

TILKENDEGIVELSE

i Afskedigelsesnævnets sag nr. 20210803:

Serviceforbundet

for

A

mod

Dansk Erhverv Arbejdsgiver

for

Administrationsorganisationen BO-VEST
Tranemosegård
Stationsparken 37
2600 Glostrup

Sagen blev mundtligt forhandlet den 11. oktober 2021 med højesteretsdommer Poul Dahl Jensen som nævnsformand og opmand.

Klager nedlagde påstand om, at indklagede, BO-VEST, tilpligtes til A at betale en erstatning svarende til løn i opsigelsesperioden, i alt kr. 125.659,13 med tillæg af procesrenter fra sagens anlæg.

Indklagede nedlagde påstand om frifindelse.

Der blev afgivet forklaring af A og driftschef B.

Parterne procederede sagen.

Da der efter votering ikke kunne opnås flertal for en afgørelse af sagen blandt de af organisationerne udpegede medlemmer af Afskedigelsesnævnet, skal afgørelsen træffes af Nævnets formand som opmand. Parterne erklærede sig enige i, at sagen kan afgøres – uden kendelse – i overensstemmelse med opmandens tilkendegivelse.

Sagsfremstilling

Sagen angår, om BO-VESTs bortvisning af A var uberettiget.

A blev ansat som ejendomsfunktionær hos administrationsorganisationen BO-VEST (Boligsamarbejdet på Vestegnen) den 1. november 2018.

Som følge af covid-19 pandemien og myndighedernes anbefalinger besluttede BO-VESTs ledelse, at alle medarbejdere, der mødte fysisk på arbejde på ejendomskontorer mv., skulle fremvise en test for covid-19 én gang om ugen. Den 20. januar 2021 udsendte BO-VEST en meddelelse til medarbejderne, herunder til A, hvoraf fremgik:

"Kære ...

Som du sikkert ved, har regeringen forlænget alle gældende restriktioner til 7. februar.

For os betyder det selvfølgelig, at vi fortsætter med at arbejde i adskilte hold eller hjemmefra.

Samtidig opfordrer myndighederne også til, at flere bliver testet løbende. Den mere smitsomme engelske variant af coronavirus er kommet til Danmark, og det betyder, at det er endnu vigtigere, at flere bliver testet.

Derfor har vi i ledelsen besluttet, at medarbejdere, der møder fast ind på arbejde på ejendomskontorer og i boligsociale projekter skal testes én gang om ugen.

Det samme skal de medarbejdere i Boliggruppen, der arbejder permanent i Pakhuset.

Alle andre medarbejdere i Pakhuset, må stadig kun tage ind på kontoret kortvarigt for fx at printe eller hente noget. Og kun efter aftale med nærmeste leder. Det er ikke nødvendigt at blive testet inden et kort ophold i Pakhuset.

Du må gerne blive testet i arbejdstiden, men du skal aftale med din nærmeste leder, hvordan det bedst kan foregå, så det ikke er til gene for udførelsen af vores arbejdsopgaver.

Hvis du er i tvivl eller har spørgsmål om den løbende testning, skal du tale med din nærmeste leder om det.

..."

Den 25. januar 2021 meddelte A sin nærmeste leder, ejendomsmester C, at han ikke ville lade sig teste. Som følge heraf udleverede driftschef i BO-VEST B den 27. januar 2021 et skriftligt pålæg om test for covid-19 til A. Af pålægget fremgik:

"...

Ifølge lov om arbejdsgivers adgang til at pålægge lønmodtagere test for COVID-19, skal vi med denne skrivelse oplyse dig om, at du pålægges at lade dig teste og fremvise testresultatet hurtigst muligt til ejendomsmester C.

*Næste fremvisning af testresultatet skal fremvises **mandag den 1. februar 2021** ved arbejdstids begyndelse. Såfremt du ikke kan få tid til test inden fristens udløb, bedes du rette henvendelse til din ejendomsmester med tidspunkt for, hvornår testen så kan foretages.*

Grunden til, at BO-VEST pålægger dig at blive testet, er for at begrænse smitten i at sprede sig blandt medarbejdere og beboere i boligområdet. I takt med en stigende smittespredning af COVID-19, og myndighedernes anbefalinger er der behov for, at BO-VEST kan få sine medarbejdere testet for COVID-19 og få oplysning om testresultatet.

BO-VEST har gennemført en række forskellige tiltag og truffet nødvendige forholdsregler for at begrænse smitten mest muligt på vores ejendomskontorer og i vores boligområder. Senest er det på baggrund af myndighedernes anbefalinger besluttet og udmeldt fra ledelsen den 20. januar 2021, at de etablerede turnusordninger på ejendomskontorerne fortsætter som hidtil, og at alle medarbejdere, der møder på arbejde ved fysisk fremmøde på ejendomskontorer mv., ugentligt skal fremvise en test for COVID-19. Foruden den skriftlige udmelding fra ledelsen om pålæg om test ved fysisk fremmøde, er virksomhedsnævnet med deltagelse af din fællestillidsrepræsentant ligeledes blevet informeret om pålægget.

Testen kan gennemføres inden for arbejdstiden efter nærmere aftale med din ejendomsmester, men skal søges placeret enten først eller sidst på arbejdsdagen. Såfremt det ikke er muligt at få foretaget testen inden for arbejdstiden, vil du blive kompenseret økonomisk for den tid, du bruger på at få foretaget testen. Når du får resultatet af testen, skal du oplyse os herom hurtigst muligt dog senest fredag ved arbejdstids begyndelse. Tilsvarende skal du, hvis du allerede er testet positiv for COVID-19, oplyse din ejendomsmester herom og om tidspunktet for testning.

Din ejendomsmester har tidligere gjort dig bekendt med pålægget, og du har tidligere meddelt ved samtale den 25. januar 2021, at du ikke vil efterkomme pålægget. Hvis du nægter at lade dig teste, eller du undlader at oplyse din ejendomsmester om resultatet af din test, kan det få ansættelsesretlige konsekvenser for dig i form af opsigelse eller eventuelt bortvisning.

..."

I en "Notifikation om Ansvarspådragelse" dateret den 31. januar 2021 til driftschef B oplyste A, at han fortsat ikke ville lade sig teste. Af notifikationen fremgik bl.a. følgende:

"Notifikation om Ansvarspådragelse - herefter benævnt NoA.

Kære medmenneske - modtager af denne NoA.

Du får denne NoA, fordi du efter ordre eller på eget initiativ, har til eller kan få til hensigt at tvinge mig, eller én jeg er værge for, til at blive testet for Covid-19, hvilket jeg eller den jeg er værge for, ikke accepterer. Du og jeg befinder os dermed i en situation, der kan få fatale følger for dig og mig.

For dit vedkommende, fordi du ved din fortsatte handling bl.a. vil overtræde bestemmelser i Menneskerettighedskonventionen og Nürnberg-konventionen. Allerede på nuværende tidspunkt i din gennemlæsning af dette dokument kan du ikke længere påberåbe dig at have handlet i "god tro". Medmindre du allerede nu opgiver dit forehavende, skal du herunder gøres opmærksom på, på hvilket grundlag du pådrager dig et både etisk og strafferetligt ansvar.

Du skal også være klar over, at din evt. fortsatte handling ikke kan undskyldes eller retfærdiggøres med, at du var i god tro, eller at du handlede efter ordre, bekendtgørelse, national lov eller anden forskrift - dette underbygges entydigt af dommene ved tribunalerne gennem alle tider.

Når du kan være ved at overtræde disse konventioner, har det følgende årsager:

- 1. Din handling er et overgreb mod mig eller mine og en krænkelse af vores grundlæggende suverænitet som menneske, og dermed et brud på menneskerettighederne.*
- 2. PCR-testen er uanvendelig til at identificere Covid-19. Dette er der entydige og uomtvistelige videnskabelige belæg for. Du udøver dermed dit overgreb for at gennemføre en test, som du nu er vidende om ikke er brugbar til det, der officielt er testens formål; At fastslå infektion med Covid-19. Hermed er du således også vidende om, at du bidrager til tvangs-test med et andet skjult eller nytteløst formål, end det du formelt agerer på baggrund af. Følgelig pådrager du dig dermed også ansvaret for de konsekvenser, der kan følge af dette skjulte eller nyttesløse formål.*

3. Hvis der ved testen desuden tages et DNA til et ikke nærmere specificeret formål, uanset om testresultat er korrekt eller ej, så kan dette blive misbragt til yderligere tvang og overgreb mod mig, hvilket du ligeledes vil pådrage dig et ansvar for.

Desuden kræves det af arbejdsgiveren, i tilfælde af et påbud om en Covid-19 test af den ansatte, at vedkommende sagligt begrundet og skrifteligt kan dokumentere påbuddets relevans iht. at begrænse smitte med Covid-19, jf. LSF 102 §2 stk. 2.

I tilfælde af at arbejdsgiveren kræver den ansatte testet, når der ikke er en saglig begrundelse, og vedkommende således er symptomfri, så gøres du igennem følgende studier bevidst om, at asymptomatisk smitte af Covid-19 er tæt på nul, hvis ikke dette:

...

Jeg gentager, at jeg, eller den jeg er væрге for, ikke vil testes og, at jeg er parat til med alle midler at gøre dig ansvarlig for din handling.

..."

Den 1. februar 2021 blev A bortvist som følge af hans fortsatte afvisning af at lade sig teste for covid-19. Af bortvisningsskrivelsen fremgik bl.a., at:

"...

Vi beklager at måtte meddele dig, at du bortvises fra din stilling som ejendomsfunktionær med øjeblikkelig virkning som følge af din væsentlige misligholdelse af din ansættelse.

Baggrund

Bortvisningen er begrundet i, at du ikke har efterkommet pålægget om at lade dig teste for COVID-19 og fortsat nægter at gøre det.

Ifølge lov om arbejdsgivers adgang til at pålægge lønmodtagere test for COVID-19, er du blevet pålagt at lade dig teste ugentligt og fremvise testresultatet til ejendomsmester C.

Grunden til, at BO-VEST pålægger dig at blive testet, er for at begrænse smitten i at sprede sig blandt medarbejdere og beboere i boligområdet. I takt med en stigende smittespredning af COVID-19, og myndighedernes anbefalinger er der behov for, at BO-VEST kan få sine medarbejdere testet for COVID-19 og få oplysning om testresultatet.

Pålægget er meddelt på intranettet den 20. januar 2021, samt ved mail samme dag fra direktør Ulrik Brock Hoffmeyer. Din ejendomsmester har tillige tidligere gjort dig bekendt med pålægget, hvortil du har meddelt, ved samtale den 25. januar 2021, at du nægter at efterkomme pålægget. Du har senest modtaget en skriftlig henvendelse af den 27. januar 2021, hvor du gøres bekendt med pålægget og de ansættelsesretlige konsekvenser ved ikke at efterkomme pålægget.

Ledelsen ser sig derfor nødsaget til at bortvise dig fra din stilling.

..."

Retsgrundlag

Lov nr. 1641 af 19. november 2020 om arbejdsgiveres adgang til at pålægge lønmodtagere at blive testet for covid-19 m.v. indeholder i §§ 1-5 følgende bestemmelser:

§ 1. *En arbejdsgiver kan i overensstemmelse med §§ 2-4 i denne lov pålægge en ansat hurtigst muligt at blive testet for covid-19 og at oplyse arbejdsgiveren om resultatet af testen.*

Stk. 2. En arbejdsgiver kan pålægge en ansat hurtigst muligt at give arbejdsgiveren oplysning herom, herunder om tidspunktet for testning, hvis den ansatte er testet positiv for covid-19.

Stk. 3. Denne lov finder ikke anvendelse, i det omfang der i anden særlig lovgivning eller bestemmelser fastsat med hjemmel heri er fastsat regler om test af ansatte for covid-19.

§ 2. *En arbejdsgiver kan alene pålægge en ansat at blive testet for covid-19, hvis det er sagligt begrundet i hensynet til at begrænse spredningen af smitte med covid-19, herunder arbejdsmiljøhensyn, eller i væsentlige driftsmæssige hensyn, der foreligger i relation til den pågældende virksomhed.*

Stk. 2. En arbejdsgiver skal skriftligt i overensstemmelse med gældende regler herfor informere den berørte ansatte om, at denne vil blive pålagt at blive testet for covid-19, og arbejdsgiverens begrundelse herfor. Informationen skal i overensstemmelse med relevant lovgivning og eventuelle overenskomster og aftaler desuden tilgå de ansatte via repræsentanter i samarbejdsudvalg m.v. eller via en arbejdsmiljørepræsentant. Arbejdsgiveren skal i overensstemmelse med gældende regler og aftaler høre samarbejdsudvalget.

§ 3. *En test pålagt af arbejdsgiveren skal så vidt muligt gennemføres i den ansattes sædvanlige arbejdstid. Er det ikke muligt at gennemføre en pålagt test i den ansattes sædvanlige arbejdstid, skal den ansatte kompenseres økonomisk for den tid, der bruges på testen. Endvidere skal den ansatte have dækket eventuelle rimelige udgifter, der afholdes i forbindelse med gennemførelsen af en pålagt test.*

§ 4. *En test pålagt af arbejdsgiveren skal gennemføres på betryggende måde i overensstemmelse med de regler og retningslinjer, som relevante myndigheder har fastsat herfor. Dette gælder, uanset om testen gennemføres på arbejdspladsen eller uden for arbejdspladsen. Udføres en pålagt test på arbejdspladsen af ansatte eller af arbejdsgiveren, kan en ansat, som ikke ønsker at blive testet af kolleger eller arbejdsgiveren, under forudsætning af at formålet med testen ikke forspildes helt eller delvis derved, blive testet uden for arbejdspladsen.*

§ 5. *En ansat, der ikke efterkommer et pålæg om test i overensstemmelse med §§ 1-4, vil kunne mødes med ansættelsesretlige sanktioner, hvis den ansatte i forbindelse med pålægget er blevet skriftligt oplyst om, at sådanne sanktioner kan tages i anvendelse, hvis pålægget ikke efterkommes.*

Stk. 2. En ansat, der ikke opfylder oplysningspligten efter § 1, stk. 2, kan mødes med ansættelsesretlige sanktioner."

Af de almindelige bemærkninger til det lovforslag, der ligger til grund for loven, fremgår bl.a. (Folketingstidende 2020-21, Tillæg A, Lovforslag nr. L 102):

"1. Indledning

Danmark og resten af verden står fortsat i en krise som følge af covid-19-pandemien. Målet i den danske håndtering af covid-19 er at holde aktiviteten i alle dele af samfundet så høj som muligt og samtidig holde smitten nede. Et stigende smittetryk nødvendiggør derfor tiltag, som kan inddæmme og afbøde de alvorlige konsekvenser af spredningen af covid-19 mest muligt i det danske samfund generelt. For at kunne opretholde aktiviteten mest muligt i samfundet er det afgørende, at der på landets arbejdspladser kan gennemføres tiltag og træffes nødvendige forholdsregler for at begrænse smitten mest muligt.

Det kan imidlertid ikke undgås, at smitten vil vise sig, hvorfor en helt central del af indsatsen mod covid-19 i Danmark er testning. Stigende smittespredning af covid-19 ses i flere brancher, fx på slagterier og på byggepladser, hvor ansatte smitter hinanden, herunder blandt vandrede arbejdstagere. Som følge heraf må virksomheder lukke ned, og ansatte må sendes hjem. Der er derfor et stigende behov for, at arbejdsgivere skal kunne få ansatte testet for covid-19 og få oplysning om resultatet af testen. Et krav om testning skal kunne tages i brug af arbejdsgiveren, hvis det er sagligt begrundet i hensynet til at begrænse spredningen af smitte med covid-19, herunder arbejdsmiljøhensyn, eller i væsentlige driftsmæssige hensyn."

Af lovforslagets bemærkninger til § 5 fremgår:

"Til § 5

Efter gældende ret bygger helbredsoplysningsloven på, at ansatte skal oplyses om de mulige konsekvenser ved ikke at efterkomme et retmæssigt pålæg fra arbejdsgiver.

Det foreslås i lovens § 5, at en ansat, der ikke efterkommer et pålæg om test i overensstemmelse med §§ 1-4, skal kunne mødes med ansættelsesretlige sanktioner, idet det dog er en betingelse for, at der kan anvendes ansættelsesretlige sanktioner, at den ansatte i forbindelse med, at arbejdsgiver pålægger test, skriftligt er blevet oplyst om, at sådanne sanktioner kan tages i anvendelse, hvis pålægget ikke efterkommes. Endvidere foreslås, at en ansat, der i medfør af § 1, stk. 2, er blevet pålagt hurtigst muligt at oplyse om et positivt testresultat, kan mødes med ansættelsesretlige sanktioner, hvis pålægget ikke efterkommes.

Den foreslåede adgang til at anvende ansættelsesretlige sanktioner, hvis et pålæg fra arbejdsgiver ikke efterkommes, er udtryk for et almindeligt ansættelsesretligt princip i den forstand, at en ansat inden for de for ansættelsesforholdet fastlagte rammer i medfør af ledelsesretten er forpligtet til at følge de anvisninger, som arbejdsgiver udstikker, og at det kan have konsekvenser i relation til ansættelsesforholdet, hvis anvisningerne ikke efterleves.

Baggrunden for at dette almindelige ansættelsesretlige princip foreslås kodificeret, er derfor primært at sikre, at det står så klart som muligt for ansatte, som ikke ønsker at lade sig teste eller ikke ønsker at oplyse om et positivt testresultat, hvad det kan have som konsekvens, hvis et pålæg herom fra arbejdsgiver ikke efterkommes.

Samme overvejelse gør sig gældende som begrundelse for, at det foreslås, at ansættelsesretlige sanktioner over for en ansat, som ikke efterkommer et pålæg om test, alene kan tages i anvendelse, hvis konsekvenserne af ikke at følge pålægget er gjort klart over for den ansatte.

I forhold til, hvilken ansættelsesretlig sanktion, der kan anvendes, er det ikke med dette lovforslag hensigten at ændre på, hvordan en arbejdsgiver efter

almindelige ansættelses- og arbejdsretlige regler, grundsætninger og principper kan reagere over for ansatte, som ikke følger arbejdsgivers anvisninger. Dette lovforslag ændrer heller ikke på, hvad der kan anses for en saglig afskedigelsesgrund.

Som eksempler på ansættelsesretlige sanktioner kan en påtale, en advarsel, hjemsendelse i en periode uden løn eller afskedigelse i overensstemmelse med de gældende rammer for ansættelsesforholdet, nævnes. På det overenskomstdækkede område vil der ofte være bestemmelser om, at en tillidsrepræsentant skal inddrages i forbindelse med anvendelse af ansættelsesretlige sanktioner, og på det offentlige område vil også forvaltningsretlige regler og praksis skulle iagttages i forbindelse med brug af en ansættelsesretlig sanktion."

OPMANDEN UDTALTE:

Sagen angår, om bortvisningen af A den 1. februar 2021 var uberettiget.

Følgende forløb lægges til grund ved sagens bedømmelse:

Den 20. januar 2021 meddelte ledelsen i BO-VEST til sine medarbejdere, herunder til A, at den havde besluttet, at medarbejdere, der møder fast ind på arbejde på ejendomskontorer mv., skal testes for covid-19 én gang om ugen.

Den 25. januar 2021 oplyste A over for sin umiddelbare chef, ejendomsleder C, at han ikke agtede at efterkomme pålægget om at lade sig teste. På den baggrund fik A den 27. januar 2021 udleveret et "pålæg om test for covid-19", hvoraf bl.a. fremgik, at testresultatet skulle fremvises mandag den 1. februar 2021, og at det kan "få ansættelsesretlige konsekvenser for dig i form af opsigelse eller eventuelt bortvisning", hvis han ikke efterkom pålægget.

Den 1. februar 2021 fastholdt A, at han ikke ville lade sig teste. Han blev herefter bortvist. I forbindelse med bortvisningen sendte A en "notifikation om ansvarspådragelse" – dateret den 31. januar 2021 – til driftschef i BO-VEST B, hvori han bl.a. anførte, at "jeg gentager, at jeg ... ikke vil testes, og at jeg er parat til med alle midler at gøre dig ansvarlig for din handling."

Under sagens behandling i Afskedigelsesnævnet har A som begrundelse for, at han ikke vil lade sig teste, henvist til sin personlige overbevisning, hvorefter han "ikke tror på det".

Klager har anerkendt, at pålægget til A er sagligt begrundet i hensynet til at begrænse spredningen af smitte med covid-19, herunder arbejdsmiljøhensyn, og i væsentlige driftsmæssige hensyn, jf. § 2 i lov om arbejdsgiveres adgang til at pålægge lønmodtagere at blive testet for covid-19 m.v.

Klager har endvidere ikke bestridt, at As nægtelse af at efterkomme pålægget om at lade sig teste kunne begrunde en opsigelse med sædvanligt varsel, men har bestridt, at nægtelsen kunne begrunde en bortvisning.

Til støtte for, at BO-VEST ikke var berettiget til at bortvise A, har klager navnlig anført, at bortvisningen var uproportional, og at BO-VEST ikke på tilstrækkelig klar måde havde advaret A om, at en fortsat nægtelse af at efterkomme pålægget ville resultere i en bortvisning.

Opmandens bedømmelse af sagen

A efterkom ikke pålægget om at fremvise et testresultat den 1. februar 2021, og han oplyste både den 25. januar og igen den 1. februar 2021 på forespørgsel, at han ikke ville lade sig teste. Afvisningen af at lade sig teste fremgår tillige af den notifikation om ansvarspådragelse, som A sendte til driftschefen i BO-VEST i forbindelse med bortvisningen.

As undladelse af at efterkomme pålægget om at lade sig teste har karakter af en lydighedsnægtelse, som efter det anførte må betegnes som klar og utvetydig.

Som følge af den manglende testning for covid-19 kunne A ikke anvendes til de dele af arbejdet, der indebar fysisk kontakt til andre, herunder til kolleger, beboere og håndværkere.

Under disse omstændigheder finder opmanden, at en bortvisning som reaktion på lydighedsnægtelsen ikke var uproportional. Det forhold, at BO-VEST ikke forsøgte at omorganisere arbejdet med henblik på så vidt muligt at beskæftige A udelukkende med opgaver, der ikke indebar fysisk kontakt til andre, kan ikke føre til en anden bedømmelse.

Efter § 5 i lov om arbejdsgiveres adgang til at pålægge lønmodtagere at blive testet for covid-19 m.v. er det en betingelse for, at det kan anvendes ansættelsesretlige sanktioner, at den ansatte i forbindelse med pålægget er blevet skriftligt oplyst om, at sådanne sanktioner kan tages i anvendelse, hvis pålægget ikke efterkommes. I det foreliggende tilfælde oplyste BO-VEST i pålægget af 27. januar 2021 A om, at det kunne få ansættelsesretlige konsekvenser "i form af opsigelse eller eventuelt bortvisning", hvis han nægtede at lade sig teste. Betingelserne i lovens § 5 for at anvende bortvisning som reaktion på As nægtelse af at efterkomme pålægget er herved opfyldt. Det bemærkes i den forbindelse, at loven ikke stiller krav om, at arbejdsgiveren allerede på tidspunktet for pålæggets udstedelse skal tage stilling til, præcis hvilken sanktion der vil blive bragt i anvendelse, hvis pålægget ikke efterkommes.

Som følge af det anførte kan bortvisningen af A ikke anses som uberettiget, og indklagedes påstand om frifindelse tages derfor til følge.

Klager skal betale opmandens honorar.

København, den 25. oktober 2021

Poul Dahl Jensen