

Tvistighedsnævnet

K E N D E L S E

Afsagt af Tvistighedsnævnet den 10. september 2020 i sag 10.2020

A

v/ advokat Klara Hoffritz, HK Privat

mod

B

I sagens behandling har som faste medlemmer af Tvistighedsnævnet deltaget landsdommer Ida Skouvig (formand), advokat Elisabeth la Cour (DA) og advokat Pernille Leidersdorff-Ernst (FH). Endvidere har som særligt sagkyndige medlemmer deltaget advokat Anders Feldt, udpeget af Dansk Erhverv, og faglig sekretær, Monica J. Hougaard, udpeget af HK.

Denne sag drejer sig navnlig om en funktionæransat elevs ophævelse af uddannelsesaftalen og godtgørelse og erstatning i anledning heraf. Endvidere drejer sagen sig om godtgørelse efter ansættelsesbevisloven.

Klager, A, har ved sin faglige organisation, HK Privat, ved klageskrift modtaget den 14. februar 2020 indbragt sagen for Tvistighedsnævnet med påstand om, at indklagede, B, CVR nr. xxxxxxxx, skal betale 292.061,78 kr. til ham, hvoraf 12.391,90 kr. skal indsættes på klagers pensionsordning, subsidiært et mindre beløb, med tillæg af procesrente af 9.414,89 kr. fra den 31. august 2018, af 1.798,09 kr. fra den 30. september 2018, af 1.839,02 kr. fra den 31. oktober 2018, af 1.798,09 kr. fra den 30. november 2018, af 1.798,09 kr. fra den 31. december 2018, af 1.798,09 kr. fra den 31. januar 2019, af 1.798,09 kr. fra den 28. februar 2019, af 1.924,45 kr. fra den 31. marts 2019, af 1.924,45 kr. fra den 30. april 2019, af 1.924,45 kr. fra den 31. maj 2019, af 1.924,45 kr. fra den 30. juni 2019, af 18.967,26 kr. fra den 31. juli 2019, af 25.616,95 kr. fra den 31. august 2019, af 56.864,67 kr. fra den 10. september 2019, af 148.830,53 kr. fra den 16. september 2019 og af 13.840,20 kr. fra den 30. september 2019.

Påstanden er opgjort således:

- | | |
|---|---------------|
| • erstatning for løn mv. i opsigelsesperioden, jf. funktionærlovens § 3 | 88.627,61 kr. |
| • godtgørelse efter funktionærlovens § 2b | 34.302,53 kr. |
| eller | |
| • godtgørelse efter erhvervsuddannelsesloven | 53.000,00 kr. |
| • manglende løn | 62.787,59 kr. |

• manglende gymnasial tillæg	15.148,73 kr.
• pension af ferie	2.148,52 kr.
• manglende fritvalgskonto	8.430,27 kr.
• feriefri fridage 2019	5.054,40 kr.
• manglende overarbejdsbetaling	46.864,67 kr.
• mangelfuldt ansættelsesbevis	10.000,00 kr.

B har fået tilsendt klageskriftet via e-Boks og blev i første omgang indkaldt til møde i Tvistighedsnævnet ved postforkyndt meddelelse. Efter en udsættelse af sagen som følge af Corona blev indklagede indkaldt til nyt møde via e-Boks. Tvistighedsnævnet finder på denne baggrund, at indklagede i fornødent omfang er orienteret om sagen og om mødetidspunktet.

Sagen har været behandlet mundtligt på et møde i Tvistighedsnævnet den 12. august 2020. Indklagede har ikke givet møde og har heller ikke afgivet svarskrift.

Sagsfremstilling

Den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet er Funktionæroverenskomsten for Handel, Viden og Service.

Virksomheden er ikke via medlemskab af en organisation omfattet af overenskomsten. Virksomheden har heller ikke i øvrigt tiltrådt overenskomsten.

Mellem A, født den 24. september 1988, og B A/S, CVR nr. xxxxxxxx, blev der den 29. juni 2018 indgået en uddannelsesaftale, hvorefter A skulle uddannes som handelsassistent inden for salg med specialet auto. Aftalen vedrørte perioden fra den 1. august 2018 til den 1. august 2020. I aftalen var anført, at lønnen udgjorde 19.500 kr. pr. måned, og der var sat kryds i rubrikken, hvorefter lønnen er højere end den gældende mindstebetaling. Rubrikken om den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet var af erhvervsskolen udfyldt med teksten ”følger HK”. Den normale arbejdstid var angivet som 37 timer.

Den 4. april 2019 blev A sygemeldt. Ved sms'er af 9. og 11. april 2019 til N1 hos indklagede orienterede han om, at sygemeldingen skyldtes stress, og at han indtil videre var sygemeldt til den 13. maj 2019. A havde i den følgende periode kontakt med Jobcenteret, der i en plan af 6. juni 2009 for ham blandt andet, anførte, at han havde oplyst, at han ønskede at holde ferie fra den 28. juni 2019 til den 30. juli 2019, hvor familien havde planlagt rejse til Makedonien. Den 25. juni 2019 sendte N1 en sms til A om, at han havde forsøgt at kontakte ham, og at han gerne ville ringes op. A holdt ferie i juli 2019. Under ferien modtog han den 10. juli 2019 en mail fra N1 som skrev, at han hele ugen havde forsøgt at kontakte ham, og at han gerne ville have, at han ringede tilbage. Samme dag svarede A, at han var på ferie og derfor ikke havde sit simkort i telefonen, men at han kunne kontaktes pr. mail. N1 skrev herefter den 10. juli 2020:

”På ferie – hvor længe har du været på ferie og hvorfor er vi ikke orienteret herom? Vi aftalte sidst, at du skulle ringe til mig efter weekenden.”

A svarede herefter samme dag følgende:

”Vi har før min sygemelding i lang tid snakket om at jeg skulle på ferie. Og jeg nævnte flere gange over for dig at jeg skulle have ferie fra d. 28/6 til d. 30/7. Jeg bad dig om at notere det ned flere gange, og skrev det på en seddel, hvor du sagde det ikke er nødvendigt, og at jeg bare skulle tage af

sted. Så jeg kan ikke forstå det kommer bag på dig at jeg holder ferie.

Herefter svarede N1 følgende:

”Vores procedure som dig bekendt er, at vi notere alle ferie samt fridage i fælleskalender. Dette gælder også dig! Hvornår er din ferie slut?”

A svarede herefter:

”Klart det også gælder mig, men det er ikke min skyld at du ikke notere det ned, når jeg siger det til dig. Du blev informeret da jeg havde købt billetter til rejsen. Jeg har flere gange klart og tydeligt sagt det til dig, men du sagde ”amo amo det er fint nok” og det er det åbenbart ikke nu.

Vi blev enige om at jeg skulle kontakte dig efter 1 måned sidst vi snakkede sammen.

Min ferie er slut d. 30/7.!”

A blev for juli måned trukket i løn svarende til 3 uger. Det fremgik ikke af lønsedlen, hvorfor lønnen var reduceret.

Den 7. august 2019 sendte N1 ham en mail med følgende ordlyd:

”Jeg venter stadig på dit opkald, jf. vores korrespondance”.

Da A ikke modtog løn for august, rykkede han ved mail af 1. september 2019 virksomheden. Af mailen fremgik, at han ville kontakte sin fagforening, hvis han ikke fik sin løn inden 3 dage. Ved mail af 2. september 2019 til virksomheden bad A om at få oplyst, hvorfor han ikke fik sin løn. Da han fortsat ikke fik sin løn, kontaktede han HK, der ved brev af 10. september 2019 rykkede virksomheden for lønnen og samtidig oplyste, at uddannelsesaftalen ville blive ophævet, hvis kravet ikke blev betalt inden 5 dage. Da kravet ikke blev betalt inden den fastsatte frist, ophævede HK den 16. september 2019 på vegne af A uddannelsesaftalen med henvisning til, at den manglende lønudbetaling udgjorde en grov misligholdelse af uddannelsesaftalen. Sagen blev herefter indbragt for Det faglige Udvalg for Handelsuddannelsen. Da virksomheden ikke gav møde i Det faglige udvalg, afgav udvalget den 5. december 2019 en erklæring om, at sagen ikke kunne forliges, og sagen blev derefter indbragt for Tvistighedsnævnet.

Der er for Tvistighedsnævnet fremlagt lønsedler og beregningsark vedrørende opgørelsen af kravet. Der er endvidere fremlagt et eksamensbevis, hvoraf fremgår, at A har bestået Højere Handelseksamen (HHX).

Retsgrundlaget

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.”

Af erhvervsuddannelseslovens § 60 fremgår, at en uddannelsesaftale er uopsigelig efter udløbet af en prøvetid på 3 måneder, Af erhvervsuddannelseslovens § 61 fremgår endvidere følgende:

”Misligholder en af parterne i uddannelsesaftalen væsentligt sine forpligtelser, kan den anden part hæve.

Stk. 2. Hvis en væsentlig forudsætning for aftaleindgåelsen viser sig at være urigtig eller senere brister, kan parten hæve aftalen.”

Forklaringer

A har forklaret, at han kom i kontakt med B via en kammerat, der var ansat som mekaniker. Han var til jobsamtale hos N1, som er den reelle ejer. Der blev ikke under samtalen talt om overenskomst, og da han efterfølgende spurgte, om han fik pension af lønnen, var svaret nej. Først senere, da mekanikerne rejste krav om pension, begyndte han at få pension. Direktøren, N2, underskrev uddannelsesaftalen, men han var alene stråmand for N1 og havde ikke i øvrigt noget med driften af virksomheden at gøre.

Han blev som følge af sin alder ansat som vokselev. I forbindelse med ansættelsessamtalen fik han at vide, at han skulle arbejde mandag til fredag fra kl. 9-17.30. Da han startede i virksomheden, fik han imidlertid at vide, at han også skulle arbejde hver søndag fra kl. 11-15. Han arbejdede herefter mandag til fredag fra kl. 9-17.30 og hver søndag fra kl. 11-15. Der var ikke mulighed for at afspadsere, og han havde heller ikke mulighed for at holde fri, idet han fik at vide, at der i så fald ikke var nogen til at passe butikken.

B arbejdede med kommissionssalg af biler, ligesom virksomheden leasede biler ud. Der var desuden et værksted, hvor bilerne klargøres. Der var i alt 12-14 ansatte. Kommissionssalget foregik på den måde, at virksomheden kontaktede personer, der havde deres bil til salg på nettet, og tilbød at sælge bilen i kommission. Når bilen var solgt, modtog virksomheden salgssummen og videregav den til sælger.

Han var reelt den eneste, der havde kontakt til sælgeren. Mens han var ansat i virksomheden, var det ofte sådan, at salgssummen først blev videresendt til sælgeren, når denne flere gange havde rykket. Ofte fik han besked på at sige til en sælger, der rykkede for pengene, at pengene ikke var modtaget fra køberen endnu, selv om pengene stod på virksomhedens konto. Han henvendte sig til N1 derom, men fik ingen hjælp.

I begyndelsen gik det fint med at være i virksomheden, men efterhånden kunne han begynde at mærke, at han arbejdede for meget. N1 var desuden meget manipulerende, og ofte svinede N1 ham til. Fx sagde N1 ved en lejlighed til ham, at han håbede, at han kørte galt, når han skulle køre hjem. Det gik ham også meget på, at han skulle håndtere de utilfredse kunder alene. Det endte derfor med, at han blev sygemeldt med stress og depression.

I forbindelse med sin sygemelding havde han både kontakt til sin læge og til kommunen. Sammen med kommunen arbejdede han på at få afklaret, om han kunne vende tilbage til virksomheden. Det er hans opfattelse, at kommunen udbetalte sygedagpenge til virksomheden. Efter at han havde været sygemeldt et stykke tid, aftalte han med N1, at han skulle komme til et møde på virksomheden. N1 dukkede imidlertid aldrig op til mødet. Han husker ikke, om han talte med N1 i forbindelse med, at N1 sendte sms'en af 25. juni 2019.

Han havde inden sin sygemelding aftalt med N1, at han kunne holde ferie i juli 2019. Han indgik aftalen, inden han bestilte billetterne. Han skulle med sin familie til Makedonien, hvor han oprindeligt kom fra. N1 sagde, at det ikke var noget problem. Da N1 ikke skrev noget ned om det, lagde han selv en seddel på N1's kontor med datoerne. Han blev sygemeldt inden ferien. Hans psykolog anbefalede ham at afholde ferien, og kommunen godkendte, at han tog afsted. N1 ringede ikke til ham under ferien, og den eneste kontakt var således mailkorrespondancen den 10. juli 2019.

Da han modtog sin lønseddel for juli, kunne han se, at han ikke havde fået fuld løn, men han tænkte ikke på det tidspunkt nærmere over det, idet han gik ud fra, at det havde noget at gøre med, at han havde holdt ferie. Da han ikke fik løn for august, prøvede han at ringe til virksomheden, men telefonen blev ikke taget. Han vil tro, at de kunne se, at det var ham, der ringede. Han kontaktede derfor HK, og på HK's anbefaling sendte han en mail til virksomheden. Da det heller ikke førte til noget, overtog HK sagen. Han kan ikke huske, om han havde kontakt med N1 i anledning af den mail, som N1 sendte den 7. august 2019, men han har i hvert fald ikke haft kontakt med ham efterfølgende. Da lønnen fortsat ikke blev betalt, hævede HK uddannelsesaftalen.

Han har efterfølgende fået det bedre og er ikke længere i behandling for depression. Han har ikke fundet en ny elevplads, og han har således ikke kunnet færdiggøre sin uddannelse.

Procedure

A har til støtte for sin påstand navnlig anført, at han som følge af sin sygdom havde lovligt forfald, og at han havde krav på løn under sin sygdom. Den manglende lønbetaling indebar en misligholdelse af uddannelsesaftalen, og han var derfor berettiget til at hæve uddannelsesaftalen. Han skal stilles som om afskedigelsen er sket ensidigt fra arbejdsgivers side, da arbejdsgiveren ikke må stilles bedre af, at han har ophævet uddannelsesaftalen som følge af arbejdsgivers forhold, end hvis arbejdsgiver selv havde hævet.

Han var ansat som handelsassistentelev, og han er derfor omfattet af funktionærloven. Hans lønkrav er opgjort i overensstemmelse med den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet sammenholdt med funktionærloven. Han har desuden enten krav på godtgørelse for usaglig afskedigelse efter funktionærlovens § 2 b eller godtgørelse efter erhvervsuddannelsesloven for tab af uddannelsesgode. Han har gennemført en HHX og har derfor efter overenskomsten krav på et månedligt tillæg herfor. Han har ikke afholdt sine feriefridage. Kravet på overarbejdsbetaling vedrører en halv times ugentlig overarbejde mandag til fredag og overarbejde med 4 timer hver søndag. Betalingen af overarbejdet søndag er beregnet med 100%, idet det lå ud over den aftalte arbejdstid, der var placeret mandag til fredag.

Han har endvidere krav på godtgørelse efter ansættelsesbevisloven, idet uddannelsesaftalen ikke angiver, hvilken overenskomst der var gældende inden for uddannelsesområdet. Det indebar, at han ikke var bekendt med, at hans løn og løngoder fulgte af en overenskomst. Den manglende henvisning har været vildledende, og godtgørelsen kan derfor passende fastsættes til 10.000 kr.

Vedrørende forrentningen af kravet er anført, at der kræves rente fra ophævelsen vedrørende kravet på erstatning efter funktionærlovens § 3 og kravet om godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b eller erhvervsuddannelsesloven. Kravet vedrørende overarbejde og kravet vedrørende godtgørelse efter ansættelsesbevisloven kræves forrentet fra kravenes fremsættelse den 10. september 2019. Lønkravet kræves forrentet fra de enkelte ydelsers forfaldstidspunkt.

Tvistighedsnævnets begrundelse og resultat

Lønkravet

Efter forklaringen fra A sammenholdt med sagens dokumenter lægger Tvistighedsnævnet til grund, at A, der var sygemeldt fra sit arbejde, var berettiget til at afholde ferie med løn i perioden fra den 28. juni 2019 til den 30. juli 2019. A havde endvidere krav på løn for august 2019.

Hans krav på løn for ansættelsesperioden er opgjort i overensstemmelse med den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet, og kravene på 62.787,56 kr. vedrørende manglende løn, pension af ferie med 2.148,52 kr. og manglende fritvalgskonto på 8.430,27 kr. tages derfor til følge. Efter A's forklaring lægges endvidere til grund, at han ikke havde haft mulighed for at afholde sine feriefridage, og kravet på betaling herfor på 5.054,40 kr. tages derfor også til følge.

Vedrørende kravet om manglende overarbejdsbetaling udtaler 3 voterende:

Efter A's forklaring lægger vi til grund, at det arbejde, der blev udført om søndagen, i det hele var overarbejde. Vi er derfor enige i, at kravet på overarbejde herfor skal opgøres med tillæg af 100%, og stemmer derfor for at tage kravet om overarbejde til følge med 46.864,67 kr. som påstået.

2 voterende udtaler

Vi finder ikke grundlag for at antage, at alt det arbejde, der blev udført på søndage, var overarbejde, idet virksomheden efter overenskomsten var berettiget til at stille krav om, at der også blev arbejdet på søndage. Vi stemmer derfor for at tage kravet om overarbejde til følge med et skønsmæssigt beløb, der passende kan fastsættes til 35.000 kr.

Efter udfaldet af stemmeafgivningen tages kravet om overarbejde til følge med 46.864,67 kr.

Der er vedrørende kravet om gymnasialt tillæg ikke enighed mellem de faste medlemmer af nævnet om, at en vokselev har krav på dette tillæg, og kravet herom tages derfor ikke under påkendelse, jf. herved erhvervsuddannelseslovens § 65, stk. 2.

Kravet vedrørende løn mv. tages herefter til følge med 125.285,42 kr.

Ophævelsen

Den manglende betaling af løn for juli og august 2019 indebar en væsentlig misligholdelse af uddannelsesaftalen fra virksomhedens side. A, der forgæves havde rykket for betalingen, var derfor berettiget til at ophæve uddannelsesaftalen den 16. september 2019.

Da ophævelsen skyldes virksomhedens forhold, skal A stilles, som om afskedigelsen er sket ensidigt fra virksomhedens side.

A har som følge heraf krav på erstatning for løn i perioden fra den 16. september 2019 til den 31. december 2019, jf. funktionærlovens § 3. Erstatning efter funktionærlovens § 3 må anses for opgjort i overensstemmelse med den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet. Kravet på 88.627,61 kr. tages derfor til følge.

Under hensyn til, at ophævelsen skyldtes virksomhedens forhold, har A enten krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2 for usaglig afskedigelse eller godtgørelse efter erhvervsuddannelsesloven for mistet uddannelsesgode. Efter Højesterets praksis har han krav på den af de to godtgørelser, der stiller ham bedst.

Efter Højesterets praksis fastsættes godtgørelsen efter erhvervsuddannelsesloven til halvdelen af den sædvanlige sats på 53.000 kr. for en vokselev, dvs. 26.500 kr., når eleven som i det foreliggende tilfælde har krav på erstatning efter funktionærlovens § 3.

2 voterende udtaler herefter:

Vi finder, at godtgørelsen efter funktionærlovens § 2 b passende kan fastsættes til 1½ måneds løn svarende til 34.302, 53 kr. Vi lægger herved vægt på den behandling, som A har været udsat for.

Vi stemmer derfor for at tillægge ham en godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b på 34.302,53 kr.

3 voterende udtaler:

Under hensyn til varigheden af A's ansættelse i virksomheden finder vi, at en godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b alene kan fastsættes til 1 månedsløn svarende til 22.868,35 kr. Vi stemmer derfor for at tillægge ham en godtgørelse efter erhvervsuddannelsesloven på 26.500 kr.

Efter udfaldet af stemmeafgivningen tillægges A herefter godtgørelse efter erhvervsuddannelsesloven med 26.500 kr.

Kravet i anledning af ophævelsen tages derfor til følge med i alt 115.127,61 kr.

Ansættelsesbevisloven

Vedrørende kravet om godtgørelse efter ansættelsesbevisloven er alle voterende enige om, at det er en mangel, at det ikke fremgår af uddannelsesaftale, hvilken kollektiv overenskomst der finder anvendelse på uddannelsesaftalen.

2 voterende finder, at uddannelsesaftalen som følgen af manglen har været vildledende, og stemmer derfor for at fastsætte godtgørelsen til 10.000 kr.

2 voterende finder, at aftalen ikke har været vildledende, og at fejlen har været uden betydning for kravets opståen, idet kravet i det væsentlige har vedrørt elevens ophævelse som følge af den manglende betaling af løn. Disse voterende stemmer derfor for at fastsætte godtgørelsen til 2.500 kr.

1 voterende (formanden), der er enig i, aftalen ikke er vildledende, finder at manglen har givet anledning til tvist, herunder om arbejdstid og vederlæggelsen for overarbejde, med risiko for et ikke ubetydeligt tab. Denne voterende stemmer derfor for at fastsætte godtgørelsen til 7.500 kr.

Da der ikke kan opnås flertal for en afgørelse, er formandens stemme afgørende, jf. herved bekendtgørelsen om Tvistighedsnævnet § 24, stk. 3. Godtgørelsen fastsættes derfor til 7.500 kr.

A's påstand tages derfor til følge med i alt 247.913 kr., der forrentes med procesrente 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:

B skal inden 14 dage til A betale 247.913 kr., hvoraf 11.269,77 kr. skal indsættes på klagers pensionsordning, med tillæg af procesrente af 8.332,89 kr. fra den 31. august 2018, af 716,09 kr. fra den 30. september 2018, af 757,02 kr. fra den 31. oktober 2018, af 716,09 kr. fra den 30. november 2018, af 716,09 kr. fra den 31. december 2018, af 716,09 kr. fra den 31. januar 2019, af 716,09 kr. fra den 28. februar 2019, af 842,45 kr. fra den 31. marts 2019, af 842,45 kr. fra den 30. april 2019, af 842,45 kr. fra den 31. maj 2019, af 842,45 kr. fra den 30. juni 2019, af 17.885,26 kr. fra den 31. juli 2019, af 24.534,95 kr. fra den 31. august 2019, af 54.364,67 kr. fra den 10. september 2019, af 122.330,53 kr. fra den 16. september 2019 og af 12.758,20 kr. fra den 30. september 2019.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part.

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