

B2824003 - FN/kwi/FN

MODTAGET

17 JUNI 2003

UDSKRIFT

AF

ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

DOM

Afsagt den 16. juni 2003 af Østre Landsrets 10. afdeling (landsdommerne Blinkenberg, B. Vollmond og Elisabet Michelsen (kst.)).

10. afd. nr. B-2824-01:

Dansk Sø-Restaurations Forening
som mandatar for

[REDACTED]
(advokat Kirsten Maxen)

mod

Arbejdsmarkedets Ankenævn

(Kammeradvokaten v/advokat Birthe Eskildsen).

[REDACTED], der var ansat hos DFDS som passagerassistent, blev ved en urinprøve testet positiv for cannabis, hvorefter DFDS bortviste ham. Hans arbejdsløshedskasse, FTF-A, mente, at han selv var skyld i bortvisningen og pålagde ham derfor 5 ugers karantæne i henhold til arbejdsløshedsforsikringslovens regler. Den 23. august 2001 stadfæstede sagsøgte, Arbejdsmarkedets Ankenævn, FTF-A's afgørelse om karantæne.

Sagsøgeren, Dansk Sø-Restaurations Forening som mandatar for [REDACTED], anlagde herefter den 28. september 2001

nærværende sag mod sagsøgte med påstand om, at sagsøgte skulle anerkende, at sagsøgeren havde ret til arbejdsløshedsdagpenge fra den 11. juli 2000. Efter at Sø- og Handelsretten ved dom af 12. april 2002 i en sag anlagt af sagsøgeren mod DFDS havde fastslået, at bortvisningen var uberettiget, ophævede FTF-A karantænen og udbetalte efterregulering af arbejdsløshedsdagpenge for karantæneperioden samt renter heraf fra forfaldstidspunkterne til betalingstidspunktet.

Sagsøgeren har herefter nedlagt følgende endelige påstande:

- 1) Sagsøgte tilpligtes at anerkende, at sagsøgeren fra FTF-A har ret til arbejdsløshedsdagpenge i karantæneperioden på 5 uger med tillæg af renter efter arbejdsløshedsforsikringslovens § 46, stk. 2, fra den 31. juli 2000 og senere til betaling skete, og
- 2) Sagsøgte tilpligtes at betale procesrente af de arbejdsløshedsdagpenge for karantæneperioden på 5 uger, som sagsøgeren har fået efterbetalt af FTF-A, fra nærværende sags anlæg til betaling af arbejdsløshedsdagpengene er sket.

Sagsøgte har taget bekræftende til genmæle over for påstand 1, men har påstået frifindelse over for påstand 2.

Twisten under sagen er herefter, om ankenævnet er erstatningsansvarlig på grund af afgørelsen af 23. august 2001, og om nævnet, såfremt det er tilfældet, skal betale procesrente af efterreguleringsbeløbet.

Sagens nærmere omstændigheder:

Den 11. juni 1999 udstedte DFDS et personalecirkulære, hvoraf bl.a. fremgår:

"Det er ikke tilladt for ansatte at indtage narkotika eller andre rusmidler på et tidspunkt, som gør, at der kan spores rester af stofferne i den

ansattes urin under tjeneste eller tjenestefrihed om bord. Opmærksomheden henledes i denne forbindelse på, at rester af narkotika og andre rusmidler kan spores i en længere periode efter indtagelse.

...

Enhver overtrædelse af dette regulativ betragtes af rederiet som en væsentlig misligholdelse af ansættelsesforholdet, hvorfor enhver overtrædelse kan medføre øjeblikkelig afsked."

DFDS indførte samtidig en ordning med kontrol af urinprøver, som de ansatte skulle afgive uvarslet, selv om der ikke forelå en konkret mistanke om indtagelse af stoffer.

I den anledning opstod der mellem DFDS og Dansk Sø-Restaurations Forening en tvist, der blev afgjort ved en voldgiftskendelse af 23. februar 2000. Kendelsen fastslog bl.a., at DFDS er berettiget til at indføre urinprøver til kontrol i tilfælde, hvor der ikke er konkret mistanke om brug af narkotiske stoffer, at DFDS ikke ensidigt kan ændre vilkårene for afskedigelse, og at DFDS har bevisbyrden for, at der foreligger saglig opsigelse.

██████████ blev under tjeneste den 13. juni 2000 på M. S. Dana Anglia pålagt at aflevere en urinprøve, der blev testet positiv for cannabis. Den 4. juli 2000 skrev skibets kaptajn til ██████████, der efter endt ferie skulle have påbegyndt arbejde den 11. juli 2000:

"Jeg skal hermed meddele dig, at du ikke skal tilbage på Dana Anglia efter endt ferie. Årsagen til dette er at du ved den urintest, der for nyligt blev foretaget, er blevet testet positiv for cannabis."

På vegne af ██████████ rejste Dansk Sø-Restaurations Forening indsigelse mod bortvisningen og anlagde den 28. august 2000 sag mod DFDS ved Sø- og Handelsretten med krav om

betaling af løn i opsigelsesperioden, idet det blev gjort gældende, at bortvisningen var uberettiget.

Den 20. juli 2000 meldte [REDACTED] sig ledig over for FTF-A, og anførte i ledighedserklæringen, at han var blevet fyret på grund af urintest. Da Dansk Sø- Restaurations Forening forstod, at FTF-A ville pålægge [REDACTED] karantæne, ydede foreningen ham den 22. august 2000 et afdragsfrit lån på 10.350 kr. til dækning af 5 ugers dagpengegodtgørelse. Lånet skulle forrentes efter renteloven, og forfaldt til betaling i den udstrækning, han fik dækning fra henholdsvis FTF-A og/eller DFDS. Den 27. september 2000 meddelte FTF-A's regionskontor, at man nu havde færdigbehandlet ledighedserklæringen, og at [REDACTED] på grund af karantæne ikke kunne få dagpenge i de første 185 timer. Regionskontoret anførte bl.a.:

"Af din ledighedserklæring fremgår det, at du er blevet sagt op.

Du har yderligere forklaret at du er blevet opsagt, da der i din urintest er testet positiv for cannabis. På grund af de oplysninger vi har fået, må vi konstatere at du er blevet afskediget af en grund, der væsentligst skyldes dig selv, og som ikke kan accepteres i forhold til arbejdsløshedsforsikringslovens bestemmelser."

Den 12. oktober 2000 ankede Dansk Sø-Restaurations Forening på vegne af [REDACTED] afgørelsen til FTF-A's hovedkontor. Sø-Restaurations Foreningen henviste bl.a. til, at det af voldgiftskendelsen fremgår, at bevisbyrden for, at der foreligger en saglig opsigelse, påhviler rederiet, og at dette må forstås således, at man som minimum må kunne dokumentere en eller anden grad af påvirkethed eller/og at stoffet er indtaget i ombordperioden.

Den 30. oktober 2000 tiltrådte FTF-A's hovedkontor regionskontorets afgørelse om karantæne. Hovedkontoret tilføjede bl.a.:

"... at såfremt det senere bliver fastslået, at der var tale om såvel en usaglig bortvisning som en usaglig opsigelse, vil der foreligge en ny situation, som kan danne grundlag for en ændring af den trufne afgørelse."

Dansk Sø-Restaurations Forening ankede afgørelsen til Direktoratet for Arbejdsløshedsforsikring, der den 29. januar 2001 traf afgørelse om, at medlemmet var selvforskyldt ledig og skulle pålægges en karantæne. I begrundelsen var bl.a. anført, at det ved faglig voldgiftskendelse var fastslået, at regulativets kontrolforanstaltninger var berettigede, at regulativet bestemmer, at det ikke er tilladt for ansatte at indtage narkotika på et tidspunkt, som medfører, at der kan spores rester af stofferne i urinen under tjeneste eller tjenestefrihed om bord og, at det af regulativet fremgår, at en overtrædelse heraf er en misligholdelse, der kan medføre øjeblikkelig afsked.

Direktoratets afgørelse blev den 23. august 2001 tiltrådt af sagsøgte. Ankenævnet anførte bl.a.:

"Deres medlem anses for selvforskyldt ledig og pålægges en effektiv karantæne på 5 uger fra den 11. juli 2000.

Begrundelsen er at der på det pågældende tidspunkt om bord på det skib som Deres medlem arbejdede på, var indført et regulativ om bl.a. cannabis. Ifølge dette måtte der ikke kunne spores rester af cannabis i den ansattes urin under tjeneste eller tjenestefrihed om bord. Enhver overtrædelse betragtedes som en væsentlig misligholdelse der kunne medføre øjeblikkelig afsked.

Ved faglig voldgiftskendelse blev regulativets kontrolforanstaltninger anset for berettigede.

...

Ankenævnet skal i lighed med direktoratet bemærke at nævnets afgørelse er truffet på baggrund af den nuværende retstilstand. Såfremt nævnets afgørelse underkendes, vil nævnet tage sagen op til ny vurdering."

I sagen mellem sagsøgeren og DFDS afsagde Sø- og Handelsretten som nævnt dom den 12. april 2002. Af dommen fremgår, at [REDACTED] bl.a. forklarede:

"Han [REDACTED] kom ombord den 8. juni 2000 efter at have holdt 9 fridage hjemme i land. I friperioden har han røget hash 1-2 gange om dagen, bortset fra dagen før påmønstringen, hvor han som sædvanlig ikke røg hash. Han var således ikke påvirket ved påmønstringen."

Ved afgørelsen lagde Sø- og Handelsretten til grund, at resultatet af urinprøven hverken var udtryk for, at [REDACTED] [REDACTED] var påvirket af cannabis på undersøgelsestidspunktet, eller at han havde indtaget cannabis efter påmønstringen. På baggrund af dette sammenholdt med forklaringerne fra [REDACTED] [REDACTED] og fra en sektionsleder på Retskemisk Institut, fandt retten intet grundlag for at antage, at [REDACTED] [REDACTED] havde indtaget eller været påvirket af cannabis om bord. Retten udtalte herefter:

"Retten må i overensstemmelse med voldgiftskendelsen af 23. februar 2000 lægge til grund, at DFDS har ret til at pålægge de ansatte at afgive urinprøver til kontrol af, om DFDS' personalecirkulære fra 1999 om alkohol, narkotika og andre rusmidler bliver overholdt. DFDS må derfor også kunne knytte virkninger til overtrædelser af cirkulæret, herunder muligheden for ophævelse af ansættelsesforholdet. Dette må principielt også gælde for stoffer indtaget i fritiden, der kan påvises ombord efter påmønstringen, idet det ikke ud fra en urinprøve er muligt at fastslå graden af påvirkethed eller indtagelsestidspunktet. Det må imidlertid kræves, at den ansatte får lejlighed til at udtale sig om prøven og afgive forklaring om de nærmere omstændigheder i sagen, ligesom der i hver enkelt sag må an-

lægges en nærmere vurdering af behovet for en sanktion, der står i forhold til forseelsen, herunder muligheden for at slutte sagen med en advarsel.

Efter Tom Møllers og [redacted] egen forklaring er afskedigelsen foregået på den måde, at DFDS har modtaget besked om, at prøven påviste indtagelse af cannabis, hvorefter en ansat hos DFDS uden at foretage nogen som helst vurdering af sagen og uden at indhente yderligere oplysninger har underrettet M.S. Dana Anglias kaptajn, der uden videre har meddelt [redacted], at han ikke skulle komme tilbage efter feriens ophør.

Den skete bortvisning (afskedigelse) findes herefter ikke at være en saglig begrundet reaktion, der står i rimeligt forhold til forseelsen. Da bortvisningen således er uberettiget, skal [redacted] have løn i opsigelsesperioden samt dagpenge-godtgørelse for 1. og 2. ledighedsdag."

På baggrund af Sø- og Handelsretten dom traf sagsøgte i nærværende sag, ankenævnet, den 16. maj 2002 afgørelse om, at [redacted] ikke kunne anses som selvforskyldt ledig og derfor ikke skulle pålægges 5 ugers karantæne. Som konsekvens heraf meddelte FTF-A den 5. august 2002 [redacted] at den tidligere pålagte karantæne tilbagekaldtes, og at efterregulering af dagpengene var fundet sted med 8.494 kr. Endvidere ville han modtage renter frem til betalingstidspunktet, 4. juni 2002, med i alt 2.261,15 kr.

Forklaringer:

Ole Strandberg har bl.a. forklaret, at han er faglig sekretær i Dansk Sø-Restaurations Forening. [redacted] kontaktede ham omkring den 6. juli 2000. Han diskuterede herefter sagen med FTF-A og fik indtryk af, at [redacted] ville blive pålagt karantæne. FTF-A var bekendt med indholdet af voldgiftskendelsen. Han var overbevist om, at opsigelsen var usaglig, og at en karantæne var forkert. Foreningen lånte derfor [redacted] penge. Foreningen har ikke afkrævet

██████████ yderligere beløb i anledning af lånet efter at, DFDS og FTF-A har foretaget efterbetaling.

En af foreningen indgivet klage til Menneskerettighedsdomstolen er resulteret i, at DFDS har fået medhold i, at man kan benytte de omhandlede kontrolforanstaltninger.

Der opstår ofte spørgsmål om, hvorvidt medlemmer skal pålægges karantæne af deres arbejdsløshedskasse i forbindelse med, at de bortvises. Hvis fagforeningen tager skridt til at anlægge sag mod arbejdsgiveren, vil der almindeligvis findes en fornuftig løsning, så medlemmet ikke pålægges karantæne. Der findes ingen fast praksis for, hvordan arbejdsløshedskasserne håndterer dette.

Procedure:

Sagsøgeren har til støtte for påstand 2 anført, at ankenævnet er erstatningsansvarlig, idet afgørelsen af 23. august 2001 er åbenbart forkert. Hvis der er modstridende oplysninger mellem arbejdsgiveren og lønmodtageren, er arbejdsløshedskassen og ankenævnet forpligtede til at foretage en vurdering af, om bortvisning er berettiget. Ankenævnet lagde alene vægt på DFDS's oplysninger og undlod helt at tage stilling til bevisbyrdereglerne.

Ud fra almindelige forsikringsretlige principper bærer arbejdsløshedskassen bevisbyrden for, at forsikringsbegivenheden er udløst ved forsæt eller grov uagtsomhed. I nærværende sag fremgik det endvidere klart af voldgiftskendelsen, som FTF-A og ankenævnet var bekendt med, at DFDS havde bevisbyrden for, at en opsigelse som følge af overtrædelse af cirkulæret var sagligt begrundet. Indtil DFDS måtte have bevist det modsatte gennem den anlagte retssag, havde FTF-A og anke-

nævnet derfor pligt til at lægge til grund, at [REDACTED] [REDACTED] ikke var selvforskyldt ledig.

Der var stor tvivl om bortvisningens berettigelse, og sagsøgeren anlagde sag herom mod DFDS. Når henses til formålet med arbejdsløshedsforsikringsloven, må en sådan tvivl komme medlemmet til gode. FTF-A og ankenævnet kunne have ydet arbejdsløshedsdagpenge med forbehold for tilbagesøgning afhængig af udfaldet af retssagen mellem [REDACTED] og DFDS.

Den uberettigede karantæne nødvendiggjorde, at [REDACTED] [REDACTED] optog et lån, som skulle forrentes, og at nærværende sag blev anlagt. Ankenævnet må derfor på samme måde som i andre sager, hvor den sagsøgte standpunkt medfører, at sagsøgeren først efter en anlagt sag får sin ret, betale procesrente. FTF-A's betaling af renter efter arbejdsløshedsforsikringslovens § 46, stk. 2, fritager ikke ankenævnet for betaling af almindelig procesrente. Tilkendelse af procesrente sker ikke på baggrund af et opgjort tab, men må sammenlignes med en bod for at have nødvendiggjort et sagsanlæg.

Ankenævnet har til støtte for frifindelsespåstanden anført, at der ikke er udvist erstatningspådragende forhold, hvorfor der ikke er grundlag for at pålægge nævnet betaling af procesrente. Ankenævnet traf den 23. august 2001 en korrekt afgørelse, idet det var berettiget at lægge til grund efter en konkret vurdering, at [REDACTED] ikke ud fra oplysningerne på daværende tidspunkt opfyldte betingelserne for at få udbetalt arbejdsløshedsdagpenge. Det var berettiget at vurdere, at [REDACTED] måtte anses for væsentligst selv at have været skyld i sin afskedigelse. Det fremgik af afgørelsen, at hvis retstilstanden blev ændret, ville sagen blive taget op til ny vurdering.

Klage over en administrativ afgørelse medfører ikke opsættende virkning eller berostillelse af sagen, og udbetaling af arbejdsløshedsdagpenge vil som følge heraf normalt ikke kunne ske med forbehold om tilbagesøgning. Det forhold, at retstilstanden efterfølgende blev ændret ved Sø- og Handelsrettens dom, og ankenævnet derfor ændrede afgørelsen og ophævede karantænen, medfører ikke erstatningsansvar for ankenævnet, idet ankenævnet ved sin første afgørelse ud fra en konkret vurdering fandt, at [REDACTED] ikke opfyldte betingelserne i arbejdsløshedsforsikringsloven. Et fejlskøn medfører ikke et erstatningsansvar. Sagsøger har ikke bevist, at ankenævnet ved sin første afgørelse har handlet erstatningspådragende.

Rentereglen i arbejdsløshedsforsikringslovens § 46, stk. 2, tilsikrer, at medlemmet gives realudligning. Ved FTF-A's afgørelse af 5. august 2002 har sagsøgeren fået tillagt de renter, der tilkommer ham, og sagsøgeren har ikke derudover dokumenteret at have lidt et økonomisk tab. Han har fået fuld dækning, og har derfor ikke krav på procesrente. Et erstatningskrav kan ikke gå videre end tabet, og der kan ikke pålægges bod.

Landsrettens bemærkninger og resultat:

Efter at sagsøgte har taget bekræftende til genmæle overfor sagsøgerens påstand 1, gives der medhold heri.

Ankenævnets afgørelse af 23. august 2001 er truffet på et i forhold til Sø- og Handelsrettens dom af 12. april 2002 ufuldstændigt grundlag, og den karantæne [REDACTED] blev pålagt var set på denne baggrund uberettiget. Landsretten finder imidlertid ikke grundlag for at fastslå, at Ankenævnets afgørelse, der blev truffet på baggrund af de da foreliggende oplysninger og med pointering af, at nævnet ville

genoptage sagen, hvis der fremkom nye oplysninger af betydning, var behæftet med mangler eller sagbehandlingsfejl, der kan bevirke et erstatningsansvar for Ankenævnet.

Ankenævnets påstand om frifindelse for påstand 2 tages derfor til følge.

Efter sagens forløb og udfald ophæves sagens omkostninger.

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

Sagsøgte, Arbejdsmarkedets Ankenævn, skal anerkende, at sagsøgeren, Dansk Sø-Restaurations Forening som mandatar for [REDACTED], fra FTF-A har ret til arbejdsløshedsdagpenge i karantæneperioden på 5 uger med tillæg af renter efter arbejdsløshedsforsikringslovens § 46, stk. 2, fra den 31. juli 2000 og senere til betaling skete.

Sagsøgte frifindes for sagsøgerens påstand 2.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part.

(Sign.)

— — —
Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsrets kontor, den

16 JUNI 2000

P.j.v.


Vibeke Løwe
Sektionsleder