

Tvistighedsnævnet

K E N D E L S E

afsagt af Tvistighedsnævnet den 16. november 2017 i sag 22.2017

A

ved advokat Klara E. Hoffritz, HK Privat

mod

B

I sagens behandling har som faste medlemmer af Tvistighedsnævnet deltaget landsdommer Ida Skouvig (formand), advokat Ann Marie Willemoes Jørgensen (DA) og advokat Berit Lassen (LO). Endvidere har som særligt sagkyndige medlemmer deltaget advokat Steffen Kjøller Jensen, udpeget af Dansk Erhverv Arbejdsgiver, og faglig sekretær Christoffer Marckmann, udpeget af HK.

Denne sag drejer sig om efterbetaling af pension, ferie og fritvalglønkonto og om godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis.

A har ved sin faglige organisation, HK Privat, ved klageskrift modtaget den 11. maj 2017, indbragt sagen for Tvistighedsnævnet med påstand om, at B skal betale hende 59.285,32 kr., hvoraf 37.667,80 kr. skal indbetales på hendes pensionsordning, subsidiært et mindre beløb, med tillæg af procesrente af 2.651,59 kr. fra den 30. september 2015, af 2.756,89 kr. fra den 31. oktober 2015, af 2.651,59 kr. fra den 30. november 2015, af 2.967,49 kr. fra den 31. december 2015, af 3.072,79 kr. fra den 31. januar 2016, af 3.178,09 kr. fra den 28. februar 2016, af 2.827,58 kr. fra den 31. marts 2016, af 2.719,58 kr. fra den 30. april 2016, af 2.827,58 kr. fra den 31. maj 2016, af 2.719,58 kr. fra den 30. juni 2016, af 2.719,58 kr. fra den 31. juli 2016, af 2.719,58 kr. fra den 31. august 2016, af 3.151,58 kr. fra den 30. september 2016, af 3.151,58 kr. fra den 31. oktober 2016, af 3.916,54 kr. fra den 7. december 2016, af 5.252,64 kr. fra den 19. januar 2017, samt af det resterende beløb på 10.000 kr. fra indgivelsen af klageskriftet.

Påstanden er opgjort således:

• pension	34.430,15 kr.
• fritvalglønkonto	5.684,99 kr.
• feriefri fridage 2016	5.252,64 kr.
• ferie 2015	1.101,00 kr.
• pension af feriegodtgørelse	2.816,54 kr.
• godtgørelse for mangelfuldt uddannelsesbevis	10.000,00 kr.

B har nedlagt påstand om frifindelse.

Sagen har været behandlet mundtligt på et møde i Tvistighedsnævnet den 4. oktober 2017.

Sagsfremstilling

Den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet er funktionæroverenskomsten for Handel, Viden og Service 2014 mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og HK/Privat og HK HANDEL. Virksomheden har ikke tiltrådt overenskomsten.

Mellem klageren, A, født den 3. april 1983, og indklagede, B, CVR nr. ..., blev der den 6. september 2015 ved anvendelse af Undervisningsministeriets blanket indgået en uddannelsesaftale, hvorefter A blev ansat som kontorelev med specialet administration.

Forud for underskrivelsen af uddannelsesaftalen havde A den 3. september 2015 sendt en mail til en ansat hos B, V2, med emnet "Vilkår kontorelever", hvoraf bl.a. fremgik:

"Jeg er af min fagforening blevet oplyst at jeg som kontorelev, har følgende vilkår jf. overenskomsten for kontorelever:

- Overarbejdsbetaling eller afspadsering ved overarbejde. (...)
- 25 feriedage med løn
- 5 feriedage
- Fritvalgslønkonto af ferieberettiget løn, 1,7% fra 1 marts 2015
- Pension 12% af A-skattepligtig indkomst. virksomhedens bidrag 2/3, medarbejder 1/3."

I uddannelsesaftalen var anført, at uddannelsesperioden løb fra den 14. september 2015 til den 31. december 2016, dog således at erhvervsskolen havde rettet startdatoen til den 1. september. Der var i uddannelsesaftalens punkt 8 - formentlig af erhvervsskolen - sat kryds i rubrikken, hvorefter lønnen udgør den gældende mindstebetaling (sats) for elever fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet. Foran "elever" havde erhvervsskolen tilføjet "voksen". Erhvervsskolen havde desuden udfyldt rubrikken om, hvilken kollektiv overenskomst der var gældende for uddannelsesaftalen.

A modtog herudover et udkast til en ansættelseskontrakt. Ved mail af 7. september 2015 skrev hun til V1, at hun kunne godkende kontrakten, dog med den ene rettelse, at lønnen skulle være 18.886 kr. og ikke som anført i udkastet 18.500 kr.

Den 8. september 2015 skrev begge parter under på ansættelseskontrakten. Af kontrakten fremgik bl.a., at lønnen var 18.886 kr. pr. måned, og at "Medarbejderen bliver tilbudt en attraktiv Pensionsordning, hvor der min skal indbetales 5% af lønnen". Om ferie var anført, at medarbejderen var berettiget til ferie i "henhold til ferieloven dvs 5 uges ferie" Om opsigelse var anført, at det efter udløbet af en prøvetid på 3 måneder var funktionærlovens almindelige bestemmelser om opsigelse, der gjaldt. Der var desuden henvist til en vedlagt personalehåndbog.

Af A's lønsedler fremgår, at lønnen i ansættelsesperioden minimum var 18.886 kr., men at lønnen i nogle måneder var højere. Der blev ikke betalt for feriefridage, fritvalg eller pension.

Efter at A havde bestået sin fagprøve, aftalte parterne at afkorte uddannelsesaftalen, der derfor ophørte den 31. oktober 2016.

Ved brev af 19. januar 2017 fremsatte HK på vegne af A krav om betaling af pension, fritvalgslønkonto og feriefridage. Virksomheden afviste kravet med henvisning til, at det var aftalt mellem parterne, at A alene have krav på 18.886 kr. i løn pr. måned. Sagen blev herefter indbragt for Det faglige Udvalg, der ved protokollat af 27. marts 2017 meddelte, at udvalget anså forligsmulighederne for udtømt, idet virksomheden ikke ønskede at give møde. Sagen blev derefter indbragt for Tvistighedsnævnet.

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."

Forklaringer

A har bl.a. forklaret, at hun startede på sin uddannelse som kontorelev i en anden virksomhed, som lå på Frederiksberg, men at hun den 1. september 2015 skiftede til B fordi det lå tættere på hendes hjem. Hun søgte på baggrund af et opslag på nettet, hvor V1 vistnok søgte en trainee. I forbindelse med sin ansættelse hos B henvendte hun sig til HK for at sikre sig, at alt gik rigtigt for sig i forbindelse med, at den tidligere uddannelsesaftale blev bragt til ophør, og den nye indgået. Det var navnlig meget vigtigt for hende at sikre sig, at hun ikke skulle begynde forfra på sin uddannelse. I forbindelse med ansættelsessamtalen gjorde hun V1 opmærksom på, at det var vigtigt for hende, at hun fik det samme i løn som i den tidligere ansættelse, og derfor blev lønnen fastsat til 18.886 kr. De talte ikke om pension under ansættelsessamtalen. Hun havde en samtale med V2, der ringede og fortalte, at hun fik jobbet. Hun husker ikke, hvad virksomheden svarede på den mail, som hun sendte den 3. september 2015 med oplysningerne om rettigheder efter overenskomsten. Hun talte nok med V2 derom. Hun fik at vide, at der ikke var noget, der hed overarbejde, men at der var tale om interesselimer, og at det var "Take it or leave it". Hun gjorde ikke noget ved det, da det vigtigste for hende var at få uddannelsen. Hun fik en fast løn og desuden provision for henvisning af kunder til X. Hun var vistnok på skole, da uddannelsesaftalen startede.

Under ansættelsessamtalen med V1 blev det sagt, at der ikke var pension, og det undrede hende, da der i ansættelsesaftalen stod, at der var pension. Hun havde kun kontakt til HK om udformningen af ophævelsen af den tidligere uddannelsesaftale, idet det var vigtigt for hende, at der ikke i forhold til hendes uddannelsesforløb opstod problemer ved skiftet mellem de to uddannelsessteder, og hun sendte ikke ansæt-

telsesktrakten til HK. Oplysningerne om indholdet af overenskomsten, som hun sendte med mailen af 3. september 2015, havde hun fra nettet.

V1 har bl.a. forklaret, at A først startede den 1. oktober 2015. Da hun fik tilsendt udkastet til ansættelseskontrakt, hvori lønnen var angivet til 18.500 kr., fore lagde hun den for HK og derefter sendte hun mailen af den 3. september 2015. Hun fik mundtligt af V2 at vide, at vilkårene i mailen af 3. september 2015 ikke gjaldt. Det har V2 markeret ved med håndskrift at sætte et minus på den udskrift af mailen af 3. september 2015, som virksomheden har fremlagt. Hun fik også klart at vide, at der ikke var pension. Derefter blev ansættelsesaftalen rettet til for så vidt angik lønnen, idet det var rigtigt, at han havde lovet A, at hun ville få samme løn som i sin tidligere ansættelse. Desuden fik hun i overensstemmelse med personalehåndbogen provision i forbindelse med fremvisninger, og derfor svinger lønnen. Alle vilkår i ansættelsesaftalen blev drøftet grundigt igennem, og der blev ikke fejlet noget ind under bordet. Han har tidligere – for år tilbage – haft elever, men ikke voksnelever. Hans virksomhed er godkendt som praktikvirksomhed, men han husker ikke, hvad der står i godkendelsen. Han er ikke bekendt med erhvervsuddannelseslovens § 55. Han søgte egentlig en ejendomsmæglertrainee, men da han fandt A attraktiv på grund af alder og væremåde, valgte han at ansætte hende i en kontorelevstilling, selv om hun var dyrere end en trainee og dermed dyrere end budgetteret. Ved ansættelsessamtalen blev han og A enige om ikke at følge overenskomsten, og uddannelsesaftalen blev kun indgået for at sikre hende ret til at gå i skole og var i øvrigt udfyldt af hende. Han læste den derfor ikke nøjere igennem, idet ansættelsesaftalen var det afgørende dokument for ham.

V2 har bl.a. forklaret, at hun er ansat hos B. Hun modtog mailen af 3. september 2015 fra A. Hun orienterede mundtligt A, at de vilkår, som var nævnt i mailen, ikke gjaldt i virksomheden, og derefter satte hun et minus på mailen. A sagde ikke noget til orienteringen om, at vilkårene ikke gjaldt i virksomheden.

Procedure

A har til støtte for sit krav navnlig anført, at det følger af erhvervsuddannelseslovens § 55, at lønnen skal udgøre den løn, som følger af den kollektive overenskomst på området. Bestemmelsen omfatter efter Højesteretspraksis også andre lønkrav som fx pension. Overenskomsten kan ikke ved aftale fraviges til skade for eleven. Hun var i kraft af sin tidligere ansættelse omfattet af en arbejdsmarkedspension, og derfor har hun i henhold til overenskomsten krav på pension fra første dag. Hun har krav på at få betalt både virksomhedens bidrag og sit eget bidrag, idet virksomheden ikke med frigørende virkning har kunnet udbetale det til hende. Hun har desuden efter overenskomsten krav på en fritvalglønkonto, ligesom hun har ret til feriegodtgørelse og feriefritage, som kan kræves udbetalt, idet de ikke er afholdt.

Til støtte for kravet om godtgørelse efter ansættelsesbevisloven har A navnlig anført, at ansættelsesbeviset er mangelfuldt, da der udover uddannelsesaftalen er indgået en ansættelseskontrakt med vilkår, der til skade for hende fraviger overenskomsten. Efter ansættelsesaftalen har hun således ikke krav på pension, feriegodtgørelse og fritvalglønkonto. Lønnens størrelse er desuden ikke korrekt angivet i selve uddannelsesaftalen, og størrelsen af den udbetalte løn varierer. Manglerne ved ansættelsesaftalen har givet anledning til den foreliggende tvist, som drejer sig om et betydeligt beløb, og godtgørelsen bør derfor fastsættes til 10.000 kr.

B har til støtte for sin påstand navnlig anført, at ansættelsesaftalen udgjorde aftalegrundlaget mellem ham og A, og det er derfor vilkårene deri, der er afgørende for ansættelsesforholdet. A var således gjort bekendt med, at de vilkår, som hun havde anført i sin mail af 3. september 2015, ikke var en del af aftalegrundlaget. A har derfor ikke ret til pension eller fritvalgslønkonto, og hun har alene ret til ferie i overensstemmelse med ferieloven. Vilkaere i ansættelsesaftalen er i overensstemmelse med det aftalte, og der er derfor ikke grundlag for en godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis.

Twistighedsnævnets begrundelse og resultat

Lønnen for en elev, herunder vokselever, skal efter erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, mindst udgøre den løn, der er fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet. Højesteret har i flere domme fastslået, at bestemmelsen også gælder for andre lønvilkår i henhold til overenskomsten, herunder pension.

Erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, kan ikke fraviges til skade for eleven. Allerede derfor er de vilkår i ansættelsesaftalen, som fraviger overenskomsten til skade for A, ikke bindende.

A's krav er opgjort i overensstemmelse med den kollektive overenskomst på området.

3 medlemmer udtaler:

Virksomhedens udbetaling af A's eget pensionsbidrag til hende sammen med lønnen kan herefter ikke anses for sket med frigørende virkning, og hun har derfor krav på, at virksomheden efterbetaler hendes pensionsbidrag sammen med virksomhedens pensionsbidrag. Vi bemærker herved, at vi ikke finder, at der er oplyst om omstændigheder, der kan begrunde, at virksomheden efter reglerne om *condictio indebiti* har krav på tilbagesøgning af A's eget pensionsbidrag, idet den omstændighed, at A havde kendskab til, at hun havde krav på pension og gjorde V1 opmærksom herpå ved ansættelsen, ikke kan give grundlag herfor.

2 medlemmer udtaler:

Vi finder i den foreliggende sag, at V1 har mulighed for at søge den del af den udtalte løn, der svarer til A's pensionsbidrag tilbagebetalt, da vi finder, at de almindelige betingelser om *condictio indebiti* er opfyldt. A's mail af 3. september 2015 dokumenterer, at hun var vidende om sine rettigheder, og at hun derfor må anses for at være i ond tro.

Efter stemmeflertallet tages A's lønkrav, herunder kravet om pension, i sin helhed til følge.

Kravet på pension med renter heraf skal indbetales til A's pensionsopsparing.

Ansættelsesaftalen fraviger på flere punkter de vilkår, der følger af erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, sammenholdt med den kollektive overenskomst på området. Ansættelsesbeviset er derfor behæftet med en mangel.

3 voterende udtaler:

Vi anser manglerne ved ansættelsesbeviset for meget væsentligt, idet ansættelsesaftalen på centrale punkter indeholder vilkår i strid med erhvervsuddannelsesloven, og vi anser derfor ansættelsesaftalen for vildledende. Manglerne har desuden givet anledning til tvist om et betydeligt beløb. Vi stemmer derfor for at fastsætte godtgørelsen til 10.000 kr.

2 voterende udtaler:

Vi finder at manglen ved ansættelsesbeviset er af mindre væsentlig betydning, idet det fremgår af uddannelsesaftalen fra oktober 2015, hvilken overenskomst der finder anvendelse, hvorfor en godtgørelse passende kan fastsættes til 0 kr. og ikke bør overstige 2.500 kr.

Efter stemmeflertallet fastsættes godtgørelsen til 10.000 kr.

A's påstand tages derfor til følge, således at B skal betale hende 59.285,32 kr., hvoraf 37.667,80 kr. skal indbetales på hendes pensionsordning. Kravet forrentes 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 betale A 59.285,32 kr., hvoraf 37.667,80 kr. med renter heraf skal indbetales på hendes pensionsordning.

Kravet forrentes med procesrente af 2.651,59 kr. fra den 30. september 2015, af 2.756,89 kr. fra den 31. oktober 2015, af 2.651,59 kr. fra den 30. november 2015, af 2.967,49 kr. fra den 31. december 2015, af 3.072,79 kr. fra den 31. januar 2016, af 3.178,09 kr. fra den 28. februar 2016, af 2.827,58 kr. fra den 31. marts 2016, af 2.719,58 kr. fra den 30. april 2016, af 2.827,58 kr. fra den 31. maj 2016, af 2.719,58 kr. fra den 30. juni 2016, af 2.719,58 kr. fra den 31. juli 2016, af 2.719,58 kr. fra den 31. august 2016, af 3.151,58 kr. fra den 30. september 2016, af 3.151,58 kr. fra den 31. oktober 2016, af 3.916,54 kr. fra den 7. december 2016, af 5.252,64 kr. fra den 19. januar 2017, samt af 10.000 kr. fra den 11. maj 2017.

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.