

**Kendelse**  
**af**  
**3. september 2015**  
**i**  
**afskedigelsesnævnsagen**  
**FV2015.0043:**

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

**mod**

**Hillerød Kommune**  
(advokat Sabine Buhl Lauborg)

## **1. Uoverensstemmelsen**

Med begrundelsen, at fysioterapeut A ”fredag den 26. september 2014 gav et barn en lussing i forbindelse med, at du trænede med barnet”, bortviste Hillerød Kommune ved brev af 20. oktober 2014 A.

Sagen angår, om bortvisningen var berettiget.

Klager har nedlagt påstand om, at Hillerød Kommune til A skal betale 1) minimalerstatning og 2) 2 måneders fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2 a samt 3) en godtgørelse efter Afskedigelsesnævnets skøn, jf. § 17, stk. 7, i overenskomst for syge- og sundhedsplejersker, ergoterapeuter, fysioterapeuter, ernæringsassistenter, professionsbacheloror i ernæring og sundhed, jordemødre, farmakonomer m.fl.

Indklagede har påstået frifindelse, subsidiært mod betaling af et mindre beløb end påstået af klager.

## **2. Sagens behandling**

Sagen er den 25. august 2015 forhandlet for et afskedigelsesnævn etableret i henhold til § 17, stk. 6, i overenskomsten for bl.a. fysioterapeuter mellem KL og bl.a. Danske Fysioterapeuter (i det følgende: Overenskomsten) med undertegnede fhv. højesteretspræsident Børge Dahl som formand og opmand og følgende sidedommere:

Udpeget af Danske Fysioterapeuter: Forhandlingschef Nicolai Robinson og konsulent Henrik Sloth, begge Danske Fysioterapeuter.

Udpeget af Kommunernes Landsforening (KL): Chefkonsulent Niels Nørby Pedersen og chefkonsulent Steen Ballegaard, begge KL.

Sagens dokumenter ansås for dokumenteret.

Der blev afgivet forklaring af:

A, siden 1. september 1997 og indtil bortvisningen ansat som fysioterapeut i Hillerød Kommune med tjeneste i børneinstitutionens specialgruppe.

B, mor til C – barnet, som A ifølge kommunen havde givet en lussing.

Daglig leder i børneinstitutionen D.

Pædagogmedhjælper E.

Områdeleder Eva Vester.

Da der efter procedure og votering ikke blandt de partsudpegede medlemmer af Afskedigelsesnævnet var flertal for en afgørelse, skulle denne træffes af opmanden, som med en nærmere begrundelse tilkendegav, at der måtte gives klager medhold.

Parterne var enige om, at der kan afsiges kendelse uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af de afgivne forklaringer og parternes argumentation.

### **3. Opmandens bemærkninger**

**3.1.** Børneinstitutionen i Hillerød omfatter en vuggestue med 25 børn, en børnehave med 35-40 børn og et specialpædagogisk tilbud til 8 børn i alderen 0-6 år med et funktionsniveau på under halvdelen i forhold til alder som følge af hjerneskader, autisme, ADHD m.v.

A havde på bortvisningstidspunktet arbejdet i 17 år uden påtale af nogen art og var ifølge sin leder, Dorthe Matthiassen en kompetent og vellidt medarbejder.

Hendes arbejde i bestod i fysioterapeutisk træning af børnene gennem øvelser og leg for at opnå et bedre fysisk niveau hos børnene. Hun trænede altid ét barn ad gangen. Træningen foregik i institutionens fysioterapirum, hvor der var madrasser og redskaber til brug for træningen. A var i reglen alene i rummet under træningen af et barn, men forældre og kolleger var altid velkomne til at kigge ind, og det skete jævnligt, at nogle så på.

Blandt børnene tilknyttet i september 2014 var den 4-årige C, som A havde trænet stort set dagligt de i knap 2 år, C havde været tilknyttet. C lider af en medfødt hjerneskade med deraf følgende fysisk og mental retardering. Han er kognitivt udviklet svarende til et ca. 8 måneder gammelt barn, kan ikke gå uden støtte, har ikke udviklet pincetgreb, men bruger gravegreb, har ikke læbestyring eller læbemotorik, har i det hele svære neurologiske vanskeligheder og stort behov for træning af sine muskler. Han kan ikke tale, ved frustration kan han reagere med bl.a. bid – hans mor har forklaret, at han bider igennem, hun har selv flere ar efter bid.

**3.2.** Fredag den 26. september 2014 trænede A som sædvanligt C. Træningen blev overværet af pædagogmedhjælper E.

Efter bevisførelsen – de afgivne forklaringer og skriftlige erklæringer – lægges det til grund, at den omtvistede episode indtrådte efter, at træningen var afsluttet med en spejlfspændingsøvelse under følgende omstændigheder:

A sidder på gulvet med C mellem sine fremstrakte ben. C har ryggen lænet mod A, som med udstrakte arme er i færd med at give ham strømper og sko på. C viser tegn på at ville bide. A får i første omgang afværget dette ved med venstre ben at puffe C til højre. Da A derefter er i færd med at give C venstre sko på – hvilket ikke er så nemt, da C er stram i fødderne – drejer C sit hoved med åben mund i retning mod hendes venstre arm på en måde, som A med føje opfatter som udtryk for, at han øjeblikket efter vil bide hende i armen. (Cs mor har forklaret, at det er helt klassisk, at C bider ud i skosituationen.)

Det kan således ikke lægges til grund, at C blot nappede ud efter As arm med læberne, men bortset herfra har E og A afgivet stort set overensstemmende forklaringer om, hvad der faktisk skete i det nævnte øjeblik, nemlig:

A foretager en hurtig bevægelse med højre arm, som ender med, at hendes hånd rammer C i ansigtet med et lydeligt klask.

Som E opfatter det, giver A C en lussing. Det er, hvad hun ringede og sagde til institutionens leder, D, søndag den 28. september 2014, efter at denne var kommet hjem fra ferie i USA. Det er også, hvad hun skrev i den erklæring om episoden, som hun dagen efter af D blev bedt om at afgive: ”C bliver ved med at søge hendes ene arm og napper igen til den. Min opfattelse af det jeg kunne se var, at han nappede med læberne, men ikke bed med tænderne. A giver med den modsatte arm C en lussing.” (D har i overensstemmelse med sin skriftlige redegørelse af 29. september 2014 forklaret, at E under telefonsamtalen om søndagen fortalte, at C sad mellem As ben og bed ud efter A, som gav ham en lussing.) Det er endvidere, hvad E har forklaret under den mundtlige forhandling, hvor hun har tilføjet, at det virkede ikke på hende som et uheld.

A afviser at have givet C en lussing – der var tale om et ulykkeligt uheld. Hun ville – for at afværge det truende bid i en situation, hvor hendes akavede position begrænsede hendes handlemuligheder – med sin højre hånd hurtigt gribe fat om panden på C for at dreje hans hoved væk fra hendes venstre arm, hvilket mislykkedes, idet hun kom til at ramme C i ansigtet. A har i overensstemmelse hermed efter episoden uopfordret fortalt sine kolleger i gruppen, at hun var kommet til at ramme C i ansigtet. Det samme fortalte hun uopfordret Cs mor mandag morgen. Mandag morgen orienterede hun endvidere sin leder, D, om episoden – A har forklaret, at hun også ved den lejlighed sagde, at hun var kommet til at ramme C i ansigtet, mens D i overensstemmelse med, hvad hun skrev i en erklæring af 29. september 2014, har forklaret, at A fortalte, at hun i ren refleks havde fået smækket C på kinden.

For bortvisningens berettigelse er det afgørende, om A med vilje gav C en lussing, eller om der var tale om en rimelig afværgemanøvre med højre arm og hånd, som utilsigtet og undskyldeligt ramte C i ansigtet med et klask.

Efter det, som er oplyst om det faktisk passerede, kan det – uanset Es oplevelse heraf – ikke med fornøden sikkerhed lægges til grund, at A stak C en lussing.

Hillerød Kommune har på denne baggrund ikke ført det til bortvisning fornødne bevis for grov misligholdelse. Bortvisningen har derfor været uberettiget.

**3.3.** Det er uomtvistet, at Hillerød Kommune – da bortvisningen var uberettiget – skal betale minimalerstatning efter funktionærlovens § 3, stk. 2, 3. pkt., og en fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2 a, stk. 1, svarende til 2 måneders løn.

Det hedder i overenskomstens § 17, stk. 7, 4. – 6. pkt.:

”Hvis nævnet finder, at opsigelsen ikke er rimeligt begrundet i den ansattes eller kommunens forhold, kan det pålægges kommunen, hvis den ansatte og kommunen ikke begge ønsker ansættelsesforholdet opretholdt, at afbøde virkningerne af opsigelsen ved fastsættelse af en godtgørelse. Størrelsen af godtgørelsen fastsættes af nævnet, som skal tage hensyn til sagens omstændigheder og til, hvor længe ansættelsesforholdet har varet. Godtgørelsen kan maksimalt fastsættes til sædvanlig løn for en periode svarende til det dobbelte af arbejdsgivers opsigelsesvarsel over for den ansatte.”

Hillerød Kommune søgte episoden oplyst så godt som muligt og traf på det tilvejebragte grundlag afgørelse i overensstemmelse med kommunens værdigrundlag for så vidt angår børn. Afgørelsen gik imidlertid ud på bortvisning – kommunen lagde til grund, at A havde givet C en lusning, uden at have det til bortvisning fornødne sikre grundlag herfor. For den herved forvoldte forurettelse bør kommunen betale en godtgørelse til A som under de nævnte omstændigheder passende findes at kunne fastsættes til et beløb svarende til 3 måneders løn.

#### **Thi bestemmes:**

Hillerød Kommune skal til A betale 1) minimalerstatning i henhold til funktionærlovens § 3, stk. 2, 3. pkt., og 2) fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2 a, stk. 1, svarende til 2 måneders løn samt 3) godtgørelse i henhold til fysioterapeut overenskomstens § 17, stk. 7, svarende til 3 måneders løn.

Hver part bærer egne omkostninger ved sagens behandling og halvdelen af udgiften til opmand.

Børge Dahl