noget dårligt indtryk af hende. Hun havde ansvaret for fysioterapien og satte derfor A ind i tingene. Der var god tid til opgaven, da de havde megen plads i kalenderen og tid til overs.

Det er væsentligt, at man i en klinik har erfarne fysioterapeuter ansat, da man ofte og hurtigt skal tage stilling til meget forskelligartede forløb. Erfaring hjælper, men det er ikke en forudsætning for at blive ansat. I en klinik som ...klinikken A/S skal man levere den bedste behandling og efter bedste praksis.

Hun har lang erfaring og var fra 2003-2007 ansat som specialeansvarlig fysi-

oterapeut. I kraft af sin anciennitet vil hun vurdere, at hun var bedre kvalificeret end A.

**K** har forklaret blandt andet, at han er ansat på x-klinik i ... og er specialeansvarlig læge på smertebehandlingsteamet. De "køber" fysioterapi i ...klinikken A/S.

I perioden hen over sommeren 2016 og frem mod oktober 2016 skete der noget meget mærkeligt. Ultimo september 2016 faldt antallet af henvisninger fra regionen til x-klinik over natten fra omkring 20 om ugen til omkring 0. Det blev med dette lave niveau frem til februar 2017, hvor der igen blev foretaget henvisninger. De undrede sig meget over dette, men det er alene spekulationer om årsagerne.

Dette fald fik stor betydning for kapaciteten. Der skete en massiv opsigelse af medarbejdere. Ud af fem læger blev tre opsagt. De blev opsagt med udgangen af 2016 og havde 2-3 måneders opsigelse.

Som han erindrer det, skete det store fald fra ultimo september 2016. Foreholdt de udarbejdede grafer og vurderingen af, at faldet skete tidligere på året, har han ikke sikker erindring om tidspunkterne. Han har mange patienter både nye og kontrolpatienter, og han har oplevelsen af, at de ny henviste patienter gik i 0. En ny patient ser både en læge, en fysioterapeut og en psykolog.

**B** har forklaret blandt andet, at han uddannet kiropraktor og har praktiseret i mange år blandt andet på offentlige sygehuse, hvor han var leder af uddannelsen. På den baggrund har han opstartet Hospitalet ... A/S. I forbindelse med et salg af hospitalet, blev en del af virksomheden udskilt og solgt til x-klinik. Han er også hovedaktionær i ...klinikken A/S.

Fra 2015 til den 9. marts 2016 var han direktør for Hospitalet ... A/S. I marts 2016 og frem til det tidspunkt, hvor hele organisationen kom på plads, var han hospitalschef på x-klinik og ...klinikken A/S. Han bar begge kasketter i seks måneder.

I 2015 fik fysioterapiafdelingen primært kunder fra Region Sjælland. Det var både rygpatienter, der skulle opereres, og dem der skulle genoptrænes. De modtog dem fra smerteklinikken, fra dem, som de selv opererede eller fra andre private aktører. Der kom også privatpersoner til behandling. Den primære gruppe kom så afgjort fra det offentlige i form af smertepatienter, de rygooperede og dem fra klinikken, hvor K arbejder.

Baggrunden for ansættelsen af A var et behov for ekstra kapacitet. De havde rigtig mange patienter inden for alle kategorier. Kerneområderne smerte, ryg og operationspatienterne skulle sikres dækning. De

havde i 2015 meget travlt.

Han var i forbindelse med regionens budgetaftale for 2016 i x-klinik. Bag den indgåede aftale lå en række møder med politikere og administrato-rer. Regionen var meget tilfredse med aftalen, og der blev givet udtryk for, at den ville blive forlænget først 10 år og derpå fem år. Efterfølgende kom der andre signaler og krav om, at opgaven blev sendt i udbud. De modtog meddelelse om, at aftalen kunne forlænges efter optionen. Aftalen kunne uden videre forlænges uden tilsagn, og det var det regionen, der afgjorde, om det skulle ske.

Han var direktør og havde primært ansvaret for alle fysioterapeuterne. D havde det daglige ansvar og F var uddannelsesansvarlig. Han havde ugentligt eller hver 14. dag møder med D.

A fungerede som unge fysioterapeuter kan under supervision og med adgang til rådgivning fra ældre og mere erfarne kolleger. De øvrige fysioterapeuter fortalte ham, at de anvendte ekstra tid på A, og at de havde ønsker om yderligere arbejdskraft. Han måtte se på ressourceforbruget og ansatte ikke yderligere.

Da A skulle på barsel, udtrykte D og F ønske om, at der blev ansat en erfaren vikar. Han erindrer, at han modtog flere e-mails og havde samtaler om, at man ville have en mere erfaren fysioterapeut, der ikke var så belastende i teamet.

For så vidt angik forventningerne til 2016, var man godt klar over, at der vil-le ske noget, da aftalen med regionen alene var forlænget i et år. Regionen havde planer at hjemtage noget, men var indstillet på at indgå delaftaler. Det havde man gjort på smerteområde og også i kardiologien og smertebehand-lingen genererede temmelig meget fysioterapi. Derfor var der udsigt til forts-at at få patienter fra regionen.

Da de fastansatte E havde de derfor en positiv forventning til antallet patienter. D havde ekspertise på rygpatienterne og E havde den samme kompetence, hvorfor hun var en vigtig profil at have i virksomheden. Smerte- og rygpatienter er begge komplekse patientgrupper, og derfor er det væsentligt at have medarbejdere med mindst to års erfaring. Det var også en del af aftalen med regionen, at man kunne stille med en sådan ekspertise.

De fastansatte G 1. februar 2016. F var en aktiv pige og meget orienteret mod idræt og privatsegmentet. G kom fra praksis, havde selv haft eget ydernummer og var idrætsinteresseret. Han var selvskrevet til at komme ind på det område.



De ansatte H som barselsvikar for A. Det var et vikariat, der løb frem til den 1. september 2016, hvor de forventede, at A kom tilbage. Inden ophøret af orlovsperioden ønskede hun at forlænge den med en måned. Der var fin dialog og blev indgået en aftale med A. De forlængede på den baggrund også Hs ansættelse med en måned, da de øvrige fysioterapeuter var bekymrede for, om de kunne klare opgaverne.

Af oversigten over konsultationer i fysioterapi i alt, 2016, oplevede de det, som de troede var umuligt. De fik stort set ingen henvisninger af kroniske smertepatienter fra regionen. Det var helt i strid med det, som regionen tidligere havde signaleret. Regionen opnormerede imidlertid voldsomt og ændrede procedurer, hvorefter de stort set ikke sendte nogen patienter.

Antallet faldt – som han erindrer det – fra august 2016 og de følgende tre til fire måneder. De havde kontakt til politikerne og fik henvendelser fra patienter, der gerne ville udnytte deres ventetidsgaranti og det udvidede frie sygehusvalg. Det fungerede bare ikke, som det burde. De kunne ved beregninger konstatere, at patienterne var der, men de kom ikke til ...klinikken A/S.

De måtte tænke anderledes, og blev enige om, at var det en del af fremtiden, måtte de gøre sig uafhængige af denne ene leverandør. De troede fortsat ikke, at det var en permanent situation, men valgte derefter at fokusere på det private segment. Det fordrede et personale, der var gode til netop dette.

Der blev den 20. september 2016 afholdt bestyrelsesmøde. Man drøftede henvisningsstrømmen, ændringen i mønsteret og at de måtte tilpasse ressourcerne til efterspørgslen. De måtte endvidere se på, hvilke segmenter der måtte skæres fra for at tilpasse sig. De besluttede at følge det nøje og agere, hvis det var nødvendigt. De beskæftigede sig ikke på bestyrelsesmødet med personsager.

Den 23. september 2016 blev der afholdt et personalemøde. Agendaen for mødet var at give fysioterapeuterne besked om, hvad ledelsen overvejede og så på, at virksomheden måtte ændre strategi og udvikling, og at det ikke kunne udelukkes, at det ville betyde reduktion i medarbejderstaben. Belært af erfaringer trak de som ledelse en sådan beslutning for at se tiden an og for at kunne konstatere, hvem der blev behov for. De meddelte derfor ikke på mødet, at A skulle opsiges men alene, at det kunne komme til opsigelser, og at der i den forbindelse ville blive lagt vægt på erfaringer, baggrund og behov.

Det, de som ledelse havde lagt frem på personalemødet, var strategien, og den og de kriterier, der ville indgå ved en eventuel afskedigelse. Dette kunne A ikke blive orienteret om, da hun var på barsel. Det er alene det, han giver udtryk for i sin e-mail af 23. oktober 2016 til hende. Kollegaerne

var på mødet ikke blevet orienteret om, at A skulle opsiges. Ledelsen havde alene oplyst kvalifikationer i forhold til de kendte opgaver og forelagt situationen for de øvrige fysioterapeuter.

Medio oktober 2016 blev det besluttet, at A skulle opsiges. J og han var i en overleveringsforretning, hvor han ophørte som direktør i ...klinikken A/S, og J ophørte som økonomidirektør i x-klinik og overtog direktørposten i ...klinikken A/S. De drøftede i løbet af oktober måned tilpasninger m.v.

Det blev i en glidende overgang fra marts 2016 og frem besluttet, at fysioterapien skulle flyttes ovenpå, da neurologien lå på førstesalen. Mange patienter var dårligt gående og elevatoren lå i den anden ende af bygningen. Neurologerne ville desuden gerne skifte til stueetagen. Som led i at gøre fysioterapien rentabel, skulle meget af opgaveløsningen foregå i træningen. Der stod 2-300 m<sup>2</sup> lokale tomt og meget skulle foregå i salen. Der var derudover samarbejde med x-klinik og fysioterapeuterne skulle også benytte der-es lokaler som led i samarbejdet. Det var som følge af alle disse forhold, at der alene blev etableret tre behandlerlokaler til fysioterapien i ...klinikken A/S. Der var heller ikke plads til yderligere lokaler. Flytningen skete ret tidligt i forløbet, da de skulle have plads til mange forskellige funktioner og havde behov for maksimal udnyttelse af pladsen, men han erindrer ikke den eksakte dato for disse ændringer.

### Parternes synspunkter

A har i sit påstandsdokument anført blandt andet følgende:

- ”at beslutningen om at afskedige A blev truffet mens hun afviklede fravær efter barselsloven, hvorfor det påhviler sagsøgte at bevise, at afskedigelsen ikke er helt eller delvist begrundet heri, jf. ligebehandlingslovens § 16, stk. 4,
- at A i hvert fald har påvist faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling, hvorfor bevisreglen i ligebehandlingslovens § 16a subsidiært bør finde anvendelse,
- at sagsøgte ikke kan løfte denne bevisbyrde i den foreliggende situation, hvor man har valgt under barslen at fastansætte flere af de antagne vikarer og endvidere har undladt at tilbyde A en stilling, der blev ledig i hendes opsigelsesvarsel, men tværtimod valgte at annoncere efter en ny fysioterapeut kort tid efter As fratreden,
- at A derfor er berettiget til en godtgørelse, jf. ligebe-

handlingslovens § 16, stk. 2, der kan fastsættes til 9 måneders løn, jf. retspraksis, og

at godtgørelsen er rentebærende fra 30 dage efter Danske Fysioterapeuters brev om, at der krævedes godtgørelse svarende til 9 måneders løn, jf. rentelovens § 3, stk. 2.

...

Til uddybning af de ovenfor anførte hovedanbringender bemærkes følgende:

*Ad bevisbyrde*

Som beskrevet ovenfor i afsnittet om faktum, bør Retten efter sagsøgers opfattelse lægge til grund, at afskedigelsesbeslutningen reelt var truffet, inden A havde afsluttet sin barselsorlov. Det følger derfor direkte af ligebehandlingslovens § 16, stk. 4, at ...klinikken A/S har bevisbyrden for, at afskedigelsesbeslutningen ikke helt eller delvist var begrundet i hendes barsel og fravær.

Selv hvis det ikke kan lægges til grund, at afskedigelsesbeslutningen var truffet, inden barselsorlovens afslutning, vil selve det forhold, at As vikar, G, var blevet fastansat, udgøre en sådan faktisk omstændighed, som giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling, jf. ligebehandlingslovens § 16a, og fra litteraturen Lars Svenning Andersen: Funktionærret, 5. udg., 2016, side 835.

Det er derfor under alle omstændigheder sagsøgte, der har bevisbyrden.

Det følger af praksis og litteratur, at der er tale om en meget tung bevisbyrde, jf. for eksempel Funktionærret, side 828. Det fremgår videre af litteratur og praksis, at en arbejdsgiver, der har fastansat en barselsvikar og afskediger den barslende, ikke kan løfte denne bevisbyrde, jf. for eksempel U 1995B.104, hvori det blandt andet anføres: "... en arbejdsgiver, der ønsker at beholde barselsvikaren, i praksis vil blive dømt for brud på § 9...". Retspraksis er på linje hermed, jf. for eksempel U 1993.782 V, U 2012.1388 Ø, U 2017.2291 V og Vestre Landsrets dom af 10. januar 2008 i sag B-2786-06.

Den overtallighed, som sagsøgte gør gældende, at der forelå i sommeren 2016, var et resultat af, at sagsøgte valgte at fastansætte to tidsbegrænset ansatte fysioterapeuter, uagtet at man måtte imødesee, at der kunne være en nedgang i antallet af henviste patienter på grund af udløbet af samarbejdsaftalen mellem Region Sjælland og x-klinik.

Rette bør derfor finde, at sagsøgte ikke har løftet den strenge bevisbyrde, som sagsøgte har efter ligebehandlingslovens § 16, stk. 4, subsidiært § 16a.

*Ad godtgørelsens størrelse*

Som følge af opsigelsen måtte A søge ny ansættelse, og der er derfor ikke anledning til at overveje en påstand om genansættelse. Det følger af ligebehandlingslovens § 16, stk. 2, at sagsøgte som følge af krænkelsen af ligebehandlingslovens § 9 har pligt til at yde A en godtgørelse. Efter litteratur og retspraksis fastsættelse godtgørelsen i den foreliggende situation, hvor der er tale om en anciennitet på ca. 1½ år, til 9 måneders løn, jf. for eksempel Funktionærret, side 840, U 2014.657 V og U 2017.2291 V.

Ved ganske kortvarige ansættelser kan der udmåles en lavere godtgørelse og ved meget langvarige ansættelser en godtgørelse på op til 12 måneders løn.

Der er ikke i den foreliggende sag grundlag for at fravige udgangspunktet om godtgørelse svarende til 9 måneders løn.

Lønnens størrelse er ikke omtvistet, hvorfor sagsøger bør få medhold i den nedlagte påstand.

*Ad forrentning*

Det følger af rentelovens § 3, stk. 2, at der skal betales rente 30 dage efter, at fordringshaveren har fremsat anmodning om betaling. Ved Danske Fysioterapeuters brev af 21. november 2016 blev sagsøgte gjort opmærksom på pligten til at yde godtgørelse svarende til 9 måneders løn som følge af krænkelsen af ligebehandlingsloven. Der er efter litteratur og retspraksis ikke noget krav om, at et rentepåkrav efter renteloven fastsætter størrelsen af det beløb, der skal betales, når skyldneren er i stand til at opføre beløbet selv. Da ...klinikken som arbejdsgiver for A fuldt ud kendte hendes løn, har selskabet ved modtagelsen af brevet af 21. november 2016 været i besiddelse af de fornødne oplysninger til at foretage betaling, hvorfor kravet er rentebærende fra 30 dage efter brevets afsendelse som påstået.

Subsidiært gøres det gældende, at der skal betales renter fra sagens anlæg, jf. rentelovens § 3, stk. 4.”

**...klinikken A/S** har i sit påstandsdokument anført blandt andet følgende:

### ”ANBRINGENDER - PRINCIPALT

Det følger af ligebehandlingslovens § 9, at en arbejdsgiver ikke må afskedige en lønmodtager eller udsætte denne for anden mindre gunstig behandling, fordi denne har fremsat krav om udnyttelse af retten til fravær, har været fraværende efter barselslovens bestemmelser eller i øvrigt på grund af graviditet, barsel eller adoption.

Det kan lægges til grund, at der ikke følger en ubetinget afskedigelsesbeskyttelse i ligebehandlingsloven. Loven forhindrer ikke opsigelse af en lønmodtager, hvis denne er den dårligst kvalificerede.

### Ad bevisbyrde

Den endelige opsigelse af sagsøger sker, efter at sagsøger vendte tilbage fra barselsorlov den 3. oktober 2016. Opsigelsen blev meddelt sagsøger den 13. oktober 2016, og opsigelsen blev givet skriftligt til sagsøger den 28. oktober 2016. Det kan lægges til grund at der gælder en delt bevisbyrde, jf. ligebehandlingslovens § 16a, hvorefter sagsøger skal påvise faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling.

Det gøres gældende, at sagsøger ikke har påvist, at opsigelsen af sagsøger er begrundet i sagsøgers barsel, ligesom sagsøger endvidere ikke har påvist nogle faktiske omstændigheder, som måtte indikere dette.

Det forhold, at sagsøger var vendt tilbage på arbejde efter endt barsels- og forældreorlov og havde genoptaget arbejdet inden, sagsøger blev opsagt, tydeliggør, at sagsøgte ikke har haft et særligt incitament til at pege på sagsøger som følge af orloven. Sagsøgte fik ikke en økonomisk fordel ved at afskedige sagsøger, men havde netop betalt og opfyldt samtlige af sine forpligtelser, herunder lønforpligtelsen under barsels- og forældreorloven.

### Ad saglig begrundet opsigelse

Opsigelsen af sagsøger var udelukkende begrundet i kapacitetstilpasninger som følge af den omfangsrige ordredgang, som sagsøgte oplevede. Dette fremgår også af den skriftlige opsigelse, jf. **bilag 5**. Det er et ubestridt faktum, at sagsøgte var i denne situation, og at en tilpasning var nødvendig.

Til støtte for, at afskedigelsen af sagsøger ingen relation har til hendes barsel, bemærkes, at situationen med arbejdsmangel er opstået grundet udefrakommende forhold, herunder nedgangen i patienthenvisninger fra sagsøgtes eneste opgavegiver, x-klinik, ..., og den nødvendige tilpasning af fysioterapiens opgaver og medarbejderressourcer som følge heraf. Situationen ville således være aktuel, uanset om sagsøger havde været på barsel eller ej. Sagsøger havde fortsat haft de

ringeste kompetencer og forudsætninger for at varetage opgaverne fremadrettet, såfremt hun ikke havde været på barsel.

Det kan lægges til grund, at sagsøgte først blev vidende om, at der vil ske et fald i tilgangen af patienter i sensommeren 2016, som en reaktion på det drastiske fald i henvisninger sagsøgtes opgavegiver, x-klinik, ..., oplevede fra Regionen fra sommeren 2016, jf. **bilag M**.

Det bemærkes, at det er sædvanligt for sagsøgte at have kvindelige medarbejdere ansat, hvilket er naturligt inden for de sundhedsfaglige fag, og at afvikling af barsel sker løbende og efter gældende regler. Sagsøgte har da heller ikke tidligere haft sager af denne karakter, og der er således ikke grundlag for at antage, at denne sag skulle være begrundet i sagsøgers barsel.

De fastansættelser, der fandt sted under sagsøgers orlov, var grundet opsigelser i det øvrige faste fysioterapipersonale, **bilag L**, og havde ingen sammenhæng med sagsøgers barsel, ligesom det ikke var disse ansættelser, der skabte situationen med arbejdsmangel. Medarbejderstaben er ikke blevet øget i perioden eller på opsigelsestidspunktet, men er tværtimod blevet tilpasset de opsigelser, der fandt sted fra medarbejdere i specialet. Det kan uomtvisteligt lægges til grund, at fastansættelserne skete på et tidspunkt, hvor sagsøgte havde en klar forventning om uforandret tilgang af opgaver. Sagsøgte fandt pr. februar 2016 samtidig anledning til forsat at have en barselsvikar, H, ansat for sagsøger, **bilag A**, hvilket beviser, at sagsøgte ikke var vidende om det drastiske fald, der skete i sensommeren 2016. Sagsøgte har ageret ansvarligt og har i de valg, der er truffet, sikret specialets eksistensgrundlag.

Det er således ikke en situation, hvor sagsøgte vælger at fastansætte en anden end sagsøger eller at beholde barselsvikaren, som netop ophørte som planlagt med udløbet af barselsvikariatet pr. august 2016. Skulle beskyttelsen i ligebehandlingsloven udstrække sig til, at øvrige ledige stillinger i virksomheden ikke kan besættes med fast, kvalificeret arbejdskraft under en medarbejders barsel, eller betyde, at der i givet fald i en efterfølgende situation med arbejdsmangel alene ville være mulighed for at afskedige sådanne medarbejdere og ikke en medarbejder, der er vendt tilbage fra barsel, bliver beskyttelsen for vidtrækkende, og dette har ikke støtte i retspraksis. Det faktum, at der under sagsøgers orlov fastansættes personer i de ledige faste stillinger som led i virksomhedens almindelige virke betyder ikke, at bevisbyrden ikke kan løftes som anført af sagsøger.

Sagsøgte var grundet ordredgangen nødsaget til at foretage en vurdering af hvilken af medarbejderne, der var mindst kvalificeret. I den

forbindelse blev der foretaget en grundig vurdering af de 4 fastansatte fysioterapeuters kvalifikationer med henblik på at vælge den medarbejder, som bedst kunne undværes set i forhold til sagsøgtens fremadrettede opgaveløsning.

Som det fremgår af processkrifternes gennemgang af de ansatte medarbejderes kvalifikationer og opgaver samt de fremlagte dokumenter i sagen, **bilag E, F og G**, havde sagsøger objektivt konstaterbart de færreste kvalifikationer. Sagsøger havde udført arbejde i 5 måneder efter endt uddannelse ved sagsøgte under supervision, mens de øvrige 3 medarbejdere havde henholdsvis 7, 9,5 og 19 års erfaring inden for faget samt en række relevante efteruddannelseskvalifikationer, såsom manuel behandling og efteruddannelseskurser i McKenzie-metoden. Hertil var de 3 øvrige medarbejdere selvkørende og havde hver især kvalifikationer, som kunne sikre den nødvendige bredde i ydelserne og den nødvendige forretningsmæssige forståelse fra privat regi i den nye kommercielle situation. De var nødvendige i forhold til at kunne bære ansvaret og løse opgaverne fremadrettet med kun 3 ansatte i specialet.

Uanset eventuelle skærpede krav til beviset for en saglig afskedigelse gøres det gældende, at da valget stod mellem sagsøger og de 3 betydeligt bedre kvalificerede medarbejdere, som alle var autoriserede fysioterapeuter med ret til selvstændigt virke, er sagsøgtens afskedigelse af sagsøger ikke diskriminerende. Det kan lægges til grund, at det ikke er diskriminerende at fravælge sagsøger grundet hendes manglende erfaring og kvalifikationer. Dette er fastslået i retspraksis, jf. eksempelvis U.2012.1388Ø.

Det ville omvendt være usagligt at afskedige en bedre kvalificeret medarbejder, når de 3 øvrige medarbejdere objektivt konstaterbart har bedre faglige kvalifikationer i relation til virksomhedens fortsatte drift og overlevelse, jf. Østre Landsrets afgørelse af 20. marts 2017 i sag B-1281-13. Det gøres gældende, at dette særligt må kunne påberåbes, hvor valget står mellem ganske få medarbejdere, og det fremadrettede eksistensgrundlag er betinget af, at de tilbageblevne medarbejdere kan løfte opgaven.

Det bestrides, at sagsøger havde samme arbejdsopgaver, uddannelsesmæssige baggrund, besad samme kvalifikationer og havde samme erfaringsniveau, som de øvrige fysioterapeuter. Det kan lægges til grund, at det uomtvisteligt er en del af ledelsesretten, at det er sagsøgte, der foretager vurderingen af, hvem sagsøgte bedst kan undvære ud fra en gennemgang af de ansattes kompetencer, faglige kvalifikationer og det driftsmæssige behov hos sagsøgte.

#### **Ad opslag af stilling februar 2017, sagens bilag 8**

Højesteret har ved domme af 24. juni 2002 (UfR 2002.2026) og 6. de-

cember 2004 (UfR 2005.886/2) fastslået, at det er et almindeligt ansættelsesretligt princip, at rimeligheden af en afskedigelse i henhold til funktionærlovens § 2 b skal vurderes ud fra forholdene på opsigelsestidspunktet. Højesteret fandt derudover i en dom af den 25. oktober 2016 i sag 259/2014, at dette også gælder ved bedømmelse af lovligheden af en afskedigelse efter reglerne i ligebehandlingsloven.

Det kan således lægges til grund, at det er forholdene på opsigelsestidspunktet, som er afgørende.

Det bestrides derfor, at den opslåede stilling af 27. februar 2017, **bilag 8**, som sker 4 måneder efter opsigelsen af sagsøger og en måned efter sagsøgers endelige fratræden, har betydning for sagens bedømmelse og rettens vurdering. Stillingen opslås først efter opsigelses- og fratrædelsestidspunktet med henblik på en derefter fremtidig ansættelse af en forretningsudvikler, og da det i øvrigt besluttes, at stillingen ikke skal besættes.

Der blev ikke ansat en anden fysioterapeut i tilknytning til sagsøgers opsigelse og fratræden. På tidspunktet for sagsøgers opsigelse blev specialet reduceret til 3 medarbejdere. På tidspunktet for sagsøgers fratræden og fremad var specialet reduceret yderligere til 2 medarbejdere.

---O---

Samlet set gøres det gældende, at afskedigelsen er sket på baggrund af helt objektivt konstaterbare forhold. Dette er sket efter en grundig vurdering af de kvalifikationer, som var nødvendige i den særlige situation, som sagsøgte befandt sig i, og som forsat er et vilkår. På den baggrund er der truffet et sagligt begrundet valg mellem de 4 ansatte indenfor området. Det kan uomtvisteligt lægges til grund, at opsigelsen er sagligt begrundet. Afskedigelsen er således hverken helt eller delvist begrundet i sagsøgers barsel og derfor ikke er i strid med ligebehandlingsloven, der forudsætter, at der er udøvet diskrimination grundet barsel. Sagsøgte har redegjort grundigt herfor og har dokumenteret dette, og det gøres gældende, at sagsøgte dermed har løftet bevisbyrden, uagtet hvilken bevisbyrderegel, der måtte lægges til grund for sagens bedømmelse. Sagsøger er på den baggrund ikke berettigede til en godtgørelse efter ligebehandlingslovens § 16, stk. 2.

Sagsøgte skal således frifindes.

### **SUBSIDIÆRT**

Såfremt Retten måtte være af en anden opfattelse, gøres det gældende, at en eventuel godtgørelse vil skulle udmåles til et lavere beløb. Det følger af ligebehandlingslovens § 16, stk. 3, at godtgørelsen fastsættes under hensyn til lønmodtagerens ansættelsestid og sagens omstændig-



heder i øvrigt. Det fremgår endvidere af retspraksis, at der skal tages hensyn til særlige forhold ved fastsættelse af godtgørelsens størrelse.

I det tilfælde bevisbyrden mod forventning ikke måtte ses løftet af sagsøgte, kan der ikke ses bort fra alle de objektivt konstaterbare forhold, som taler imod, at afskedigelsen af sagsøger er begrundet i hendes barsel, jf. ovenfor. Hertil har sagsøger kun været ansat ved sagsøgte i 1 ½ år på afskedigelsestidspunktet.

Det gøres samlet set gældende, at der under disse omstændigheder ikke kan tilkendes en godtgørelse i den størrelsesorden, som sagsøger gør krav på, og at en eventuel godtgørelse under hensyn til de under bevisførelsen fremlagte saglige årsager, sagsøgers korte anciennitet og omstændighederne i øvrigt fastsættes til et mindre beløb.”

Parterne har suppleret det anførte under hovedforhandlingen.

### **Retten's begrundelse og afgørelse**

Det lægges efter det oplyste til grund, at A den 1. april 2015 tiltrådte en stilling som fysioterapeut hos Hospitalet ... A/S, at hun blev sygemeldt i forbindelse med sin graviditet den 10. september 2015, at hun i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse overgik til ansættelse i samme stilling hos det senere ...klinikken A/S, og at hun efter endt barsel vendte tilbage til sin stilling den 3. oktober 2016.

Det lægges efter bevisførelsen endvidere til grund, at ...klinikken A/S i løbet af 2016 havde en nedgang i antallet af patienter til fysioterapien, og at der i ledelsen havde været mange overvejelser om og allerede gennemført visse forandringer, inden A vendte tilbage efter sin barsel.

Af J og Bs forklaringer fremgår, at det frem til 31. oktober 2016 var sidstnævnte, der havde kompetencen til at træffe bestemmelse om afskedigelse af A.

På denne baggrund og efter forklaringerne fra E og C, der er understøttet af indholdet af Bs e-mail af 20. oktober 2016 til A, er det uanset J og Bs forklaringer godtgjort, at beslutningen om afskedigelsen af A reelt blev truffet af ...klinikken A/S forud for hendes tilbagevenden til virksomheden efter barsel.

Der er ved denne vurdering også lagt vægt på Js forklaring om, at han havde forståelse for, hvorfor E og C på personalemødet den 23. september 2016 fik det indtryk, at A var den, der i givet fald skulle afskediges, og at der ikke efter Bs beslutninger om de fysiske forandringer var et særskilt behandlerlokale til A,

da hun vendte tilbage den 3. oktober 2016.

Da der med det anførte ikke kan lægges afgørende vægt på, at hun først på mødet med B den 13. oktober 2016 blev gjort bekendt med den trufne beslutning, påhviler det herefter ...klinikken A/S at godtgøre, at afskedigelsen af A ikke var begrundet i hendes fravær på grund af barsel, jf. ligebehandlingslovens § 16, stk. 4.

Det lægges efter bevisførelsen til grund, at der fra årsskiftet var nedgang og med sikkerhed fra medio 2016 skete et dramatisk fald i antallet af patienter til fysioterapibehandling i ...klinikken A/S, der blev reduceret til under halvdelen af det hidtidige niveau. Det var derfor og som led i en ændret strategi nødvendigt med tilpasninger og afskedigelser eller anden reduktion i medarbejderstaben for at sikre virksomhedens fortsatte drift.

Retten finder efter de foreliggende oplysninger ikke tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at ledelsen af ...klinikken A/S kunne eller burde have forudset dette dramatiske fald i forbindelse med de ansættelser af fysioterapeuter, der blev foretaget frem til og med Gs fastansættelse den 1. februar 2016. Det kan derfor ikke eller som følge af andre forhold lægges til grund, at han blev ansat i As stilling, da G faktisk blev fastansat i den stilling, som F fratrådte, og da H i stedet for G og samtidig blev ansat som barselsvikar for A. Det bemærkes i øvrigt, at Hs ansættelse i ...klinikken A/S ophørte i forbindelse med, at A vendte tilbage fra barsel.

A var nyuddannet fysioterapeut, og havde herefter været ansat som sådan i godt fem måneder, da hun først blev sygemeldt og siden gik på barsel. Dette udgjorde hendes erfaring i faget og dermed som ansat i ...klinikken A/S.

Det lægges efter bevisførelsen til grund, at C, E og G alle havde en bredere uddannelse og væsentlig længere erfaring i faget, og at A som følge heraf ikke havde kvalifikationer svarende til deres.

Efter bevisførelsen lægges det endvidere til grund, at antallet af fysioterapeuter med afskedigelsen af A med sidste ansættelsesdag med udgangen af januar 2017 og Es samtidige fratræden blev reduceret fra et antal på fire - der i hele 2016 havde været ansat i ...klinikken A/S - til to og derfor med 50%.

På denne baggrund og efter J og Bs forklaringer om baggrunden for valget af A og i lyset af de behov, som virksomheden som følge af den ændrede strategi og væsentlige reduktion i patientgrundlaget havde, er det godtgjort, at det var uden betydning for beslutningen om afskedigelsen af A,

at hun var på barselsorlov.

Det kan ikke føre til en anden vurdering, at A som udgangspunkt kunne varetage de sædvanlige funktioner som fysioterapeut i virksomheden, eller at ...klinikken A/S den 27. februar 2017 opslog en ledig stilling som fysioterapeut. Det bemærkes herved, at virksomheden havde behov for ansatte med bedre og andre kvalifikationer end A, at det fremgår udtrykkeligt af stillingsopslaget, at pågældende også skulle udvikle forretningsområdet for fysioterapi, hvilket A ikke havde erfaring med, og at den opslåede ledige stilling ikke blev besat.

Derfor tages ...klinikken A/S' påstand om frifindelse til følge.

Efter sagens udfald skal Danske Fysioterapeuter som mandatar for A betale sagsomkostninger til Dansk Erhverv Arbejdsgiver som mandatar for ...klinikken A/S. Ved fastsættelsen af et passende beløb til dækning af udgifter til advokat tages udgangspunkt i landsretspræsidenternes vejledende satser i proceduresager i intervallet svarende til sagens værdi og efter sagens forløb til 40.000 kr. Dansk Erhverv Arbejdsgiver er efter det oplyste ikke momsregistreret. Da Dansk Erhverv Arbejdsgiver under sagen er mødt ved en hos samme ansat advokat, og da Dansk Erhverv Arbejdsgiver derfor ikke får en ikke-fradragsberettiget momsudgift, skal dette beløb ikke tillægges moms.

**Thi kendes for ret:**

...klinikken A/S frifindes.

Danske Fysioterapeuter som mandatar for A skal i sagsomkostninger til Dansk Erhverv Arbejdsgiver som mandatar for ...klinikken A/S betale 40.000 kr.

Sagsomkostningsbeløbet skal betales inden 14 dage efter denne doms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.

