

Twistighedsnævnet

K E N D E L S E

Afsagt af Twistighedsnævnet den 18. juli 2018 i sag 09.2018

A

Kristelig Fagforening v/ jurist Heidi Houmann Nonbo

mod

B

I sagens behandling har som faste medlemmer af Twistighedsnævnet deltaget landsdommer Ida Skouvig (formand), advokat Michael Hegelund Nielsen (DA) og advokat Berit Lassen (LO). Endvidere har som særligt sagkyndige medlemmer deltaget advokat Malene N. Bendixen, udpeget af Dansk Erhverv, og advokat Klara Hoffritz, udpeget af HK.

Denne sag drejer sig om manglende afregning af løn, herunder løn under ferie, af pension, feriepenge, fritvalgsoptjening og befordringsgodtgørelse.

A har ved sin faglige organisation, Krifa, ved klageskrift modtaget den 6. marts 2018 indbragt sagen for Twistighedsnævnet med påstand om, at B til hende skal betale 101.381,01 kr., subsidiært 96.607,41 kr., med procesrente fra sagens anlæg den 6. marts 2018.

Den principale påstand er opgjort således:

• pension (12 %)	41.270,78 kr.
• løn under ferie i ferieåret 2016/2017	16.665,50 kr.
• fritvalg	7.347,93 kr.
• feriefritdag	7.846,30 kr.
• befordringsgodtgørelse	8.330,00 kr.
• feriegodtgørelse optjent i 2016 (15 dage)	14.320,80 kr.

Den subsidiære påstand er opgjort på samme måde med den ændring, at feriegodtgørelsen optjent i 2016 er opgjort til 9.547,20 kr. (10 dage).

B har nedlagt påstand om frifindelse.

Sagen har været behandlet mundtligt på et møde i Twistighedsnævnet den 20. juni 2018.

Sagsfremstilling

Den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet er Funktionæroverenskomsten for Handel, Viden og Service mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og HK/Privat og HK Handel. Overenskomsten er ikke tiltrådt af virksomheden.

B, indgik den 12. maj 2015 en aftale med Jobcenteret i Mariager Fjord Kommune om etablering af virksomhedspraktik for A, født den 4. marts 1982, i perioden fra den 18. maj 2015 til den 21. juni 2015. Aftalen blev efterfølgende forlænget i to omgange, senest til den 29. november 2015. Den 24. november 2015 blev der mellem A og B indgået en uddannelsesaftale, hvorefter A skulle uddannes som kontorassistent med uddannelsesperiode fra den 1. december 2015 til den 5. august 2017. Aftalen blev indgået ved brug af Undervisningsministeriets blanket, hvoraf bl.a. fremgår, at lønnen mindst skal udgøre den løn, der er fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet, jf. erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2. Rubrikkerne til brug for oplysning om lønnens størrelse var ikke udfyldt.

Mandag den 10. juli 2017 i uge 28 sendte A kl. 8.32 en sms til B, hvoraf fremgik, at hun desværre ikke kunne komme i dag, da hun var ramt af en omgang maveinfluenza. Samme dag skrev B tak for beskeden og ønskede hende god bedring. Tirsdag den 11. juli 2017 kl. 8.33 sendte A endnu en sms til B, hvoraf fremgik, at hun fortsat var syg, og at hun derfor heller ikke kom denne dag. Samme dag kl. 9.57 skrev B herefter følgende til A:

”Godmorgen

Det er ikke nødvendigt, at du meddeler os at du er syg A. Det var din sidste arbejdsdag i går!

Ifølge vores snak i fredags, afvikler du ferie frem til du stopper d. 5. august. Jeg havde selvfølgelig gerne set en opgørelse over hvor meget ferie du har til gode. Men da du ikke har fremsendt en opgørelse, formoder jeg, at du har 5 ugers ferie til gode, selvom du har haft en del fridage.

Du kan kigge forbi med USB stikket med de forskellige skemaer m.v. ved lejlighed.

...”

Samme dag kl. 12.25 sendte jurist N1, Krifa, en mail til B, hvoraf fremgik, at hun forgæves havde forsøgt at ringe til ham for at tale med ham om A, og at hun gerne ville ringes op. Efter at B den 12. juli 2017 10.04 sendte en mail om, at han forgæves havde forsøgt at kontakte N1, sendte N1 den 12. juli 2017 en mail til B, hvoraf bl.a. fremgik følgende:

”For god ordens skyld vil jeg allerede nu meddele dig, at A på nuværende tidspunkt fortsat er sygemeldt. Efter din og As mundtlige aftale af den 30-06-17 har A alene holdt ferie i uge 27.”

B skrev herefter den 12. juli kl. 15.39 følgende til N1:

”...

Og så lige for at få det sat på plads. A er IKKE sygemeldt herfra. A er stoppet, men afholder sin ferie frem til hun er færdig med sin uddannelse her i firmaet d. 5. august d.å.

...

A skulle være stoppet fredag d. 30. juni, men dog igen mødt op efter hendes ferie i uge 27, i mandags, som den sidste dag, for at aflevere nøgler, USB stik m.v.

A har ikke på forlangende kunne redegøre for hvor meget ferie hun har til rest, så derfor blev det besluttet, at hun holder de maksimale antal uger, som hun kan have krav på iht. Ferieloven.”

Af en lægeerklæring af 12. juli 2017 om uarbejdsdygtighed fremgår, at A som følge af sygdom var uarbejdsdygtig fra den 10. juli 2017 og 3-4 uger frem.

Efterfølgende sendte Krifa på vegne af A en opgørelse til B over det krav, som hun gjorde gældende. Da B bestred kravet, bad Krifa Det faglige udvalg om at afholde et forligsmøde. B oplyste over for Krifa, at han ikke havde mulighed for at deltage i mødet, og den 10. januar 2018 afgav Det faglige udvalg en erklæring om, at sagen kunne indbringes for Tvistighedsnævnet. Sagen blev herefter indbragt for nævnet den 6. marts 2016.

Der er for Tvistighedsnævnet fremlagt lønsedler, hvoraf bl.a. fremgår, at A er trukket i løn for 5 ugers ferieafholdelse i 2016. Der er mellem parterne enighed om, at A har fået udbetalt løn i uge 28-31 i 2017. Parterne har fremlagt hver sin opgørelse over de dage, hvor A har været fraværende fra virksomheden i 2017. Ifølge As opgørelse har hun inkl. afholdelse af ferie i uge 27 i 2017 brugt 10 feriedage, mens hun ifølge Bs opgørelse inkl. afholdelse af ferie i uge 27 i 2017 har brugt 18 feriedage. Der er endvidere fremlagt en oversigt over As skoleophold.

Retsgrundlaget

Af ferielovens § 9 fremgår bl.a. følgende:

” Elever med uddannelsesaftale efter lov om erhvervsuddannelser har ret til betalt ferie i 25 dage i det første og andet hele ferieår, efter at ansættelsesforholdet er begyndt. Arbejdsgiveren betaler løn under ferien, i det omfang eleven ikke har optjent ret til løn under ferie eller feriegodtgørelse.

...”

Af erhvervsuddannelseslovens § 55 fremgår bl.a.:

”Uddannelsesaftalen skal angive den løn, praktikvirksomheden skal betale til elever under praktikophold samt under skoleophold, der er omfattet af aftalen.

Stk. 2. Lønnen skal mindst udgøre den løn, der er fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet.

...”

Forklaringer

A har forklaret bl.a., at hun havde en bachelor i erhvervsjura, men at hun havde været ledig siden 2013. Jobcenteret ønskede, at hun kom i virksomhedspraktik, og hun kontaktede derfor B. B var i tvivl, om der var opgaver til hende i virksomheden, og de aftalte derfor, at hun i første omgang skulle i virksomhedspraktik gennem Jobcenteret. Under virksomhedspraktikken modtog hun kontanthjælp. Efter at virksomhedspraktikken var blevet forlænget et par gange, talte hun og B om muligheden for, at hun kunne blive uddannet som ejendomsmægler. Da der ikke kunne gives tilskud til det, indgik hun og B en aftale om, at hun i stedet skulle have en plads som kontorelev. Aftalen blev indgået med bistand fra N2 fra erhvervsskolen. Der blev ikke talt om løn eller andre vilkår i den forbindelse. N3 fra Jobcenteret sagde til hende, at hun fremover skulle have elevløn i stedet for kontanthjælp, og at det var B, der skulle betale lønnen. Hun fik at vide, at hun skulle have 17.000 kr. i løn. Hun blev først klar over, at der var noget galt med aflønningen, da hun i forbindelse med elevaftalens udløb havde kontakt med Krifa, som foretog et løntjek. Hun havde dog undervejs i forløbet undret sig over, at hun ikke fik udbetalt kørselsgodtgørelse efter skoleophold. Hun havde i forbindelse med skoleopholdene udfyldt sedler om sin kørsel og afleveret dem på skolens kontor, men hun fik ingen penge fra B. Hun kørte fra X til X og retur. Der er 40 km hver vej. Hun blev trukket i løn for de uger, hvor hun holdt ferie i ferieåret 2016/2017. Da hun spurgte B om, hvorfor hun blev trukket i løn, fik hun det svar, at hun ikke havde krav på ferie med løn, da hun havde

været ledig inden ansættelsen, og at det var en del af kommunens tilskud til hendes uddannelse, at han ikke skulle betale for hendes ferie. Hun havde ikke optjent ferie i 2015 til brug for ferieåret 2016/2017, idet hun havde været på kontanthjælp. Hun drøftede ikke spørgsmålet om pension med B. Den 30. juni 2017 holdt hun et møde med B. Under mødet blev hun orienteret om, at der ikke var økonomi i firmaet til, at hun kunne fortsætte efter uddannelsesaftalens udløb, og de talte derfor om, at hun skulle afvikle sin ferie, inden hun stoppede. Hun sagde, at hun gerne ville tale med Krifa om det først, bl.a. fordi hun ikke vidste, hvor meget ferie hun havde. Hun aftalte derfor alene med B, at hun skulle holde ferie i uge 27 i 2017, dvs. fra den 3. -9. juli 2017. Hun havde bedt om ferie i den uge, fordi hun skulle flytte. Den 10. juli 2017 skulle hun derfor være mødt på arbejde igen, og da hun blev syg, sendte hun sms'en derom. Hun og B havde ikke aftalt, at hun skulle afvikle resten af sin ferie frem til uddannelsesaftalens udløb, og da hun fik hans sms besked om, at det skulle være aftalt, kontaktede hun straks Krifa. Hun blev chokeret over beskeden. Da Krifa herefter tog over, gjorde hun ikke selv yderligere i forhold til B. Hun havde i et excel ark ført sit eget regnskab over, hvor meget ferie hun havde holdt. Det gjorde hun, fordi virksomheden ikke selv førte et regnskab, og det havde tidligere givet anledning til uenighed om hendes tilgodehavende ferie. Af det regnskab, hun havde ført, fremgik også, hvornår hun i øvrigt havde været fraværende, fx i forbindelse med aflæggelse af fagprøve. Hun førte regnskabet løbende.

B har forklaret bl.a., at han i starten af 2015 blev kontaktet af A om muligheden for et arbejde. A kom sammen med sin mand, som han kendte, og derfor prøvede han at finde en løsning. Virksomheden havde ikke økonomi til at ansætte A, men han kontaktede kommunen, og der blev indgået en aftale om ulønnet virksomhedspraktik. Muligheden for en ejendomsmægleruddannelse blev drøftet, men det endte med, at han indgik en aftale med N3 fra Jobcenteret om, at han skulle tage A som kontorelev. A skulle have 17.000 kr. i løn om måneden. Han sagde i den forbindelse til N3, at han ikke havde råd til at betale mere end 10.000 kr. om måneden, og aftalen blev derefter, at kommunen skulle betale et månedligt tilskud på 6.500 kr. A var ikke med til den drøftelse, men N3 drøftede det efterfølgende med A. Det var N3, der udfyldte uddannelsesaftalen. I det første år trak han A i løn, når hun holdt ferie, idet hun ikke havde optjent ferie med løn. Han har modtaget refusion fra AUB i anledning af As skoleophold. Han har ikke udbetalt kørselsgodtgørelse til A, fordi aftalen var, at hun alene skulle have sin løn. Der blev ført et regnskab over fravær på kontoret, og han har på baggrund heraf lavet sin opgørelse over As fravær. Han har ved opgørelse også medtaget afspadsring og fravær i forbindelse med fagprøven. Baggrunden for, at hans opgørelse er skrevet i hånden, er, at der ikke kunne laves en udskrift af den elektroniske registrering, men opgørelsen kan bekræftes af hans medarbejdere.

Fredag den 30. juni 2017 holdt han et møde med A, hvorunder han orienterede hende om, at han som følge af virksomhedens økonomi ikke kunne tilbyde hende fortsat ansættelse. Han havde forinden bedt hende om at opgøre sin resterende ferie med henblik på, at hun afviklede den inden uddannelsesaftalens udløb. Da hun ikke havde lavet en opgørelse, sagde han til hende, at de så måtte lægge til grund, at hun havde 5 uger tilbage, og at hun derfor skulle holde ferie fra den 2. juli 2017 til uddannelsesaftalens udløb den 5. august 2017. Det var hans opfattelse, at A selv havde ansvaret for at opgøre sin tilgodehavende ferie. De aftalte desuden, at hun skulle aflevere sin nøgle og et USB stik efter uge 27. Han husker ikke, hvorfor A først skulle aflevere sine ting efter uge 27. A sagde ikke noget om, at hun først skulle drøfte situationen med Krifa. Han mener ikke, at der var grund til at minde A om aftalen om ferie, da hun sendte sms'en af 10. juli 2017 med sygemeldingen. A mødte normalt kl. 9.00.

N3 har forklaret bl.a., at han var ansat på Jobcenteret. Hans opgave var at fungere som sparringspartner for virksomhederne, og han var på ingen måde As forlængede arm. Han hjalp som mediator med at få indgået en uddannelsesaftale mellem B og A, og han var ikke en forhandlingspart. A var vokselev, og det er lovbestemt, hvor stort et løntilskud kommunen kan give i den situation. Tilskuddets størrelse var derfor ikke til forhandling. Lønnen til en vokselev fremgår af den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet, og den var derfor heller ikke til forhandling. Han husker ikke, om han har oplyst B

om størrelsen af lønnen efter den kollektive overenskomst. Det er rigtigt, at økonomien var et tema under drøftelserne mellem ham og B, men han har ikke indgået en aftale med B om, at A kun skulle have 17.000 kr. i løn, eller at uddannelsesaftalen maksimalt måtte koste B 10.000 kr. Det er ikke ham, der har udarbejdet uddannelsesaftalen, og han ved ikke, hvem der har lavet den. Det kan fx være N2 fra erhvervsskolen.

Procedure

A har til støtte for sin påstand i sit processkrift navnlig gjort gældende,

at Bs aftaler med Jobcenteret er uegentlige tredjemandsaftaler, som er retsforholdet mellem hende og B uvedkommende

at det fremgår af den underskrevne uddannelsesaftale, at overenskomsten mellem HK og Dansk Erhverv for området (funktionæroverenskomsten) finder anvendelse

at retten til løn og løndele efter sædvanlig overenskomst for området følger af erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, som er præceptiv og derfor ikke kan fraviges ved aftale

at hun efter lov om erhvervsuddannelser og ferielovens § 9, stk. 1, havde ret til betalt ferie i 25 dage i det første og andet hele ferieår, efter at ansættelsesforholdet var begyndt, og at B skulle betale løn under ferien, i det omfang hun ikke har optjent ret til løn under ferie eller feriegodtgørelse

at hun – såfremt det lægges til grund, at der var indgået aftale om ferie ud over uge 27 i 2017, som anført i den subsidiære påstand er omfattet af ferielovens § 13, stk. 3, og dermed mindst har krav på erstatningsferie fra den 16. juli 2017, idet hun har opfyldt kravene hertil, og

at hun har ret til kompensation for ikke afholdte feriefridage i overensstemmelse med funktionæroverenskomstens § 12, stk. 8.

B har til støtte for sin påstand navnlig anført,

at uddannelsesaftalen blev indgået på baggrund af den aftale, der blev indgået mellem B og N3

at det var en væsentlig, kendelig og relevant forudsætning for B, at uddannelsesaftalen alene måtte belaste virksomheden med samlet 10.500 kr. pr måned, og at såvel Jobcenteret som A var bekendt med og accepterede, at den kollektive overenskomst derved blev fraveget ved indgåelsen af uddannelsesaftalen

at Jobcenteret og A gennem hele uddannelsesforløbet var bekendt med og accepterede, at der ikke skete aflønning i overensstemmelse med overenskomsten

at A har afholdt ferie i overensstemmelse med ferieloven, herunder fra den 2. juli til den 5. august 2017, og at hun har modtaget de ydelser, som hun har krav på efter lovgivningen.

Twistighedsnævnets begrundelse og resultat

Ferieåret 2016/2017

En elev har efter ferielovens § 9, stk. 1, ret til betalt ferie i det første og andet hele ferieår efter ansættelsen, og arbejdsgiveren skal betale løn under ferien i det omfang, eleven ikke har optjent ret til løn under ferien eller feriegodtgørelse. A, der i en årrække forud for ansættelsen som elev havde modtaget kontanthjælp, havde ikke optjent ret til ferie eller feriegodtgørelse og havde derfor krav på at modtage løn under ferien i ferieåret 2016/2017. Kravet om manglende løn under ferien i 2016 tages derfor til følge.

Ferieåret 2017/2018

Efter indholdet af den fremlagte sms- og mailkorrespondance sammenholdt med forklaringen fra A lægger Tvistighedsnævnet til grund, at der blev indgået en aftale om, at A afholdt ferie i uge 27, og at hun derefter skulle møde på arbejde den 10. juli 2017, hvor hun meldte sig syg. Bs forklaring om, at der den 30. juni 2017 blev indgået en aftale om, at A skulle holde ferie frem til uddannelsesaftalens ophør og således afvikle 5 ugers ferie, kan ikke heroverfor tillægges vægt. Tvistighedsnævnet har herved lagt vægt på, at B ikke alene ved sin egen forklaring har løftet bevisbyrden for indgåelsen af en sådan aftale, og at forklaringen herom i øvrigt ikke stemmer overens med den øvrige bevisførelse, herunder navnlig sms-korrespondancen mellem B og A.

Tvistighedsnævnet lægger derfor til grund, at A skulle være mødt på arbejde den 10. juli 2017, men at hun som følge af en sygemelding var fraværende fra den 10. juli til uddannelsesaftalens udløb den 5. august 2017. Hun har derfor krav på feriegodtgørelse for sin restferie.

Restferien kan i overensstemmelse med As oplysninger opgøres til 15 dage. Tvistighedsnævnet har herved lagt vægt på, at B ikke har fremlagt en udskrift af virksomhedens elektroniske registrering af ferieregnskabet, men alene en håndskreven opgørelse, der efter hans egen forklaring også omfatter afspadsering og frihed til gennemførelse af fagprøven.

Øvrige krav

Lønnen til en elev skal efter erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, mindst udgøre den løn, der er fastsat ved den kollektive overenskomst. A, der er vokselev, har derfor krav på at blive aflønnet i overensstemmelse med Funktionæroverenskomsten for Handel, Viden og Service mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og HK/Privat og HK Handel, der er den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet. Denne ret kan ikke fraviges ved aftale, og det, som B har forklaret om en aftale om aflønning med et mindre beløb, kan allerede af den grund ikke føre til et andet resultat.

Retten til løn omfatter alle løndelev, herunder pension, fritvalgsopsparing, feriefridage og befordringsgodtgørelse. A har derfor krav på disse løndelev.

Vedrørende kravet på pension bemærker Tvistighedsnævnet, at virksomheden skal betale både sit eget pensionsbidrag og As bidrag. Tvistighedsnævnet har herved lagt vægt på, at virksomheden, der har udbetalt As eget pensionsbidrag til hende sammen med lønnen, ikke kan anses for at have udbetalt dette beløb med frigørende virkning. A har derfor krav på at få dette beløb betalt på ny til sin pensionsordning, jf. Højesteretsdom af 20. august 2014 i sag 337/2012, gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2014 side 3363 H. Der er ikke oplyst om forhold, der giver grundlag for at antage, at virksomheden har krav på tilbagebetaling af det for meget udbetalte beløb efter princippet om *condictio indebiti*.

Opgørelsen af kravet

Det beløb, som Krifa har opgjort, udgør efter Tvistighedsnævnets skøn samlet set ikke et højere beløb end det, som A på baggrund af det ovenfor anført har krav på efter overenskomsten. Herefter, og da B ikke er fremkommet med bemærkninger til opgørelsen af kravet, tager Tvistighedsnævnet As krav til følge med 101.381,01 kr. med renter som nedenfor bestemt.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part.

T h i b e s t e m m e s:

Ejendomsmægler B skal inden 14 dage til A betale 101.381,01 kr. med procesrente fra sagens indbringelse for nævnet den 6. marts 2018.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part.

Denne kendelse kan inden 8 uger efter nævnets afgørelse indbringes for domstolene. Såfremt sagen indbringes for domstolene, anmoder Tvistighedsnævnet om at blive orienteret.