Udskrift
af
Arbejdsrettens dom af 10. februar 2011

I sag nr.: AR2010.0051

Landsorganisationen i Danmark
for
Fagligt Fælles Forbund (3 F)
(advokat Martin Juul Christensen)
mod
Dansk Arbejdsgiverforening
for
Dansk Byggeri
for
A
(advokat Linda Nordstrøm Nissen)

Dommere: Jens Peter Bostrup, Erik Kjærgaard, Knud Erik Linius, Karin Retvig, Benny Rosberg, Laurits Rønn og Thomas Rørdam (retsformand).

Tvisten
Tvisten angår spørgsmålet, om indklagede har overtrådt "Aftale om kontrolforanstaltninger" mellem LO og DA af 27. oktober 2006, subsidiært ledelsesretten, ved den 7. september 2009 ved Svendborg Erhvervsskoles byggeplads, Nordre Ringvej i Svendborg, at have gennemført en urintest af murerelev E for narkotika.

Påstande
Klager har påstået Murermester A dømt til at betale en efter Arbejdsrettens skøn fastsat bod.

Indklagede har påstået frifindelse.

Sagsfremstilling
E påbegyndte den 24. oktober 2007 en læreperiode hos murermester A som murerelev. I forlængelse af, at E havde erkendt, at han i sommeren 2009 havde indtaget amfetamin i sin fritid, indgik E, B (E's mor) og A den 7. august 2009 en aftale "omkring misbrug af stoffer", hvori det bl.a. hedder:

> " ...
> - E forpligter sig til IKKE at indtage nogen former for euforiserende stoffer.
> - Dette gælder både på arbejdspladsen samt i fritiden.
>
> E er indforstået med at såfremt der igen indtages nogen former for euforiserende stoffer er den indgået uddannelsesaftale ophævet med øjeblikkelig virkning.

Alle parter bekræfter med sin underskrift at være indforstået med denne aftale."

Den 7. september 2009 mødte A uanmeldt op på den byggeplads, hvor E arbejdede (Svendborg Erhvervsskoles byggeplads, Nordre Ringvej i Svendborg), og anmodede E om på stedet at afgive en urinprøve til kontrol for euforiserende stoffer. E var indforstået, og undersøgelsen blev foretaget ved, at E tissede i en spand, hvorefter A dyppede en teststrimmel i urinen. Testen viste sig at være positiv for amfetamin og et tidligere, men lille misbrug af kokain og ecstacy. E blev straks derefter bedt om at forlade byggepladsen og tage hjem, men med besked om, at han eventuelt kunne søge at rense sig ved at få foretaget en test hos sin egen læge.

E blev den 10. september 2009 testet på RusmiddelCenter Odense. Testen var negativ for alle rusmidler.

RusmiddelCenter Odense har i brev af 2. november 2009 til 3 F bl.a. anført:

> "…
> Man skal i forbindelse med test af urinprøver være opmærksom på en række forhold. En række almindeligt forekommende stoffer i medicin og fødevarer udskilles i urinen og vil kunne medføre, at en urintest er positiv for visse stoffer. Det gælder f.eks. blå birkes og Kodimagnyl, der ved indtagelse, der ved indtagelse kan medføre, at en test for heroinmisbrug bliver positiv. For at undgå dette anvender man i stofmisbrugerbehandling urinprøvetest udviklet specielt til vores brug. En almindelig forekommende fejlkilde ved urintest er, at teststrimlen dyppes i urinen i for kort eller for lang tid, hvilket kan føre til forkert udslag på testen. Det er derfor vigtigt, at man nøje overholder de af producenten foreskrevne testprocedurer.
>
> En række af de urinprøvetest, der anvendes for test ved stofmisbrug giver et udslag, når de er negative. Det vil altså sige, at når testen aflæses og der i testfeltet forekommer en streg er <u>testen negativ</u>. Dette er en hyppigt forekommende årsag til misforståelser, da man i de fleste andre testprocedurer opfatter en streg i testfeltet, som udtryk for at testen er positiv.
>
> Som det fremgår af ovenstående er urinprøvetagning og test og urin ikke nogen simpel procedure. Der er mange mulige fejlkilder og som følge deraf foregår urinprøvetagning og i test i RusmiddelCenter Odense under standardiserede procedurer af oplært personale. Derfra og til at kunne dokumentere at man ikke kan snyde med RusmiddelCentrets test, er dog et stykke vej. Formålet med urinprøvetest er alene at anvende dem i udredning og behandling af stofmisbrug, ikke at anvende dem som dokumentation i forhold til myndigheder, arbejdsgivere osv.
> …"

Parterne underskrev ved et forligsmøde afholdt den 24. september 2009 et dokument, hvoraf det fremgår, at udannelsesaftalen er ophævet ensidigt af virksomheden med virkning fra den 7. september 2009.

Tvistlighedsnævnet har i kendelse afsagt den 13. august 2010 bestemt, at Murermester A skal betale en erstatning på 30.000 kr. + renter til E for uberettiget ophævelse af uddannelsesaftalen.

I aftale af 27. oktober 2006 mellem LO og DA om kontrolforanstaltninger hedder det bl.a.:

> ”1. Arbejdsgiveren kan i medfør af ledelsesretten og under iagttagelse af bestemmelserne i de kollektive overenskomster iværksætte kontrolforanstaltninger. Kontrolforanstaltninger skal være sagligt begrundede i driftsmæssige årsager og have et fornuftigt formål; de må ikke være krænkende over for lønmodtagerne, og de må ikke forvolde lønmodtagerne tab eller nævneværdige ulemper. Kontrolforanstaltninger skal indrettes således, at der er et rimeligt forhold mellem formål og midler.
>
> 2. Arbejdsgiveren skal underrette lønmodtagerne om nye kontrolforanstaltninger senest 6 uger inden de iværksættes. Dette gælder dog ikke, såfremt formålet med kontrolforanstaltningen vil forspildes herved, eller såfremt tvingende driftsmæssige grunde er til hinder herfor. I så fald skal arbejdsgiveren underrette lønmodtagerne snarest muligt samt redegøre for årsagen til, at 6-ugers fristen ikke kunne overholdes.
>
> 3. Den enkelte lønmodtager kan ikke meddele et samtykke til iværksættelse af kontrolforanstaltninger – hverken i forbindelse med ansættelsen eller på et senere tidspunkt.
> …
>
> 5. Finder lønmodtagerne, efter at være blevet underrettet om en kontrolforanstaltning, at betingelserne for iværksættelse af kontrolforanstaltningen ikke er eller har været opfyldt, kan de kræve den således opståede uoverensstemmelse behandlet fagretligt.
> …
>
> 7. Nærværende aftale er at betragte som et protokollat til DA/LO-Hovedaftalen.
> …
>
> 10. Aftalen træder i kraft den 1. januar 2007.”

Forklaringer

E har forklaret, at han to gange inden indgåelsen af aftalen af 7. august 2009 havde taget amfetamin. Det var sket til private fester. Nogle af hans venner havde fortalt A herom. Det er baggrunden for aftalen. Der blev ikke på mødet talt om kontrolforanstaltninger. Han har ikke taget stoffer i tiden mellem den 7. august og den 7. september 2009. Efter aftalen af 7. august 2009 har han efter ønske fra sine forældre været i misbrugsbehandling på RusmiddelCenter Odense. Han mødte A søndag morgen den 6. september 2009 ved en bagerforretning efter en tur i byen. Han havde under byturen indtaget alkohol og var beruset, men han havde ikke indtaget stoffer. Dagen efter, mandag den 7. september 2009, mødte A op på Svendborg Erhvervsskoles byggeplads ved 10-11 tiden og bad ham om at aflægge en urinprøve. Han ville ikke modsætte sig og afgav prøven ved at tisse i en spand ved en hæk. Der var ikke andre end A, som kunne se, at han tissede i spanden. Han har ikke over for A givet udtryk for, at det

er rigtigt, at han havde taget stoffer. Om det videre forløb har han forklaret i overensstemmelse med B's redegørelse af 21. september 2009.

B har forklaret, hun er E's mor. Der blev ikke talt om kontrolforanstatninger på mødet den 7. august 2009. Hun har i øvrigt vedstået sin redegørelse af 21. september 2009, hvori det bl.a. hedder:

> "…
> D.7-9-09 sender A mig en besked hvor der står at han har testet E positiv for amfetamin m.m., og han skriver at han har opfordret E til at få taget en test hos lægen. Over for mig hævder E at han intet har taget, og han kontakter lægen med henblik på en test. Lægen er afvisende men beder E få sin chef til at ringe næste morgen. Dette skriver E til A, men da vi næste dag møder op hos lægen, har de intet hørt fra A. Lægen vil ikke tage testen, da de siger det er et politianliggende (I er velkomne til at indhente oplysninger hos lægen). Derefter kører vi til Ringe apotek, for at købe en test. Det er ikke noget de ligger inde med, da testen ikke er sikker hvis man har spist birkes, citron eller chili siger ekspedienten. De kan dog bestille en hjem. Derfor ringer vi til rusmiddelcenteret og spørger om vi må komme derud og få taget testen (dette er tirsdag). De har ikke tid før torsdag. Dette orienterer jeg naturligvis A om hvorefter jeg modtager en sms, hvor der står at dette ikke er godt nok (jeg har naturligvis gemt denne sms). Torsdag er E ude og få foretaget en test som viser minimum 2 uger bagud. Den viser ingen spor efter stoffer, og P (E's kontaktperson) oplyser desuden at der ikke er noget som hedder tydelige og svage tegn på en test. Er der spor viser den positiv, og ikke som testen ifølge A viste noget tydeligt og andet ikke tydeligt. I er naturligvis velkomne til at kontakte rusmiddelcenteret.
> …"

A har forklaret, at han har været faglært murermester i 10 år. Der er ca. 6 ansatte i hans murerfirma. Han ansatte E, fordi han læst en artikel i lokalavisen om E, hvoraf det fremgik, at det var E store drøm at blive murer. I vinteren 2008/2009 blev han opmærksom på, at E havde afleveret en opgave til erhvervsskolen, der var så dårlig, at E blev indstillet til at dumpe. Han ville hjælpe E, og derfor indgik han den 5. januar 2009 en aftale med E om det fortsatte uddannelsesforløb, hvor E bl.a. forpligtede sig til at bestå hovedforløbet med et tilfredsstillende resultat. Han havde ikke på dette tidspunkt mistanke om et misbrug, men der var i løbet af 2009 mange klager over E, hvilket han talte med E om. På et tidspunkt i sommeren 2009 blev han ringet op af en af E's venner. Vennen fortalte, at han ikke kunne få fat på E og frygtede for hans liv, da han havde hørt, at E var ude i alvorlige stofproblemer og havde taget ophold hos en pusher. A havde også fra andre hørt, at E var ude i stofproblemer. Det var baggrunden for mødet og aftalen den 7. august 2009. Han kan ikke få E forklaring om, at han kun havde taget narko to gange, til at stemme med de oplysninger, han modtog. Søndag den 6. september 2009 om morgenen mødte han E ved en bagerforretning. Han er ikke i tvivl om, at E ved den lejlighed var påvirket af narkotika. Det var ikke (kun) spirituspåvirkethed. Han besluttede på den baggrund at gennemføre et uanmeldt kontrolbesøg på E's arbejdsplads dagen efter. E fortalte ved besøget, at det gik godt, og at han havde holdt sig fra stoffer. E var indforstået med at lade sig teste. De gik hen til hans varebil, hvor E afgav urinprøve i en arbejdsspand. E stod mellem bilen og en hæk og tissede i spanden. Han, men ikke andre, kunne se E, mens han tissede i spanden. Testen viste sig positiv for tre forskellige narkotiske stoffer. Han fortalte E om testresultatet. E erkendte misbruget over for ham og sagde, at det var "noget lort". Han bad herefter E om at tage hjem, men opfordrede ham til at

gå til lægen for eventuelt at få checket testresultatet. Efterfølgende modtog han en sms, hvor E fortalte ham, at lægen ikke ville foretage en test, medmindre der forelå en politianmeldelse. Han ønskede imidlertid ikke at anmelde E til politiet. Testen er en meget anvendt test, der er 99.9% sikker. Den efterfølgende test, som er foretaget på RusmiddelCenter Odense kan være præget af, at E har indtaget et stof, som bevirker, at narkotika ikke længere kan spores.

Parternes argumentation

Klager har anført, at den gennemførte urintest er en kontrolforanstaltning, som er omfattet af den mellem LO og DA indgåede aftale af 27. oktober 2006, og at aftalens betingelser for at iværksætte kontrolforanstaltningen ikke var opfyldt. Hvis aftalen ikke finder anvendelse, foreligger der et misbrug af ledelsesretten. Til støtte for, at aftalens betingelser ikke var opfyldt, og at der i hvert fald foreligger et misbrug af ledelsesretten, har klager henvist til, at urinprøvetagning og test af urin er en kompliceret procedure, at der er betydelige risici for fejlkilder ved den anvendte metode, at en test ved hjælp af denne metode derfor savnede et rimeligt og fornuftigt formål, og at udførelsesmetoden var krænkende for E og uproportional.

Indklagede har anført, at aftalen af 27. oktober 2006 ikke finder anvendelse på den undersøgelse, som blev foretaget den 7. september 2009, da der er tale om en undersøgelse, som blev iværksat på baggrund af en konkret begrundet mistanke om, at E havde indtaget stoffer i strid med aftalen af 7. august 2009. Hvis aftalen finder anvendelse, eller hvis der i stedet skal tages stilling til, om der foreligger misbrug af ledelsesretten, må det lægges til grund, at aftalen er overholdt, og at der ikke foreligger misbrug af ledelsesretten. Undersøgelsen var således sagligt begrundet, idet der var en konkret, aktuel og velbegrundet mistanke mod E som følge af As iagttagelser den 6. september 2009. Det var nødvendigt at foretage undersøgelsen straks den 7. september 2009, da formålet eller ville være forspildt. Undersøgelsen blev foretaget på en ikke krænkende måde, E medvirkede frivilligt ved undersøgelsen, og Tvistighedsnævnet har lagt til grund, at undersøgelsen blev foretaget ud fra et ønske om at hjælpe E. I øvrigt er spørgsmålet om retsvirkningerne af undersøgelsen og det videre forløb afgjort endeligt af Tvistighedsnævnet.

Arbejdsrettens begrundelse og resultat

Efter ordlyden af aftalen af 27. oktober 2006 mellem LO og DA om kontrolforanstaltninger finder Arbejdsretten, at denne må forstås således, at den regulerer betingelserne for at iværksætte forebyggende kontrolforanstaltninger. Aftalen regulerer ikke den situation, at der – uden at der har været iværksat forebyggende kontrolforanstaltninger – opstår behov for kontrol af en medarbejder på baggrund af en konkret og aktuel mistanke om pligtstridigt forhold. I et sådant tilfælde vil arbejdsgiveren kunne kontrollere den medarbejder, som mistanken retter sig mod, inden for rammerne af, hvad ledelsesretten giver mulighed for med de begrænsninger, som er anerkendt i teori og praksis eller som følger af lovgivningen. Heri ligger bl.a., at den kontrol, der iværksættes af medarbejderen, ikke må have en krænkende form, at den ikke må forvolde medarbejderen tab eller nævneværdig ulempe, at den skal være sagligt og rimeligt begrundet og have et fornuftigt formål, og at den skal opfylde kravene til proportionalitet. I modsætning til, hvad der gælder i medfør af pkt. 3 i aftalen af 27. oktober 2006, kan der ikke, når det drejer sig om kontrol baseret på en konkret og aktuel mistanke, opstilles en almindelig regel om, at medarbejderen ikke kan give samtykke til kontrolforanstaltningen.

I det foreliggende tilfælde var der ikke iværksat forebyggende kontrolforanstaltninger fra virksomhedens side, og den urintest, der blev gennemført ved det uanmeldte besøg den 7. september 2009, skete på baggrund af en mistanke om, at E dagen før havde indtaget narkotika i strid med den aftale, der var indgået med ham den 7. august 2009. Efter det oven for anførte finder Arbejdsretten, at kontrollen (urintesten) ikke er reguleret af aftalen af 27. oktober 2006 mellem LO og DA om kontrolforanstaltninger.

Spørgsmålet er herefter, om urintesten blev gennemført på en sådan måde, at der foreligger misbrug af ledelsesretten.

Arbejdsretten finder, at der på baggrund af aftalen af 7. august 2009 og As iagttagelser søndag den 6. september 2009 om morgenen var sagligt belæg for at få undersøgt, om E havde indtaget narkotika i strid med aftalen. E medvirkede frivilligt ved undersøgelsen, og der er efter bevisførelsen ikke grundlag for at antage, at undersøgelsen blev foretaget på en måde, der var krænkende for E.

Undersøgelsen blev imidlertid gennemført på en uprofessionel måde. Arbejdsretten lægger i den forbindelse vægt på, at E blev bedt om at tisse i en spand, som ikke var rengjort og steril, og at der blev anvendt en testmetode, som efter brevet af 2. november 2009 fra MisbrugsCenter Odense ikke er fri for fejlkilder. Ved således at have anvendt en uprofessionel testmetode og på det grundlag truffet den indgribende afgørelse om ophævelse af uddannelsesaftalen finder Arbejdsretten, at virksomheden har misbrugt ledelsesretten.

Arbejdsretten finder, at forholdet dog ikke har en sådan karakter og grovhed, at bod er forskyldt og tager derfor indklagedes frifindelsespåstand til følge.

THI KENDES FOR RET:

Murermester A frifindes for påstanden om betaling af bod.

I sagsomkostninger skal LO for Fagligt Fælles Forbund for E betale 2.000 kr.

Thomas Rørdam