

Tvistighedsnævnet

K E N D E L S E

Afsagt af Tvistighedsnævnet den 30. november 2017 i sag 47.2017

A
ved Heidi H. Nonbo, Krifa

mod

B
ved advokat Jesper L. Hollegaard, DOFK

I sagens behandling har som faste medlemmer af Tvistighedsnævnet deltaget landsdommer Ida Skouvig (formand), advokat Ann Marie Jørgensen (DA) og advokat Pernille Leidersdorff-Ernst (LO). Endvidere har som særligt sagkyndige medlemmer deltaget konsulent Jesper Tollak, udpeget af DOFK, og advokat Mari-
anne Borker, udpeget af Serviceforbundet.

Denne sag drejer sig om ret til udbetaling af løn for ferie, når ferien som følge af en feriehindring ikke er afholdt.

A har ved sin faglige organisation, Kristelig Fagforening, ved klageskrift modtaget den 10. august 2017, indbragt sagen for Tvistighedsnævnet med påstand om, at B skal betale 5.060,66 kr. til hende med procesrente fra sagens anlæg.

B har nedlagt påstand om frifindelse.

Sagen har været behandlet mundtligt på et møde i Tvistighedsnævnet den 9. november 2017.

Sagsfremstilling

Mellem klageren, A, født den 26. maj 1990, og indklagede, B, CVR nr. ..., blev der den 22. april 2014 indgået en uddannelsesaftale, hvorefter A skulle uddannes som frisør med uddannelsesperiode fra den 22. april 2014 til den 21. april 2018. Af uddannelsesaftalens punkt 8 fremgik, at den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet var overenskomsten mellem DFKF og DOFK. Som følge af graviditet blev A sygemeldt medio december 2015 med efterfølgende direkte overgang til graviditets-, barsels- og forældre-orlov. Ved orlovens ophør i februar 2017 fratrådte A sin elevplads. Som følge af sygdom og orlov var A forhindret i at afholde sin fulde ferie i ferieåret 2015/2016.

A, der forud for ansættelsen som elev, havde været på SU, havde ikke optjent ferie hos en anden arbejdsgiver, og hun havde foruden den ferie på 16,64 feriedage, som hun havde optjent under sin ansættelse som elev, derfor krav på 8,36 dages ferie i medfør af ferielovens § 9. På det tidspunkt, hvor feriehindringen indtraf, havde hun afholdt 15 dages ferie. Under henvisning til feriehindringen anmodede hun derfor virksomheden om betaling af løn for de resterende 10 feriedage. Virksomheden betalte alene den

resterende optjente ferie på 1,64 dage, men afviste at betale for den del af kravet, der vedrørte de 8,36 dage, som eleven havde krav på efter ferielovens § 9. Der er for Tvistighedsnævnet enighed om, at kravet på betaling af 8,36 dages ferie udgør påstandsbetøbet på 5.060,66 kr.

Sagen har været behandlet på et mæglingsmøde i Frisørfagets Fællesudvalg den 27. juni 2017, hvor det blev konstateret, at det ikke var muligt at indgå forlig. Sagen blev derefter indbragt for Tvistighedsnævnet.

A har oplyst, at den ydelse, som hun fik under sin sygdom og orlov, svarede til lønnen som elev.

Retsgrundlaget

Af ferieloven fremgår bl.a. følgende:

”Kap. 2. Optjening af ferie

§ 7. En lønmodtager optjener ret til 2,08 dages betalt ferie for hver måneds ansættelse i et kalenderår (optjeningsår). ...

Stk. 2. ...

Stk. 3. ...

Stk. 4. ...

...

§ 9.

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.

Stk. 2. ...

...

Kap. 6. forældelse og modregning

...

§ 38. Hvis en lønmodtager på grund af særlige forhold er afskåret fra at holde ferien inden ferieperiodens eller ferieårets udløb, udbetales feriegodtgørelse, løn under ferie eller ferietillæg til lønmodtageren.”

Af forarbejderne til ferieloven, jf. lovforslag nr. 178/1999, fremgår følgende om § 9:

”I § 9 beskrives de særlige, gunstige ferieregler, der gælder for elever, der har indgået en uddannelsesaftale efter lov om erhvervsuddannelser. En elev har en ubetinget ret til betalt ferie i første og andet hele ferieår efter, at elevforholdet begynder, ligesom eleven i et nærmere bestemt omfang har ret til betalt ferie, hvis eleven begynder ansættelsesforholdet i løbet af et ferieår. Som følge af at ugebegrebet i ferieloven ændres fra en 6-dages-uge til en 5-dages-uge, ændres elevers ret til betalt ferie tilsvarende. Der tilsigtes i øvrigt ingen ændringer med hensyn til den særlige beskyttelse, som elever har efter § 7 i den

gældende lov. Ændringen består i en konsekvensrettelse som følge af overgangen til en 5-dages-ferieuge og får derfor først virkning fra 1. maj 2002.

Efter stk. 1 har en elev fortsat ret til 5 ugers betalt ferie både i første og andet hele ferieår efter, at eleven er påbegyndt et ansættelsesforhold hos arbejdsgiveren. Således vil en elev, som er begyndt sin uddannelse på en skole og fx har indgået aftale med en arbejdsgiver for de to sidste år af uddannelsen, være berettiget til 25 dages betalt ferie i både det første og andet hele ferieår efter, at eleven er begyndt hos arbejdsgiveren.

Ret til betalt ferie efter bestemmelsen opnås i henhold til uddannelsesaftalen som led i en erhvervsuddannelse. En elevs ret til betalt ferie er ikke betinget af, at eleven har optjent ret til ferie på baggrund af beskæftigelse forud for ferieåret. Dette er en fravigelse af lovens almindelige bestemmelser om optjening af betalt ferie, jf. § 7 i forslaget.

Det er den aktuelle arbejdsgiver på ferietidspunktet, som skal betale elevens løn under ferie. Hvis eleven har haft forudgående beskæftigelse og i den forbindelse har optjent feriegodtgørelse, skal arbejdsgiveren alene betale løn under ferie for de dage, hvor eleven ikke har optjent feriegodtgørelse. Hvis eleven har optjent feriegodtgørelse til 25 feriedage, men godtgørelsen pr. dag er lavere end elevlønnen på ferietidspunktet, vil arbejdsgiveren på ferietidspunktet efter gældende praksis skulle supplere feriegodtgørelsen op til den normale elevløn på ferietidspunktet.

En elev, der skifter arbejdsgiver under uddannelsen, vil ved fratræden være berettiget til feriegodtgørelse fra den første arbejdsgiver efter lovens almindelige bestemmelser, mens den nye arbejdsgiver skal give betalt ferie efter denne bestemmelse. Arbejdsgiveren vil derfor eventuelt skulle supplere elevens medbragte feriegodtgørelse op til den normale elevløn på ferietidspunktet. Hvis eleven har optjent feriegodtgørelse for fx 15 dages ferie, og feriegodtgørelsen pr. dag er højere end elevlønnen på ferietidspunktet, skal arbejdsgiveren alligevel betale den fulde elevløn for de feriedage, som eleven ikke har optjent feriegodtgørelse til.

Hvis ansættelsesforholdet er begyndt inden 1. juli i et ferieår, har eleven efter stk. 2 ret til 25 dages betalt ferie, det vil sige 5 ugers ferie i det pågældende ferieår. Hvis eleven begynder hos en arbejdsgiver fx 1. juni har eleven ret til 25 dages ferie efter stk. 2 i det indeværende ferieår. Derudover har eleven ret til betalt ferie efter stk. 1.

Hvis ansættelsesforholdet er begyndt den 1. juli eller senere i et ferieår, har eleven efter stk. 3 ret til 5 dages betalt ferie i forbindelse med kollektiv lukning af virksomheden i perioden mellem 1. oktober og 30. april i det pågældende ferieår. Baggrunden for bestemmelsen er, at det forudsættes, at en elev, der ansættes senere end 1. juli, allerede har holdt sin hovedferie.

Af lovforslaget fremgår vedrørende § 38 bl.a. følgende:

I § 38 fastsættes, at lønmodtageren i særlige situationer, hvor lønmodtageren har været afskåret fra at holde ferien, kan få feriepengene udbetalt.

Det fremgår af stk. 1, at optjente feriepenge kan udbetales, hvis lønmodtageren er forhindret i at holde ferie. Stk. 1 skal ses i sammenhæng med § 41, hvorefter direktøren for Arbejdsløshedsforsikringen får bemyndigelse til at fastsætte regler om, hvornår en lønmodtager kan anses for at være afskåret fra at holde sin ferie. Bestemmelsen er foreslået for at opnå en mere fleksibel administration med mulighed for ændringer i, hvilke feriehindringer, der kan medføre udbetaling, uden at ferien holdes. Der er ikke med bestemmelsen tilsigtet en indskrænkning i forhold til de situationer, der efter gældende ret kan medføre udbetaling.

Principperne i stk. 1 svarer til den gældende lovs § 20, der indeholder en ikke udtømmende beskrivelse af hvilke feriehindringer, der berettiger til udbetaling af feriepenge. Det er arbejdsministeren, der efter den gældende lov er bemyndiget til at fastsætte de nærmere regler om feriehindringer.

Feriehindringen skal vedrøre lønmodtagerens egne forhold og ikke fx familiemedlemmers forhold. De feriehindringer, der i dag berettiger til udbetaling, er lønmodtagerens aftjening af værnepligt, tjeneste i forsvaret på værnepligtslignende vilkår, deltagelse i aktiviteter i Den Danske Internationale Brigade, sygdom, ophold i udlandet, barsel, adoptionsorlov, indsættelse i en af kriminalforsorgens institutioner eller anden tvangsanbringelse, overgang til selvstændigt erhverv, overgang til arbejde i hjemmet og arbejdskonflikter. På linie med overgang til selvstændigt erhverv betragtes ministre og borgmestre, som i kraft af udnævnelsen/valget ophører med at være lønmodtagere. Derudover er der givet tilladelse til udbetaling af forældede beløb i situationer, hvor der på grund af en langvarig tvist mellem arbejdsgiver og lønmodtager om et feriepengekrav ikke har været den fornødne økonomiske mulighed for, at lønmodtageren kunne holde ferien i ferieåret.

...

Af Frisøroverenskomsten mellem DOFK og DFKF fremgår om ferie for elever bl.a. følgende:

”§38 Elever

...

Stk. 4.

Elever har samme ferielængde som svende og mesterstedfortrædere.

Stk. 5.

Når ferie afholdes, udbetales den normale ugeløn. Endvidere ydes et ferietillæg på 1 % af den løn, der er indtjent i det forudgående optjeningsår.”

I anledning af en henvendelse fra Krifa har Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering i en mail af 15. februar 2017 vejledende oplyst, at der ikke gælder noget krav om, at der skal være optjent ferie, for at ferielovens § 38 kan finde anvendelse.

Procedure

A har til støtte for sin påstand navnlig anført, at hun har været ferieforhindret, jf. ferielovens § 38, op til udløbet af ferieåret 2015/2016. Ferielovens § 38 gælder efter sin ordlyd også den ret til betalt ferie, der hidrører fra ferielovens § 9, idet § 38 ikke - i modsætning til fx § 19 og § 34 b, stk. 2 - er begrænset til optjent ferie efter § 7. Det følger desuden af den vejledende udtalelse fra Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering, at elever efter § 38 har krav på udbetaling af ferie efter § 9 i tilfælde af en feriehindring. Den vejledende udtalelse er et relevant fortolkningsbidrag under hensyn til, at styrelsen er tillagt afgørelseskompetence i tvister mellem arbejdsgivere og lønmodtagere på ferielovens område, jf. ferielovens § 44. A har derfor krav på at få udbetalt de feriedage, som hun har ret til efter § 9.

B har til støtte for sin påstand navnlig anført, at formålet med ferielovens § 9, stk. 1, alene er at sikre, at en elev er garanteret betaling i forbindelse med afholdelse af ferie i den første del af uddannelsesforløbet. En ordlydsfortolkning af § 9 medfører, at ferie skal være afholdt, før virksomheden kan pålægges at yde

betaling i henhold til bestemmelsen. Det fremgår således direkte af bestemmelsen, at det, som arbejdsgiveren har pligt til, er at betale løn under ferien. Da eleven ikke har holdt ferie, kan klager således ikke støtte ret på ferielovens § 9 med en henvisning til ferielovens § 38. Ferielovens § 38 hjemler desuden ikke adgang til udbetaling under suppleringsferie i henhold til ferielovens § 9, stk. 1. Eleven har under sygdom og orlov fået en ydelse, der modsvarer hendes løn som elev, og hvis hun får medhold i sit krav, vil det derfor betyde, at hun får dobbeltforsørgelse. Det vil stride mod det grundlæggende princip i ferieloven og mod hensynet bag ferielovens § 9.

Twistighedsnævnets begrundelse og resultat

Der er mellem parterne enighed om, at eleven havde krav på ferie efter ferielovens § 9 i 8,36 dage, og at hun frem til uddannelsesaftalens ophør var forhindret i at afholde denne ferie. Spørgsmålet er derfor, om hun har krav på at få udbetalt lønnen for disse feriedage i medfør af ferielovens § 38.

Twistighedsnævnets kompetence

Efter ferielovens § 44 træffer direktøren for Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering afgørelse i tvister mellem en lønmodtager og en arbejdsgiver om ret til ferie, feriegodtgørelse og ferie med løn eller ferietil-læg, medmindre forholdet er reguleret ved kollektiv overenskomst.

Frisøroverenskomsten, som er den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet, jf. erhvervsud-dannelseslovens § 55, og som virksomheden, der er medlem af DOFK, er omfattet af, indeholder bestem-melser om ferie for elever. Twistighedsnævnet anser sig derfor for kompetent til at behandle den foreliggen-de tvist.

Spørgsmålet om udbetaling af løn for ikke afholdt ferie

3 medlemmer udtaler:

Vi finder, at ferielovens § 38 må forstås således, at den omfatter såvel optjent ferie som ferie efter § 9, og vi stemmer derfor for at tage elevens krav på betaling til følge.

Vi har herved navnlig lagt vægt på, at ferielovens § 38 i modsætning til fx ferielovens § 19 og § 34 b, stk. 2, efter sin ordlyd ikke er begrænset til kun at gælde for optjent ferie efter § 7. Bestemmelsen må derfor også omfatte ferie efter ferielovens § 9. En formålsfortolkning taler ikke imod dette resultat, idet der i forhold til spørgsmålet om overkompensation ikke er forskel på, om der er tale om udbetaling af optjent ferie eller ferie efter § 9. Det er desuden i overensstemmelse med den vejledende udtalelse af 15. februar 2017 fra Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering at anse ferie efter § 9 for omfattet af § 38.

Det, der er anført i lovforslagets bemærkninger til § 38 om, at "Det fremgår af stk.1, at optjente feriepenge kan udbetales", kan efter vores opfattelse ikke ubegrundet og imod bestemmelsens ordlyd føre til, at be-stemmelsen alene vedrører optjent ferie efter § 7. Vi finder desuden ikke, at der ved ordlyden af § 9 er taget stilling til spørgsmålet om muligheden for udbetaling efter § 38, og vi bemærker herved at virksomhedens fortolkning af § 9 savner støtte i bemærkningerne til bestemmelsen.

2 medlemmer udtaler:

Vi finder, at § 9 er udtryk for en helt særlig undtagelse i ferieloven, der giver en elev ret til betalt ferie, selv om retten til betalt ferie ikke er optjent efter de almindelige regler.

Vi finder, at ferielovens § 38 må forstås således, at den kun giver mulighed for udbetaling af optjent ferie, og vi stemmer derfor for at tage virksomhedens påstand om frifindelse til følge.

Vi har herved navnlig lagt vægt på, at eleven ved en udbetaling af ferien vil blive overkompenseret, idet den ferie, eleven vil få udbetalt, ikke er optjent. Det er i strid med de grundlæggende principper bag ferieloven og de hensyn, der ligger bag ferielovens § 9.

Vi har endvidere lagt vægt på, at § 9 som anført af virksomheden efter sin ordlyd må forstås sådan, at arbejdsgiverens pligt alene består i at betale løn under ferien, og at det i øvrigt fremgår af bemærkningerne til § 38, at bestemmelsen kun omfatter optjent ferie.

Efter stemmeflertallet tager Tvistighedsnævnet elevens påstand om betaling af 5.060,66 kr. til følge. 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 til A betale 5.060,66 kr. med procesrente fra sagens anlæg den 10. august 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.