

## KENDELSE

i Afskedigelsesnævnets sag nr. 2011.0049:

Fagligt Fælles Forbund, Transportgruppen

for

3F Københavns Chauffører

for

A

mod

DI Overenskomst I v/DI

for

Nobina Danmark A/S

### **Uoverensstemmelsen**

Tvisten i sagen angår, om Nobina Danmark A/S har været berettiget til at bortvise A i anledning af, at en stikprøvekontrol foretaget med virksomhedens alkometer ved arbejdstidens begyndelse den 6. december 2010 viste udslag på hhv. 0,12 promille og 0,08 promille. Uenigheden angår dels, om det er foreneligt med ledelsesretten at operere med et rent 0-toleranceprincip over for alkohol, dels om de foretagne målinger har en sådan sikkerhed, at de bevismæssigt kan lægges til grund.

Sagen blev mundtligt forhandlet den 23. juni 2011 med højesteretsdommer Lene Pagter Kristensen som nævnsformand og opmand.

### **Parternes påstande**

Klager har under nævnsforhandlingen frafaldet sin oprindelige principale påstand om, at afskedigelsen af A underkendes som ikke rimeligt begrundet, og har alene opretholdt den subsidiære påstand, som er sålydende:

Nobina Danmark A/S tilpligtes at betale en efter Afskedigelsesnævnets skøn fastsat godtgørelse i henhold til Hovedaftalens § 4, stk. 3, punkt e, samt løn i opsigelsesperioden på 1 uge til udgangen af en lønningsuge fra mandag den 6. december 2010 til lørdag den 18. december 2010 svarende til i alt 2 ugers løn.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af løn i opsigelsesperioden på 1 uge til udgangen af en lønningsuge fra mandag den 6. december 2010.

## Sagsfremstilling

Nobina Danmark A/S blev i 2008 etableret som dansk datterselskab til et svensk moderselskab. Koncernen har samme alkoholpolitik i Danmark som i Sverige med en 0-tolerance vedrørende alkohol gældende for alle medarbejdere. Dette er nærmere beskrevet i virksomhedens koncernpolitik.

Spørgsmålet om metoden for alkoholtestning blev drøftet på et samarbejdsudvalgsmøde den 21. september 2010 under eventuelt, hvor alle var enige om, at den bedste løsning ville være at lave en aftale om en alkoholtest, som virksomheden selv stod for bestående af en stikprøvetest med blæsning i et alkoholmeter, således at testen ville falde på forskellige dage og tider på dagen. Denne ordning blev formaliseret i et dokument dateret den 25. november 2010 og underskrevet af trafikchef Niels Peter Nielsen og tillidsmand Henrik Kristensen. Dokumentet er sålydende:

"Alkoholtest.

Nobina Danmark A/S i Glostrup vil fremover gøre brug af at udføre stikprøvekontrol af chauffører som aftalt på SU d. 21. september 2010.

Kontrollen vil blive foretaget med virksomhedens testapparat – Dräger alcotest 6510.

Kontrollen foretages som stikprøvekontrol fordelt på tilfældige tidspunkter og på tilfældige medarbejdere. Kontrollen foretages i overværelse af tillidsrepræsentant eller sikkerhedsrepræsentant som adviseres om stikprøvekontrollen dagen før denne udføres. Første testpersoner vil alle dage være den leder som er ansvarlig for testen samt tillids-/sikkerhedsrepræsentanten.

Såfremt en test er positiv (>0), gentages testen efter ca. 10 minutter. Er 2. test også positiv anses det for påvist at medarbejderen er under påvirkning af alkohol.

Virksomhedens alkoholpolitik er helt klar, således at der kun accepteres en alkoholpromille på 0. Dette betyder, at såfremt en medarbejder har 2 på hinanden følgende testresultater som viser en promille på mere end 0, vil denne blive bortvist fra virksomheden."

Alle Chaufførerne i Glostrup blev informeret om denne ordning ved et opslag dateret 29. november 2010.

Den 6. december 2010 mellem kl. 5.30 og 6.00 udførte virksomheden en stikprøvekontrol med virksomhedens alkometer på alle de medarbejdere, som var mødt på arbejde, herunder A. Da hans første pusteprobe viste 0,12 ‰ og den anden prøve, som blev taget 10 minutter senere, viste 0,08 ‰, blev han bortvist af driftsleder Nicolai Nielsen med øjeblikkelig virkning med henvisning til virksomhedens alkoholpolitik.

## Forklaringer

A har forklaret, at han blev ansat som buschauffør hos Nobina i marts 2010 og havde således på bortvisningstidspunktet netop 9 måneders anciennitet i selskabet. Han har været buschauffør siden 1989.

Den 5. december 2010 indtog han to almindelige øl i tidsrummet mellem kl. 20.30 og 22.00,

hvorefter han gik i seng. Næste morgen mødte han på arbejde ved 5.30 tiden. Han havde ikke spist morgenmad eller indtaget alkohol, men drukket kaffe og røget cigaretter. Han blev testet to gange med 10 minutters mellemrum, og da også den anden test var positiv, blev han bortvist af driftslederen, hvilket han fik en seddel om. Driftslederen meddelte ham blot resultatet af testen, men stillede ham ikke nogen spørgsmål, og han fik heller ikke tilbudt at få foretaget en blodprøve. Han var så chokeret, at han ikke kunne forholde sig til, hvad der foregik, og han gjorde derfor ikke indsigelser på stedet mod bortvisningen. Han havde set informationen til chaufførerne om den indførte testordning, og denne havde været drøftet mellem chaufførerne, som var utrygge ved, at der slet ikke var nogen margin.

Han har som følge af bortvisningen haft 3 ugers karantæne og har gået arbejdsløs, indtil han for 3 uger siden fik nyt arbejde som buschauffør i et andet selskab.

Speciallæge i klinisk fysiologi, Jens Otto Lund, har som sagkyndigt vidne forklaret, at han siden 1997 har fungeret som sagkyndig for Retslægerådet i spiritus- og alkoholsager, men at han i denne sag alene udtaler sig på baggrund af sin almindelige lægelige erfaring og ikke som repræsentant for Retslægerådet.

Indtager en person med As højde og drøjde to almindelige pilsnere i tidsrummet mellem kl. 20.30 og 22.00, vil blodalkoholkoncentrationen under alle omstændigheder være 0,00 promille næste morgen kl. 05.30. Den målte koncentration den 6. december 2010 på senest 0,08 promille ville endvidere have været helt væk, hvis der var blevet taget en blodprøve en time senere. Promillefaldet pr. time fra indtagelse af alkohol er således i gennemsnit 0,15 promille (med ydergrænserne 0,10-0,20 promille pr. time).

Af kalibreringscertifikatet for det brugte alkometer fremgår, at kalibreringsområdet er 0,35 - 1,5 promille. Det betyder, at apparatet inden for dette område måler med den af fabrikanten oplyste sikkerhed. Uden for kalibreringsområdet er måleusikkerheden større. Det er i den forbindelse almindelig kendt, at analyseapparater bliver mere unøjagtige, jo længere ned i undersøgelsesområdet, man kommer. Retskemisk Institut fradrager altid 5 % af måleresultatet – og mindst 0,1 promille – for at være sikker på, at man kan indestå for det oplyste måleresultat med 100 % sikkerhed. Hvis Retskemisk Institut ved en blodprøve måler en promille på 0,1, oplyses resultatet således som værende 0,0 promille.

En række flygtige stoffer, som f.eks. tobaksrøg, opløsningsmidler i maleindustrien, tilsætningsstoffer til benzin og acetone (som kan dannes i kroppen f.eks. ved ureguleret sukkersyge eller længere tids faste) har specielt i tidligere alkometre kunne medføre fejlagtig angivelse af alkohol i udåndingsluften. I nyere alkometre er måleteknikken forbedret, bl.a. anvender nogle alkometre 2 uafhængige måleprincipper, og kun ved overensstemmelse afgiver alkometret et resultat.

Meget lave promiller giver ingen mærkbar påvirkethed.

produktchef hos DRÄGER SAFETY DANMARK A/S, Peter Mentz, har forklaret, at han siden 1998 har været produktchef i DRÄGER SAFETY DANMARK A/S, som har produceret det anvendte testapparat DRÄGER ALCOTEST 6510.

DRÄGER ALCOTEST 6510 sælges på det danske marked som et screeningsinstrument til foretagelse af vejledende målinger. Apparatet har 1 censor og måler på 1 parameter. Det kan derfor ikke i Danmark anvendes som et egentligt bevisalkometer, hvilket kræver, at apparatet har to målesystemer. Censoren, som er indrettet specielt på måling af alkohol, herunder ethanol, er dog blandt de mest stabile og præcise på markedet, og det anvendes som bevisalkometer i visse amerikanske

stater og østeuropæiske lande.

Alkohol er en gruppe af stoffer, som også kan være indeholdt i aromatiske drikke (f.eks. frugtsaft), mundskyllemiddel, opstød og opkastninger, men der vil i givet fald normalt være tale om mundalkohol, som vil være væk efter 15 minutter. Der kan også være andre fejkilder. Rygning har dog ikke nogen umiddelbar indflydelse.

Hvis et resultat skal have retlige konsekvenser, anbefaler DRÄGER SAFETY DANMARK A/S sine kunder at operere med en bagatelgrænse på 0,15-0,2 promille, således at 0,2 promille og derunder reelt betragtes som 0 promille. Dette gør man for at være på den sikre side.

Ved måleresultater på under 1 promille tager apparatet selv højde for usikkerheden ved den lave måling ved på forhånd at fratække 5 % af 1 promille. Måler apparatet en promille på 0.05, vil resultatet således blive vist som værende 0.

Det forhold, at der i den konkrete sag er målt promiller på hhv. 0,12 og 0,08, indikerer, at der er tale om alkohol i én eller anden form. Det er dog ikke muligt at sige, hvor alkoholen kommer fra, men et fald på 0,04 promille på 10 minutter stemmer godt overens med den forventelige mængde alkohol, som forbrændes på 10 minutter.

Henrik Kristensen har forklaret, at han blev ansat som buschauffør hos Nobina Danmark A/S i oktober 2008 og har været tillidsrepræsentant siden ansættelsens start.

På et samarbejdsudvalgsmøde den 21. september 2010 oplyste driftsleder Niels Peter Nielsen, at virksomheden ikke ønskede at indføre alkohollåse i busserne, men i stedet ville udføre alkoholtest ved stikprøver, hvor man skulle blæse i et alkometer. Et enigt SU bakkede op om denne testmetode.

Der havde ikke forinden SU-mødet været deciderede forhandlinger på Nobina Danmark A/S om alkoholpolitik. På SU-mødet den 21. september 2010 var det alene måden at teste på, som blev drøftet.

Han fik forelagt aftalen om alkoholtest af 25. november 2010 til underskrift og skrev under, da han – ligesom de øvrige ansatte – umiddelbart fandt aftalen fair. Der er ingen sympati for påvirkede chauffører, og aftalen blev forstået sådan, at der ikke var nogen, som måtte køre i påvirket tilstand. Spørgsmålet om behovet for en bagatelgrænse var ikke noget, som blev drøftet. Han synes i dag, at der bør være en sådan.

Der er siden aftalen af 25. november 2010 blevet gennemført tre kollektive tests, heraf to morgenmålinger og en eftermiddagsmåling. I alt 4 personer inklusiv A er blevet testet positive. To havde væsentlig højere målinger end A, og de er begge blevet bortvist. Den sidste havde som A et meget lille udslag ved første måling, men efter at han havde skyllet munden, viste den næste måling et resultat på 0,00 promille, og testningen fik derfor ingen konsekvenser for ham.

Niels Peter Nielsen har forklaret, at han har været ansat hos Nobina Danmark A/S siden 2008, først som trafikchef for Sjælland og siden som administrerende direktør.

Det er ham, som i 2008 startede virksomheden op i Danmark. Virksomheden havde ved opstarten 200 medarbejdere i Danmark, hvilket i dag er vokset til 400, hvoraf 300 er ansat på Sjælland. Siden virksomheden startede sin drift i Danmark, har 0-tolerancepolitikken over for alkohol været gældende. Alle ansatte er blevet informeret om dette ved opstart. Første test blev foretaget i en anden afdeling i sommeren 2010, hvor en chauffør også blev bortvist.

På samarbejdsudvalgs mødet den 21. september 2010 blev det drøftet, hvordan alkoholpolitikken skulle udmøntes. Der var enighed om at indføre test med et alkometer. Det stod klart, at sanktionen ved målinger over 0 var bortvisning.

Apparatet, der bliver anvendt til testningen, er blevet anbefalet virksomheden af dens forsikrings selskab. Han erindrer ikke, at virksomheden i forbindelse med købet af apparatet skulle være blevet anbefalet at gøre brug af en bagatelgrænse.

Proceduren ved udførelsen af testene er, at sikkerhedsrepræsentanten orienteres om stikprøven 24 timer før iværksættelsen. Forinden testningen mødes repræsentanter for ledelsen med sikkerhedsrepræsentanten /tillidsmanden. De puster selv i alkometeret, forinden testene gennemføres på medarbejderne. Under testningen er der altid en lønmodtagerrepræsentant til stede.

Medarbejderne blev informeret om proceduren ved alkoholtest gennem et opslag, som blev hængt op på deres opslagstavle.

Der er udført 3 stikprøvekontroller med i alt 150 målinger. Der har været 4 positive målinger, som alle har medført bortvisning.

Nicolai Nielsen har forklaret, at han har været ansat hos Nobina Danmark A/S siden 2008, først som driftsleder og siden trafikchef for Sjælland. På bortvisningstidspunktet var han driftsleder for A.

Han stod for testen den 6. december 2010. Testen startede med, at han, sammen med to andre fra ledelsen samt tillidsmanden, pustede i alkometeret. Herefter blev alle fremmødte medarbejdere testet. Medarbejderne var positivt indstillede over for testen.

Da As første test var positivt, blev han oplyst om, at det var i strid med virksomhedens alkoholpolitik. A svarede hertil, at det var han godt klar over. A blev herefter bedt om at drikke noget vand og vente 10 minutter. Da også 2. måling var positiv, skrev han et bortvisningsbrev og udleverede det til A, som ikke protesterede, men tvært imod tilkendegav, at det var der ikke noget at gøre ved.

Han stod for kontakten med Dräger Safety Danmark A/S, men har ikke hørt om en anbefalet bagatelgrænse i forbindelse med anvendelsen af alkometeret. Han er endvidere sikker på, at apparatet forud for testningen af A var korrekt kalibreret.

### **Parternes argumentation**

Klager har til støtte for den nedlagte påstand gjort gældende, at bortvisningen af A er usaglig. Klager har herved henvist til,

- at bortvisningen alene er foretaget på baggrund af måleresultatet, ikke optræden, lugt, efterfølgende blodprøve eller andre forhold hos A,
- at måleresultaterne på 0,12 og 0,08 promille er så lave, at det ikke kan anses for påvist, at disse skyldes alkohol, da andre forhold kan have påvirket resultaterne,
- at retssikkerhedsmæssige hensyn taler imod, at de pågældende målinger kan anvendes som bevis, når Retslægerådet altid opererer med en bagatelgrænse på 0,1, ligesom producenten selv anbefaler en bagatelgrænse på 0,2,

- at kravet om, at testresultatet skal være 0,00 promille, går videre end driftsmæssigt nødvendigt, og at kravet er en urimelig indgriben i de ansattes privatliv,
- at kravet dermed går ud over, hvad arbejdsgiveren er berettiget til at kræve i henhold til ledelsesretten,
- at aftalen af 26. november 2010 om alkoholtest alene er udtryk for, at der har været enighed om testmetoden, hvorimod kravet om 0 promille beror på et diktat fra ledelsen, ligesom der ikke har været forhandlet om en bagatelgrænse,
- at der på den baggrund ikke kan antages at være indgået en bindende lokalaftale om, at der kan ske bortvisning, blot de foretagne målinger viser resultater på over 0,00 promille,
- at det har været helt upåregneligt for A, at indtagelsen af to øl aftenen forinden skulle kunne resultere i en positiv måling,
- at forholdet under alle omstændigheder er helt bagatelagtigt, således at det højst bør kunne begrunde en advarsel, og
- at A derfor har krav på løn i opsigelsesperioden, ligesom der bør tilkendes ham en godtgørelse på ikke under 4 måneders løn.

Indklagede har til støtte for den nedlagte frifindelse påstand gjort gældende, at bortvisningen har været sagligt begrundet. Indklagede har herved henvist til,

- at virksomheden har en meget klar 0-tolerancepolitik over for alkohol, og at denne politik har været medarbejderne bekendt,
- at detagemæssigt er et stort problem, hvis det efter en ulykke viser sig, at chaufføren har haft alkohol i blodet, og dette gælder, uanset at der alene måtte være målt en meget lav promille,
- at det derfor heller ikke er ualmindeligt i branchen med en 0-tolerancepolitik over for alkohol,
- at aftalen af 26. november 2010 om alkoholtest er udtryk for en klar og bindende lokalaftale, som ikke efterlader nogen tvivl om, hvad parterne har aftalt,
- at aftalen er sagligt begrundet i sikkerhedshensyn samt i hensynet til virksomhedens branchemæssige image,
- at der ikke er påvist nogen fejl ved det anvendte måleapparat, hvis pålidelighed understøttes af, at apparatet ud af 150 målinger alene har givet udslag i 4 tilfælde,
- at mulige fejlkilder elimineres ved kravet om, at der skal være foretaget to positive målinger med 10 minutters mellemrum,
- at klager ikke har påvist nogen fejlkilder, som kan have påvirket måleresultaterne i det konkrete tilfælde,

- at As forklaring vedrørende sin spiritusindtagelse derfor ikke kan være rigtig, hvilket understøttes af, at han ifølge Nicolai Nielsens forklaring accepterede bortvisningen, da den fandt sted,
- at det derfor må lægges til grund, at A havde spiritus i blodet ved arbejdstidens begyndelse den 6. december 2010,
- at bortvisningen herefter har været saglig,
- at forholdet under hensyn til As meget korte anciennitet under alle omstændigheder har berettiget virksomheden til at afskedige ham med sædvanligt varsel, og
- at virksomheden derfor skal frifindes for den nedlagte påstand, subsidiært alene tilpligtes at betale A løn i opsigelsesperioden.

Der har ikke mellem de af organisationerne udpegede medlemmer af Afskedigelsesnævnet kunnet opnås flertal for en afgørelse af sagen, og afgørelsen træffes derfor af Nævnets formand som opmand.

### **Opmandens begrundelse og konklusion**

Nobina Danmark A/S har som busselskab af såvel sikkerhedsmæssige som imagemæssige grunde en meget væsentlig interesse i at sikre sig imod, at der ikke i forbindelse med en ulykke kan opstå mistanke om, at ulykken kan være forbundet med, at chaufføren har spiritus i blodet. Det kan derfor ikke i sig selv anses for en overskridelse af ledelsesrettens grænser, at selskabet opererer med en 0-tolerancepolitik over for alkohol med tilkendegivelse om, at overtrædelse heraf vil føre til øjeblikkelig bortvisning.

En bortvisning kan imidlertid alene ske af grunde, som kan tilregnes den ansatte som forsætlige eller i det mindste som beroende på en betydelig grad af uagtsomhed, og det påhviler endvidere arbejdsgiveren at godtgøre, at det fornødne bortvisningsgrundlag er til stede.

Bestrider den ansatte at have indtaget alkohol i et omfang, som kan begrunde en promille på over 0 på tidspunktet for alkoholtestens foretagelse, påhviler det derfor arbejdsgiveren at godtgøre, at der på måletidspunktet var alkohol i den ansattes blod hidrørende fra den ansattes forudgående spiritusindtagelse.

Det må efter de forklaringer, som er afgivet af speciallæge Jens Otto Lund og produktchef Peter Mentz lægges til grund, at målinger af meget små mængder alkohol generelt kan være forbundet med meget stor usikkerhed, og at der specielt ved målinger i det nedre område kan være risiko for, at målingen er et resultat af en anden påvirkning end spiritusindtagelse.

De foretagne målinger på henholdsvis 0,12 % og 0,08 % kan derfor alene tages som et indicium for, at A havde alkohol i blodet hidrørende fra spiritusindtagelse forud for målingen, men kan ikke i sig selv udgøre et tilstrækkeligt bevis herfor, og dette gælder uanset indholdet af aftalen af 25. november 2010 om alkoholtest.

A blev ikke i forbindelse med alkoholtesten udspurgt om sin forudgående spiritusindtagelse, og han

har over for nævnet forklaret, at han alene havde indtaget to øl 7-8 timer forud for alkoholtestens foretagelse.

Det kan herefter ikke med den fornødne sikkerhed lægges til grund, at A ved testens foretagelse havde en alkoholpromille i blodet på over 0 som følge af forudgående spiritusindtagelse.

Da det dermed har været uberettiget at bortvise ham, ligesom der heller ikke har foreligget et sagligt opsigelsesgrundlag, har han herefter krav på løn inklusive sædvanlige tillæg samt feriepenge i opsigelsesperioden og på en godtgørelse for uberettiget afskedigelse, der under hensyn til hans korte anciennitet passende kan fastsættes til 30.000 kr. svarende til en måneds løn.

Herefter bestemmes:

Nobina Danmark A/S skal inden 14 dage til A betale løn mv. i opsigelsesperioden samt en godtgørelse på 30.000 kr.

Indklagede skal betale opmandens honorar.

København, den 11. juli 2011

Lene Pagter Kristensen