

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

D O M

Afsagt den 6. april 2017 af Østre Landsrets 2. afdeling
(landsdommerne Kaspar Linkis, Frosell og Annette Dam Ryt-Hansen).

2. afd. nr. B-2544-15:

[virksomhed 1]

(advokat Michael Møller Nielsen)

mod

Ligebehandlingsnævnet og [fagforening 1]

som mandatarer for [person 1]

(Kammeradvokaten v/advokat Kathrine Storm Waage (prøve))

Roskilde Rets dom af 27. oktober 2015 (BS 11A-1627/2014) er anket af [virksomhed 1] med påstand om frifindelse, subsidiært at [virksomhed 1] dømmes til at betale et lavere beløb end bestemt af byretten.

De indstævnte, Ligebehandlingsnævnet og [fagforening 1] som mandatarer for [person 1], har påstået stadfæstelse.

Supplerende sagsfremstilling

Der er for landsretten indhentet en udtalelse fra Retslægerådet. Af udtalelsen af 23. januar 2017 fremgår blandt andet:

”Spørgsmål:

Østre Landsret har i den fremsendte sag tilladt følgende to spørgsmål stillet til Retslægerådet.

1. Er det Retslægerådets vurdering, at [person 1]s migræneanfald i marts måned 2012 [2013] og frem er udløst af den lægeligt konstaterede stress?

eller

2. Er det Retslægerådets vurdering, at [person 1]s migræneanfald i marts måned 2012 [2013] og frem er udløst eller forværret af den indtrådte graviditet?

Ifølge de tilgængelige oplysninger i papirerne fra egen læge er der ingen sikker information om, at sagsøgte har haft kendt migræne før graviditeten. Beskrivelsen af sagsøgtes hovedpinesymptomer under graviditeten i 2013 er uklar i forhold til, om der er tale om migræne.

Det er Retslægerådets opfattelse, at såvel stress som graviditet kan være medvirkende faktorer til den hovedpine, sagsøgte klagede over under graviditeten.”

Der er for landsretten endvidere blandt andet fremlagt udskrift af [person 1]s lægejournal for perioden fra den 4. januar 2013 til den 19. april 2016 og kopi af [person 1]s vandrejournal.

Forklaringer

Der er for landsretten afgivet supplerende forklaring af [person 2], [person 1] og [person 3].

Der er endvidere afgivet forklaring af [person 4].

[person 2] har forklaret blandt andet, at [virksomhed 1] almindeligvis ikke ville acceptere, at en medarbejder udførte bogføringsmæssige opgaver i sin fritid. Det var af hensyn til virksomhedens fortsatte drift, at de på trods heraf ikke bortviste [person 1] som følge af hendes illoyale handlinger. Det var således planlagt, at [person 1] skulle overtage en gravid kollegas opgaver, hvorfor hun skulle udføre bogføringsmæssige opgaver for både afdelingen i [by 1] og afdelingen i [by 2].

Han havde ikke forud for sygemeldingen hørt, at [person 1] skulle lide af migræne. [person 3] havde inden graviditeten talt meget med [person 1] om hendes sygdomsbillede, men hun havde heller ikke hørt, at [person 1] skulle lide af migræne.

[virksomhed 1] blev ikke underrettet om, at [person 1] blev raskmeldt fra den 1. august 2013. Det var alene ved [person 1]s egne oplysninger i e-mailen af 7. maj 2013, at [virksomhed 1] blev orienteret om, at [person 1] led af graviditetsbetinget migræne. De fandt ikke anledning til at undersøge dette nærmere. De lagde vægt på, at den praktiserende læge havde erklæret, at [person 1] var syg på ubestemt tid, men ikke havde udtalt, at det var graviditetsbetinget sygdom. På det tidspunkt havde han ikke længere tillid til [person 1]. De lagde derfor alene vægt på lægens erklæring og ikke på [person 1]s udtalelse om, at graviditeten havde forværret migrænen.

Han satte ikke spørgsmålstegn ved, om [person 1] virkelig var gravid, men han tog det for givet, at gravide medarbejdere i udgangspunktet kan udføre deres almindelige arbejdsopgaver.

[person 1] har forklaret blandt andet, at det i marts 2013 var hendes hensigt, at hun skulle tilbage på arbejdet igen. [person 3] havde overbevist hende om, at de så bort fra det, der var passeret med [person 5]. Deres drøftelser og den rejste kritik havde påvirket hende meget, og det var i starten baggrunden for hendes fravær.

Hun led af voldsom kvalme under graviditeten og tog i starten af graviditeten ikke på i vægt. Hun har siden barndommen lidt af migræne, og den blussede voldsomt op under graviditeten. Migrænen blev konstateret ved en CT skanning i hendes barndom. Ved undersøgelsen i maj 2013 konstaterede hendes praktiserende læge, [person 4], at hun havde begyndende bækkenløsning.

[person 4] havde over for hende oplyst, at hendes arbejdsgiver ikke havde ret til at vide noget om de graviditetsbetingede symptomer, hvorfor [person 4] alene krydsede af i rubrikken for sygdom.

Hun talte med enten lægen eller fysioterapeuten om, at hun skulle have briller. Det blev ikke stillet i udsigt, at det ville afhjælpe migrænen. Kvalmen og migrænen aftog i den sidste del af graviditeten. Problemerne med bækkenløsning fortsatte graviditeten ud, men

hun tænker, at problemerne ikke havde været til hinder for, at hun fra den 1. august 2013 kunne have genoptaget arbejdet på nedsat tid.

Hun vil gå ud fra, at hendes læge havde stillet diagnosen migræne, da der blev udskrevet medicin mod migræne til hende.

I 2012 og 2013 havde hun meget socialt samvær med [person 5], og hun sås privat med ham og hans søster og mor. Det var altid [person 5], der i disse sammenhæng talte om sin virksomhed og dens omsætning. Hun mener derfor på ingen måde, at hun har tilsidesat sin tavshedspligt ved disse lejligheder.

Under sin anden graviditet led hun også af migræne og havde problemer med bækkenløsning. Hun arbejder i dag som bogholder.

[person 3] har forklaret blandt andet, at hun ikke modtog besked om, at [person 1] var raskmeldt fra den 1. august 2013. Som hun husker det, hørte hun første gang om, at [person 1] led af migræne, ved [person 1]s e-mail af 7. maj 2013 på trods af, at hun og [person 1] tidligere havde talt meget om [person 1]s helbred, herunder at hun led af en alvorlig lungesygdom.

De tog [person 1] ind til en samtale, da de hørte, at hun havde udført arbejde i fritiden for en af deres klienter, og da [person 5] meddelte, at han ikke længere kunne være kunde hos [virksomhed 1] på grund af [person 1]s tilsidesættelse af sin tavshedspligt. De drog megen omsorg for [person 1], der er et sødt menneske, som var afholdt af dem og af klienterne. De valgte derfor at give hende en chance. Det var derfor ikke af hensyn til selskabets fortsatte drift, at de valgte ikke at bortvise hende.

De registrerede, at [person 1]s praktiserende læge ikke havde krydset af i rubrikken for graviditetsbetinget sygdom. Det var imidlertid de andre forhold omkring [person 1]s sygemelding, der fyldte på det tidspunkt, herunder hendes illoyale adfærd og mange sygedage. De overvejede ikke at undersøge yderligere, hvorfor der ikke var krydset af i rubrikken for graviditetsbetinget sygdom. De havde travlt med at sørge for at få udført [person 1]s arbejdsopgaver på anden vis. De tog ikke kontakt til [person 1] under hendes sygemelding.

[person 4] har forklaret, at hun kan vedstå sin forklaring som gengivet i Roskilde Retsdom af 27. oktober 2015 vedrørende en af [virksomhed 1] mod hende anlagt sag, hvoraf fremgår:

”[person 4] har forklaret blandt andet, at hun har været læge for [person 1] siden 2012.

[person 1] henvendte sig til hende i februar 2013 og bad om en lægeerklæring, fordi hun var sygemeldt. [person 1] havde tydelige stresssymptomer i form af dårlig nattesøvn og påvirket vejrtrækning. De talte om, at arbejdsmiljøet på hendes arbejdsplads var dårligt. I lægeerklæringen angav hun ikke stress som årsag til sygefraværet, fordi hun har tavshedspligt og over for privatpersoner ikke må udtale sig om, hvad hendes patienter fejler.

I april 2013 blev hun igen kontaktet af [person 1], som oplyste, at hun var gravid. [person 1] kom til første graviditetsundersøgelse den 24. april 2014, og under denne konsultation talte de ikke om [person 1]s arbejdsmæssige situation. Den 1. maj 2013 havde hun en telefonisk konsultation med [person 1], der spurgte, om hun måtte tage smertestillende medicin på grund af hovedpine. Hun ved ikke, om hovedpinen var stressrelateret.

Den 30. maj 2013 så hun igen [person 1], da hendes arbejdsgiver havde bedt om en ny lægeerklæring. Hun konstaterede, at [person 1] fortsat havde de samme stresssymptomer. De talte også om graviditeten, og [person 1] sagde, at hun havde orienteret sin arbejdsgiver om, at hun var gravid. Hun skrev igen ikke årsagen til sygefraværet i lægeerklæringen. Hun krydsede ikke af i graviditetsbetinget sygdom, da hun skønnede, at graviditeten ikke var hovedårsagen til sygefraværet. Hovedproblemet var stress, og det var dette forhold, hun angav ville have en varighed af 2-3 måneder.

Hun skrev samme dag erklæringen til [kommune 1]. Indholdet af denne erklæring var anderledes, da hun har en anden oplysningspligt over for kommunen. [person 1] havde også begyndende graviditetsbetingede gener. [person 1] har på intet tidspunkt meddelt samtykke til, at hun kunne videregive oplysninger.

Hun er klar over, at indholdet af lægeerklæringen har betydning for arbejdsgivere. Kvalme og hovedpine kan både være stresssymptomer og graviditetsbetingede gener. Det er rigtigt, at [person 1] spurgte hende, hvorfor hun ikke satte kryds i rubrikken om graviditetsbetinget sygdom. Hun husker ikke, hvad hun svarede.”

[person 4] har supplerende forklaret blandt andet, at i 2013 skrev de praktiserende læger alene observationer, og ikke diagnoser, i lægejournalen.

Hun kan ikke huske, om [person 1] selv sagde, at hun led af migræne, eller om det var hendes antagelse på baggrund af de af [person 1] beskrevne symptomer. Migrænemedicin er migrænemedicin.

Hun husker ikke, om hun udskrev dette præparat til [person 1]. Hun husker alene, at hun anbefalede [person 1] først at forsøge sig med almindelig panodil, der er bedre for gravide.

Det er ikke svært at konstatere bækkenløsning, hvilket gøres ved enkelte tryk.

Det forhold, at [person 1] alene havde taget fem kg på i graviditetens uge 32, kan godt være udtryk for, at [person 1] led af kvalme, hvilket dog almindeligvis vil være aftaget i uge 32. Det kan også være udtryk for, at [person 1] var kraftig inden graviditeten.

Det er hendes opfattelse, at [person 1] i maj 2013 var syg af to grunde, både stress og graviditetsbetingede gener. Bækkenløsning og migrænelignende hovedpine ville også isoleret set have gjort [person 1] uarbejdsdygtig. Hun observerede ligeledes tydelige tegn på stress, blandt andet vejrtrækningsproblemer.

Hun har ikke nogen oplysningspligt over for sine patienters arbejdsgivere i modsætning til oplysningspligten over for kommunen. Det var baggrunden for, at hun over for arbejdsgiveren ikke krydsede af i rubrikken for graviditetsbetinget sygdom, mens hun afgav en begrundet udtalelse til kommunen, der også omtalte de graviditetsbetingede gener.

Det var ikke hende, der i lægejournalen havde noteret, at [person 1] kunne raskmeldes fra den 1. august 2013. Ud fra sprogbrugen i notatet, kan hun se, at det er skrevet af hendes kollega.

Hun kan ikke svare generelt på, om man kan dyrke motion, når man har bækkenløsning, men det kan være på grund af den konstaterede bækkenløsning, at det i vandrejournalen er anført, at det anbefales at skifte til svømning og cykling.

Procedure

Parterne har for landsretten i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten og har procederet i overensstemmelse hermed.

[virksomhed 1] har for landsretten yderligere gjort gældende, at det skal anses for bevist, at [person 1] ikke havde graviditetsbetingede gener, herunder migræne, der var betinget af graviditeten, og som gjorde hende ude af stand til at arbejde. [virksomhed 1] har derfor løftet bevisbyrden

for, at der ikke var tale om graviditetsbetinget sygefravær i sygeperioden, og at der således ikke blev inddraget ulovlige hensyn ved opgørelsen af sygefraværets omfang. Det forhold, at [person 1] blev raskmeldt med virkning fra den 1. august 2013, viser også, at sygdommen alene var arbejdsbetinget og ikke graviditetsbetinget. Subsidiært er det gjort gældende, at fraværet ikke i det væsentlige skyldtes graviditetsbetinget sygdom, hvilket må anses for en betingelse efter Højesterets afgørelse trykt i UfR 2012.1782 H.

Ligebehandlingsnævnet har for landsretten yderligere gjort gældende, at det af Retslægerådets udtalelse af 23. januar 2017 fremgår, at såvel stress som graviditet kan have været medvirkende faktorer til den hovedpine, som [person 1] led af under graviditeten. Udtalelsen underbygger dermed, at [person 1]s sygefravær i hvert fald delvist var graviditetsbetinget. Det bestrides, at der ikke kan lægges vægt på den af praktiserende læge [person 4] til [kommune 1] afgivne erklæring. Uanset modtageren af erklæringen, er det i erklæringen anførte udtryk for [person 4]s vurdering af årsagen til [person 1]s sygefravær.

Landsrettens begrundelse og resultat

[virksomhed 1] opsagde den 14. juni 2013 [person 1] under henvisning til, at hun havde oppebåret løn under sygdom i 120 dage. Det findes herefter at være uden betydning for sagens afgørelse, om [virksomhed 1] kunne have bortvist [person 1] i februar 2013 med henvisning til illoyalitet eller anden væsentlig misligholdelse af ansættelsesforholdet.

[person 1] var på afskedigelsestidspunktet gravid, hvilket [virksomhed 1] var bekendt med, idet hun ved e-mail af 7. maj 2013 havde informeret firmaet herom.

Efter ligebehandlingslovens § 9 må en arbejdsgiver ikke afskedige en lønmodtager, fordi denne har fremsat krav om udnyttelse af retten til fravær, har været fraværende efter barsellovens §§ 6-14, har fremsat anmodning om ændringer efter lovens § 8 a, stk. 2, eller i øvrigt på grund af graviditet, barsel eller adoption. Det følger af Højesterets dom af 20. februar 2012 (UfR 2012.1782 H), at bestemmelsen efter sit formål skal forstås således, at den omfatter afskedigelse på grund af sygefravær, der skyldes graviditet, selv om arbejdsgiveren på afskedigelsestidspunktet hverken var eller burde være bekendt med graviditeten.

Efter Retslægerådets udtalelse, den af [person 4] for landsretten afgivne forklaring og hendes erklæring til [kommune 1] af 30. maj 2013 findes det godtgjort, at [person 1]s fravær i væsentlig grad skyldtes graviditetsbetinget sygdom.

På denne baggrund finder landsretten, at [virksomhed 1] ikke har ført det fornødne bevis efter ligebehandlingslovens § 16, stk. 4, for, at afskedigelsen af [person 1] ikke var begrundet i hendes fravær som følge af graviditet. Det forhold, at det af den til [virksomhed 1] fremsendte lægeerklæring alene fremgik, at årsagen til [person 1]s fravær var sygdom, kan efter det anførte ikke føre til en anden bevisvurdering. Det tiltrædes herefter, at [person 1] er berettiget til godtgørelse efter ligebehandlingslovens § 16, stk. 2.

Af de grunde, der er anført af byretten, tiltræder landsretten, at godtgørelsen til [person 1] fastsættes, så den svarer til seks måneders løn, jf. ligebehandlingslovens § 16, stk. 3, og at [person 1] har krav på yderligere to måneders løn som følge af, at det forkortede opsigelsesvarsel i funktionærlovens § 5, stk. 2, ikke kunne anvendes.

Landsretten stadfæster derfor byrettens dom.

[virksomhed 1], skal betale sagsomkostninger for landsretten til Ligebehandlingsnævnet med 30.000 kr. og til [fagforening 1] med 15.000 kr. Ved fastsættelsen af beløbene til dækning af udgifterne til advokatbistand er der ud over sagsgenstandenes værdi taget hensyn til sagens omfang og hovedforhandlingens varighed.

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

Byrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal [virksomhed 1], inden 14 dage betale 30.000 kr. til Ligebehandlingsnævnet og 15.000 kr. til [fagforening 1].

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

(Sign.)

— — —
Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den 06-04-2017

Susanne Fabricius
sektionsleder