

Tvistighedsnævnet

K E N D E L S E

Afsagt af Tvistighedsnævnet den 18. november 2019 i sag 20.2019

A

v/ advokat Klara Hoffritz, HK/Privat

mod

B

v/ advokat Troels Nielsen sammen med administrationschef N3

I sagens behandling har som faste medlemmer af Tvistighedsnævnet deltaget landsdommer Ida Skouvig (formand), advokat Tine Benedikte Skyum (DA) og advokat Lene Casadepax (FH). Endvidere har som særligt sagkyndige medlemmer deltaget chefkonsulent Per Laurents, udpeget af DI, og Monica J. Hovgaard, udpeget af HK.

Denne sag drejer sig om lønkrav og godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis. Herunder drejer sagen sig om, hvilken af flere mulige kollektive overenskomster der finder anvendelse, når uddannelsesaftalen ikke indeholder oplysninger om den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet.

Klager, A, har ved sin faglige organisation, HK/Privat, ved klageskrift modtaget den 26. marts 2019 indbragt sagen for Tvistighedsnævnet med påstand om, at indklagede, B, skal betale 99.571,21 kr. til ham, subsidiært et mindre beløb, hvoraf 43.121,52 kr. skal indbetales på hans pensionsordning. Kravet påstås forrentet med procesrente af 1.344,15 kr. fra den 31. oktober 2016, af 1.344,15 kr. fra den 30. november 2016, af 1.308,73 kr. fra den 31. december 2016, af 3.180,15 kr. fra den 31. januar 2017, af 3.180,15 kr. fra den 28. februar 2017, af 3.362,48 kr. fra den 31. marts 2017, af 3.362,48 kr. fra den 30. april 2017, af 3.362,48 kr. fra den 31. maj 2017, af 3.362,48 kr. fra den 30. juni 2017, af 3.362,48 kr. fra den 31. juli 2017, af 3.362,48 kr. fra den 31. august 2017, af 3.362,48 kr. fra den 30. september 2017, af 3.362,48 kr. fra den 31. oktober 2017, af 3.362,48 kr. fra den 31. marts 2017, af 3.362,48 kr. fra den 30. november 2017, af 3.362,48 kr. fra den 31. januar 2018, af 3.362,48 kr. fra den 28. februar 2018, af 3.488,48 kr. fra den 31. marts 2018, af 3.654,28 kr. fra den 30. april 2018, af 3.752,71 kr. fra den 31. maj 2018, af 3.574,02 kr. fra den 30. juni 2018, af 2.965,67 kr. fra den 31. juli 2018, af 3.574,02 kr. fra den 31. august 2018, af 17.854,93 kr. fra den 30. september 2018 samt af 10.000 kr. fra den 28. oktober 2018.

Påstanden er opgjort således:

- | | |
|---|---------------|
| • tillæg (inkl. bl.a. fritvalglønkonto 3,4 % og pension 8%) | 25.553,86 kr. |
| • pension af ferietillæg | 178,69 kr. |
| • fritvalgskonto | 10.330,89 kr. |

• pension	39.226,85 kr.
• feriefridage	8.051,79 kr.
• overarbejdsbetaling	6.229,12 kr.
• mangelfuldt ansættelsesbevis	10.000,00 kr.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb.

Sagen har været behandlet mundtligt på et møde i Tvistighedsnævnet den 30. oktober 2019.

Sagsfremstilling

B er ikke medlem af en arbejdsgiverforening og har ikke tiltrådt en overenskomst.

Mellem klager, A, født den 15. maj 1993, og indklagede, B, CVR nr. XXX, blev der den 8. september 2016 indgået en uddannelsesaftale, hvorefter A skulle have en kontoruddannelse med specialet spedition og shipping med uddannelsesperiode fra den 1. oktober 2016 til den 30. september 2018. Uddannelsesaftalen omfattede et hovedforløb uden grundforløb.

I uddannelsesaftalens pkt. 8 er rubrikken, der er beregnet til angivelse af den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet, ikke udfyldt. Der er sat kryds i rubrikken, hvorefter lønnen er højere end den gældende mindstebetaling for elever, og det er oplyst, at lønnen ved uddannelsens begyndelse var fastsat til 15.000 kr. pr. måned. Under punktet ”Den normale arbejdstid” er anført 37 timer pr. uge. Under punktet ”Ansættelsesvilkår i øvrigt” er herudover anført følgende:

”Ansættelsen er ikke omfattet af overenskomst.

Arbejdstider 8.30-16.30.”

Af de lønsedler, som A modtog månedligt under ansættelsen, fremgår, at der var beregnet ”gage” på 15.000 kr. (senere 15.532 kr.) og at beregningsgrundlaget var 160,30 timer. Der er enighed om, at der ikke blev indbetalt pension.

Ved uddannelsesaftalens afslutning kontaktede A HK, der den 28. september 2018 rejste et krav mod virksomheden, herunder om godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis. Da der ikke kunne opnås enighed, indbragte HK sagen for Det faglige udvalg for Kontoruddannelser. Det faglige udvalg afgav den 21. februar 2019 en erklæring om, at det ikke var muligt at opnå forlig i sagen, og at det derfor stod parterne frit for at videreføre sagen. Sagen blev herefter indbragt for Tvistighedsnævnet.

Af en mail af 17. december 2018 fra medlemsrådgiver N1, HK Østjylland, til virksomhedens advokat, advokat Troels Nielsen, fremgår følgende:

”Den overenskomst som er mest udbredt på Speditør området er, Funktionæroverenskomsten for handel, transport og service mellem DI overenskomst II og HK privat/Handel”

Der er mellem parterne enighed om, at udtalelsen er ensidigt indhentet, og at medlemsrådgiver N1 ikke har nogen relation til den verserende sag. HK har bestridt, at oplysningerne i udtalelsen er korrekte.

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 forklaret bl.a., at han sendte sin ansøgning til direktøren for virksomheden, N2, som han kendte fra kajakklubben. Ansøgningen var vedlagt et CV, og det fremgik heraf bl.a., at han havde gennemført en gymnasial uddannelse. Han var derefter til en samtale med N2 og den daværende administrationschef, hvor de talte om hans baggrund, herunder hans uddannelse. Virksomheden udarbejdede herefter uddannelsesaftalen, som han underskrev. Han studsede ikke over, at rubrikken om kollektiv overenskomst ikke var udfyldt, og spørgsmålet om kollektiv overenskomst blev slet ikke berørt, heller ikke efterfølgende. Han hørte første gang herom, da han kontaktede HK. Lønnen blev drøftet under samtalen. Da han ventede barn, sagde han til N2, at det var vigtigt for ham, at lønnen var god. Det blev derfor aftalt, at han fik 15.000 kr. pr. måned, og da det var lidt højere end normalt, var han tilfreds med det. Der blev ikke talt om pension eller andre løndelev. Han opfattede det, der stod i uddannelsesaftalen om arbejdstid således, at han skulle møde kl. 8.30, og at han havde fri kl. 16.30. Det var det, der blev forventet, og sådan praktiserede han det, dog således at han nogle gange mødte tidligere, fordi der var hastende opgaver. Han har en enkelt gang været til frisør i arbejdstiden, og det var hans indtryk, at det blev brugt imod ham, så derfor gjorde han kun det ene gang. Han kunne gå til lægen i arbejdstiden, men ellers kunne han ikke gå, medmindre der var en grund til det. Han tænkte ikke over, at han med denne arbejdstid kom til at arbejde ½ time for meget om ugen.

N3 har forklaret bl.a., at hun er administrationschef i virksomheden, og at hun blev ansat den 1. november 2018. Hun har således ikke været ansat i virksomheden samtidig med A. Det er N2, der har underskrevet uddannelsesaftalen. Hun ved ikke, hvorfor der i uddannelsesaftalen står, at ansættelsen ikke er omfattet af en overenskomst. Af de uddannelsesaftaler, som virksomheden indgår i dag, fremgår det, hvilken overenskomst der følges, og det fremgår af lønsedlerne, hvordan lønnen fordeler sig på de forskellige løndelev. For speditorelever henvises der nu i uddannelsesaftalen til Funktionæroverenskomsten for Handel, Transport og Service mellem DI overenskomst II og HK/Privat samt HK Handel. Hun er ikke bekendt med, hvad der tænkes på, når der i virksomhedens duplik står, at virksomheden i det konkrete tilfælde har valgt og fulgt Funktionæroverenskomsten for Handel, Transport og Service.

Procedure

A har til støtte for sin påstand navnlig anført, at der inden for uddannelsesområdet er to overenskomster, som kan finde anvendelse på uddannelsesaftalen. Det er dels Funktionæroverenskomsten for Handel, Viden og Service, indgået mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og HK, dels Industriens Funktionæroverenskomst indgået mellem Dansk Industri og CO-Industri. Når der ikke i uddannelsesaftalen er valgt en af disse to overenskomster, står det klager frit for at vælge, hvilken af de relevante overenskomster han vil påberåbe sig, jf. Tvistighedsnævnets kendelse i sag 02.2017. Efter klagers bestemmelse er det herefter Funktionæroverenskomsten for Handel, Viden og Service, indgået mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og HK, der finder anvendelse.

Funktionæroverenskomsten for Handel, Transport og Service indgået mellem Dansk Industri (DIO II) og HK Handel samt HK Privat finder ikke anvendelse på uddannelsesforholdet, da overenskomsten ikke er gældende inden for uddannelsesområdet. Det relevante uddannelsesområde er således kontoruddannelsen, og

det er uden betydning, hvilket speciale eleven har valgt inden for kontorområdet, ligesom det er uden betydning, hvilken overenskomst virksomheden er nærmest til at tiltræde. Det, som N1 har oplyst, er urigtigt og kan ikke tillægges betydning. Det følger således også af Tvistighedsnævnets praksis, at DIO II overenskomsten kun anvendes, hvis arbejdsgiveren er medlem af DIO II, jf. Tvistighedsnævnets kendelse i sag 60.2010 og 61. 2010. DIO II overenskomsten er i øvrigt heller ikke fulgt af virksomheden ved anvisning af løn.

Efter Funktionæroverenskomsten for Handel, Viden og Service mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og HK har eleven krav på pension. Kravet vedrørende pension er ubestridt opgjort i overensstemmelse med overenskomsten sammenholdt med Højesterets praksis.

Kravene vedrørende fritvalglønkonto, pension af ferietillæg, tillæg for gymnasial uddannelse og feriefridage er ligeledes opgjort i overensstemmelse med overenskomsten. Der er ikke grundlag for at anse betalingen herfor for indeholdt i grundlønnen på 15.000 kr. (senere 15.532 kr.). Der er en fælles forståelse mellem overenskomstens parter om, at man ved beregningen af fritvalg af efterbetalingskrav bruger den nugældende sats på 3,4 %.

Der er desuden krav på overtidsbetaling for den halve time, som klager systematisk har arbejdet for meget som følge af den fejlagtige angivelse af arbejdstiden i uddannelsesaftalen. Det er ikke oplyst, hvornår klager har været syg eller på skole, og der er derfor ikke grundlag for at nedsætte kravet.

Klager har desuden krav på en godtgørelse efter ansættelsesbevisloven, idet uddannelsesaftalen ikke angiver, hvilken kollektiv overenskomst der finder anvendelse, men tværtimod angiver, at ansættelsen ikke er omfattet af en overenskomst. Manglen har ført til tvist om et betydeligt beløb, og godtgørelsen kan derfor passende fastsættes til 10.000 kr.

B har til støtte for sine påstande navnlig anført, at Funktionæroverenskomsten for Handel, Transport og Service mellem DI overenskomst II og HK/privat samt HK Handel var gældende for ansættelsesforholdet, idet klager var ansat i en funktionærstilling med fokus på planlægning og effektiv gennemførelse af transportaftaler. Det bestrides, at det relevante uddannelsesområde er kontoruddannelsen.

Det kan ikke lægges til grund, at klager har ret til at vælge, hvilken overenskomst der skal anses for gældende for ansættelsesforholdet, idet det er kerneområdet for arbejdsgiverens kompetence at beslutte, hvilken overenskomst der skal følges. Virksomheden, der ikke er omfattet af en overenskomst, har frihed til selv at vælge, hvilken overenskomst der skal følges, når der er tale om en overenskomst, som er dækkende for arbejdsområdet. Arbejdet med indgåelse og gennemførelse af transportaftaler udgør den overvejende del af en speditørelevs arbejde, og derfor er det Funktionæroverenskomsten for Handel, Transport og Service mellem DI overenskomst II og HK/privat samt HK Handel, der er den mest dækkende for elevens arbejde. Dette støttes også af den fremlagte udtalelse fra N1. Det kan ikke være afgørende for valget af overenskomst, om virksomheden er medlem af DIO II eller ej. Tvistighedsnævnets kendelse i sagerne 60.2010 og 61.2010 vedrørte et andet uddannelsesområde og er ikke sammenlignelige.

Funktionæroverenskomsten for Handel, Transport og Service mellem DI overenskomst II og HK/privat samt HK Handel giver ikke eleven krav på pension, og virksomheden skal derfor frifindes for kravet herom. Opgørelsen af pensionskravet bestrides ikke, bortset fra at der ikke skal betales pension af feriefridage.

Det er uden betydning, at fritvalgskonto og værdien af feriefridage ikke er opgjort særskilt på lønsedlen, idet værdien heraf kan indeholdes i den løn, som klager har modtaget, og som ligger væsentligt over den løn, som

følger af overenskomsten. Det samme gør sig gældende vedrørende tillægget for gennemført gymnasial uddannelse, idet det efter bevisførelsen ikke bestrides, at klager har krav på dette tillæg. Det bestrides, at der skal beregnes fritvalg af disse tillæg med 3,4%, idet procentsatsen har ligget mellem 2 og 3,4 i de år, som tillæggene vedrører.

Det bestrides, at klager har krav på overarbejdsbetaling for ½ time pr. uge. Det fremgår af uddannelsesaftalen, at arbejdstiden alene er 37 timer, og klager har ikke dokumenteret, at han har arbejdet mere end det, idet angivelsen af, at arbejdstiden var 8.30-16.30 alene indebar, at de 37 timer skulle placeres inden for dette tidsrum.

Da virksomheden ikke er overenskomstdækket, er det ikke en fejl ved ansættelsesbeviset, at det er anført, at ansættelsesforholdet ikke er omfattet af en overenskomst. Godtgørelsen for mangelfuldt ansættelsesbevis bør ikke overstige 5.000 kr.

Rentekravet bestrides ikke.

Tvistighedsnævnets begrundelse og resultat

Pension

Tvistighedsnævnet lægger til grund, at der er mere end én kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet, og at Funktionæroverenskomsten for Handel, Viden og Service mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og HK, som eleven påstår anvendt, og Industriens Funktionæroverenskomst giver eleven ret til pension.

Det fremgår ikke af uddannelsesaftalen, hvilken af de kollektive overenskomster inden for uddannelsesområdet der skal følges, og det fremgår heller ikke på anden måde, at arbejdsgiveren har fulgt en bestemt kollektiv overenskomst ved udbetaling af lønnen, idet det tværtimod er anført i uddannelsesaftalen, at virksomheden ikke er omfattet af en overenskomst.

Herefter, og da arbejdsgiveren, der har udformet uddannelsesaftalen, efter almindelige aftaleretlige regler bærer risikoen for uklarheder ved aftalens udformning, lægger Tvistighedsnævnet til grund, at Funktionæroverenskomsten for Handel, Viden og Service mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og HK, som påstået af klager, finder anvendelse for uddannelsesaftalen, jf. erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2.

Klagers krav vedrørende pension tages derfor til følge.

Øvrige lønde

3 voterende udtaler herefter:

Vi lægger efter indholdet af uddannelsesaftalen sammenholdt med udformning af lønsedlerne og klagers forklaring om baggrunden for, at lønnen blev fastsat til 15.000 kr. (senere 15.532 kr.), til grund, at beløbet på 15.000 kr. var et grundbeløb, og at der hertil skal lægges de lønde, der følger af overenskomsten, idet vi også på dette punkt finder, at tvivlen vedrørende rækkevidden af den indgåede uddannelsesaftale må komme arbejdsgiveren til skade. Vi stemmer derfor for at tage kravet vedrørende tillæg for gymnasial uddannelse, pension af ferietillæg, manglende fritvalgskonto og feriefridage til følge, idet disse krav må anses for opgjort i overensstemmelse med Funktionæroverenskomsten for Handel, Viden og Service, indgået mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og HK.

2 voterende udtaler:

Da den aftalte månedlige ydelse på 15.000 kr. overstiger den grundløn, som en elev har krav på efter Funktionæroverenskomsten for Handel, Viden og Service mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og HK, finder vi, at den aftalte løn må anses for i videst muligt omfang at omfatte de løndele, som en elev i øvrigt har krav på efter overenskomsten, bortset fra pension, som skal indbetales på elevens pensionsopsparing.

Vi stemmer derfor for at frifinde arbejdsgiveren for kravene vedrørende tillæg for gymnasial uddannelse, manglende fritvalgskonto og feriefridage, i det omfang disse krav kan dækkes af differencen mellem den aftalte løn på 15.000 kr. pr. måned og den overenskomstmæssige løn.

Efter udfaldet af stemmeafgivningen tages klagers krav vedrørende tillæg for gymnasial uddannelse, pension af ferietillæg, manglende fritvalgskonto og feriefridage til følge.

Overarbejde

3 voterende udtaler:

På baggrund af ordlyden af uddannelsesaftalen sammenholdt med klagers forklaring, som ikke er imødegået af en forklaring fra virksomheden, finder vi, at det er bevist, at klager var pålagt ½ times overarbejde ugentligt. Vi stemmer derfor for at tage kravet om overarbejdsbetaling til følge, idet vi herved bemærker, at arbejdsgiveren ikke har fremlagt en opgørelse over klagers fravær som følge af skoleophold og sygdom, der kan danne grundlag for et eventuelt fradrag.

2 voterende udtaler:

Vi finder, at det må have stået klager klart, at han alene havde pligt til at arbejde 37 timer ugentligt, således som det er anført i uddannelsesaftalen. Vi finder det endvidere ikke godtgjort, at der har været tale om pålagt overarbejde ud over 37 timer pr. uge, og stemmer derfor for at frifinde arbejdsgiveren for denne del af kravet.

Efter stemmeflertallet tages kravet til følge.

Ansættelsesbevisloven

Alle voterende:

Ansættelsesbeviset er mangelfuldt, idet det ikke indeholder oplysning om den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet. Klager har derfor krav på en godtgørelse efter ansættelsesbevisloven.

3 voterende udtaler herefter:

Vi finder, at ansættelsesbeviset, der også på andre punkter er mangelfuldt, er behæftet med væsentlige mangler. Manglerne har givet anledning til den foreliggende tvist, som vedrører et betydeligt beløb. Vi finder derfor, at godtgørelse passende kan fastsættes til 10.000 kr.

2 voterende udtaler:

Vi finder, at godtgørelsen passende kan fastsættes til 5.000 kr., idet klager som følge af den manglende oplysning om den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet efter vores opfattelse alene har risikeret at miste et mindre beløb i pension.

Efter stemmeflertallet fastsættes godtgørelsen til 10.000 kr.

Påstanden om betaling af 99.571,21 kr. tages herefter til følge. Af beløbet skal 43.121,52 kr. indbetales på klagers pensionsordning.

Kravet på renter er ubestridt, og påstanden tages derfor til følge 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 99.571,21 kr. til A. Heraf skal et beløb på 43.121,52 med procesrente indsættes på As pensionsopsparing.

Kravet forrentes med procesrente af 1.344,15 kr. fra den 31. oktober 2016, af 1.344,15 kr. fra den 30. november 2016, af 1.308,73 kr. fra den 31. december 2016, af 3.180,15 kr. fra den 31. januar 2017, af 3.180,15 kr. fra den 28. februar 2017, af 3.362,48 kr. fra den 31. marts 2017, af 3.362,48 kr. fra den 30. april 2017, af 3.362,48 kr. fra den 31. maj 2017, af 3.362,48 kr. fra den 30. juni 2017, af 3.362,48 kr. fra den 31. juli 2017, af 3.362,48 kr. fra den 31. august 2017, af 3.362,48 kr. fra den 30. september 2017, af 3.362,48 kr. fra den 31. oktober 2017, af 3.362,48 kr. fra den 31. marts 2017, af 3.362,48 kr. fra den 30. november 2017, af 3.362,48 kr. fra den 31. januar 2018, af 3.362,48 kr. fra den 28. februar 2018, af 3.488,48 kr. fra den 31. marts 2018, af 3.654,28 kr. fra den 30. april 2018, af 3.752,71 kr. fra den 31. maj 2018, af 3.574,02 kr. fra den 30. juni 2018, af 2.965,67 kr. fra den 31. juli 2018, af 3.574,02 kr. fra den 31. august 2018, af 17.854,93 kr. fra den 30. september 2018 samt af 10.000 kr. fra den 28. oktober 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.