

Tvistighedsnævnet

K E N D E L S E

Afsagt af Tvistighedsnævnet den 21. november 2022 i sag 49.2021

A

v/advokatfuldmægtig Tobias Moberg Riis, Teknisk Landsforbund

mod

B under konkurs

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 advokat Tine Vestergaard Olesen, udpeget af DI Byggeri, og faglig sekretær Jill Egebak, udpeget af Teknisk Landsforbund.

Denne sag drejer sig om godtgørelse for ophævelse af uddannelsesaftalen, efterbetaling af løn mv og overarbejde.

Klager, A, har ved sin faglige organisation, Teknisk Landsforbund, ved klageskrift modtaget den 12. november 2021 indbragt sagen for Tvistighedsnævnet med påstand om, at indklagede, B, skal betale 300.599,77 kr., subsidiært et mindre beløb, til ham med procesrente fra de enkelte ydelsers forfaldsdato.

Påstanden er opgjort således:

• Lønforskel frem til bortvisning	6.406,50 kr.
• Løn i opsigelsesperioden	86.578,20 kr.
• Feriegodtgørelse af lønforskel og i opsigelsesperioden	11.623,09 kr.
• Pension heraf	25.653,83 kr.
• Fritvalgs Lønkonto heraf	11.771,33 kr.
• Pension af Fritvalgs Lønkonto	1.412,56 kr.
• Løn for overarbejde	68.343,75 kr.
• Feriegodtgørelse heraf	8.542,97 kr.
• Pension heraf	8.201,25 kr.
• Fritvalgs Lønkonto heraf	3.478,28 kr.

• Pension af Fritvalgs Lønkonto	417,39 kr.
• Manglende udbetaling af feriepenge	15.170,62 kr.
• Tab af uddannelsesgode	53.000,00 kr.

N1, har den 5. januar 2022 indleveret et svarskrift med bilag i sagen med påstand om frifindelse og med angivelse af, at hun repræsenterer B. Hun har, trods en anmodning herom fra Tvistighedsnævnet, ikke indleveret en fuldmagt fra virksomheden som dokumentation for, at hun repræsenterer virksomheden.

B er den 4. august 2022 taget under konkursbehandling. Advokat Cathrine Ohff Wollenberg Zittan, der er udpeget som kurator, har oplyst, at boet ikke ønsker at indtræde i sagen.

Sagen har været behandlet mundtligt på et møde i Tvistighedsnævnet den 10. november 2022.

Sagsfremstilling

Den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet er Teknikeroverenskomsten mellem Dansk Byggeri (nu DI Byggeri) og Teknisk Landsforbund.

Virksomheden var via medlemskab af DI omfattet af overenskomsten.

Mellem A, født den 13. august 1975, og B, blev der den 8. oktober 2020 indgået en uddannelsesaftale i form af en restaftale, hvorefter A som vokselev skulle uddannes som teknisk designer inden for bygge og anlæg med uddannelsesperiode fra den 12. oktober 2020 til den 15. oktober 2021. I uddannelsesaftalen var der sat kryds i rubrikken, hvorefter lønnen udgør den gældende mindstebetaling for elever fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet. Den 29. marts 2021, som var mandag før påske, mødte A ikke på arbejde, og virksomheden gav ham samme dag en advarsel med henvisning til, at han uberettiget var udeblevet fra sit arbejde. Den 6. april 2021, som var tirsdag efter påske, mødte A igen på arbejde, og han var herefter på arbejde, indtil han den 19. april 2021 blev bortvist fra arbejdspladsen med henvisning til, at han var mødt for sent, idet han mødte kl. 7.09. I brevet om bortvisning var desuden anført, at virksomheden var blevet opmærksom på, at A efter bortvisningen havde kontaktet virksomhedens kunder, og at han drev konkurrerende virksomhed under navnet Q". Teknisk Landsforbund protesterede samme dag over bortvisningen. Sagen blev behandlet i Det Faglige Udvalg for Teknisk Designer Uddannelsen den 25. oktober 2021, uden at der kunne opnås enighed, og sagen blev derefter indbragt for Tvistighedsnævnet.

A har for Tvistighedsnævnet fremlagt lønsedler og indkomstoplysninger fra SKAT, udskrifter fra Pensionsinfo og Feriepengeinfo, opgørelse over overarbejde og beregningsskemaer vedrørende kravet.

Retsgrundlaget

Af erhvervsuddannelseslovens § 55 fremgår bl.a.:

"Uddannelsesaftalen skal angive den løn, oplæringsvirksomheden skal betale til elever og lærlinge under oplæringsophold 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 § 61 fremgår bl.a.:

”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 er uddannet som tømrer, men at han ønskede at skifte spor, hvorfor han gik i gang med en uddannelse som teknisk designer. Han startede som elev hos en virksomhed, R, der laver akustiske løsninger til hospitaler, men blev headhuntet til B af N2. Han troede, at N2 var ejer af virksomheden, men det viste sig senere at være hans kone, N3.

Aftalen var, at han skulle have almindelig elevløn, og at mødetiden var 8.00 til 15.00. Han fik at vide, at han ville komme til at arbejde sammen med en arkitekt, og det var hans store ønske. Dagen efter at han var startet i virksomheden, forlod både arkitekten og de andre ansatte dog virksomheden, således at der kun var ham og N2 tilbage. Hans opgave kom derfor til at bestå i brandslukning i forhold til virksomhedens igangværende projekter. Han måtte hyre venner og bekendte for at klare opgaven, og han arbejdede meget. Kun 10-15 % af det arbejde, som han udførte, var uddannelsesrelevant. Resten var tømrerarbejde og projektledelse.

Det var nødvendigt, at han arbejdede om aftenen med tegningsmaterialet til brug for fx myndighedsgodkendelser. Der forelå nok ikke en egentlig aftale herom, men han følte sig presset til det, for at virksomheden kunne overleve. Han udførte også andet arbejde om aftenen, herunder var det nødvendigt for han at svare på beskeder fra N2 om planlægningen af den følgende dags arbejde.

På et tidspunkt blev hans mødetid ændret fra kl. 8 til kl. 7, og han arbejdede til sent på dagen. Han noterede de første 2-3 uger sit overarbejde, men da N2 sagde til ham, at han fik et fast beløb som elev, holdt han op med det. Han har efter ansættelsens ophør lavet den fremlagte opgørelse over sit overarbejde. Opgørelsen er lavet på baggrund af hans optegnelser, billeder, som han har taget af arbejdet, og sms'er, som han har skrevet derom. Han har ikke haft adgang til de sms'er, som han skrev på sin arbejdstelefon, idet N2 umiddelbart efter ansættelsens ophør lukkede for hans adgang hertil. Han arbejdede bl.a. med et byggeri på X, ved Y og på N2s private ejendom i Z.

Han var meget frustreret over forholdene, og han gjorde flere gange N2 opmærksom herpå, herunder at det var nødvendigt, at hans opgaver var mere uddannelsesrelaterede. Han havde en samtale med N2 herom den 26. marts 2021, men det førte til, at N2 beskyldte ham for at være uengageret. Det blev han vred over, og derfor sagde han til N2, at han ikke længere ville lave tømrerarbejde, og at N2 havde en måned til at finde en anden, der kunne overtage denne del af opgaverne. Han gav derfor også sin nøgle til firmabilen til N2, idet han ikke længere ville have brug for den, fordi han ikke skulle rundt til byggepladserne. Der var ikke tale om, at han sagde op eller ophævede sin uddannelsesaftale. Da han kom hjem, kontaktede han sin fagforening, og han fik at vide, at han den næste arbejdsdag, som var den 29. marts 2021, skulle sygemelde sig, indtil fagforeningen havde fundet ud af, hvad der skulle gøres. Mandag den 29. marts 2021 sygemeldte han sig derfor via en sms fra sin arbejdsmobil til N2. Han har ikke på noget tidspunkt fået en personalehåndbog udleveret, og han var derfor ikke klar over, at han ikke kunne sygemelde sig pr. sms. Han er ikke længere i besiddelse af sms'en, idet den blev sendt via hans firmatelefonnummer, som han ikke længere har adgang til. Den 29. marts 2021 gav virksomheden ham en advarsel med henvisning til, at han var udeblevet uden at sygemelde sig. Lige før påske havde han en samtale med N2, der foreslog, at der blev lavet et tillæg til hans uddannelsesaftale, men det afslog han. Den 6. april 2021 - lige efter påske - mødte han igen på arbejde, og han var på arbejde indtil den 19. april

2021, hvor N2 mundtligt hævdede hans uddannelsesaftale med henvisning til, at han var mødt kl. 7.09 i stedet for kl. 7.00. Ved samme lejlighed fyrede N2 også 3 betonarbejdere. Da han ikke havde en bil, måtte han bede sin kæreste om at hente ham. Han fik senere samme dag en mail om ophævelsen. Det er ikke rigtigt, som det anføres i ophævelsen, at han tidligere har fået advarsler for ikke at møde til tiden, hverken mundtlige eller skriftlige. Da han var sygemeldt, fik han et brev af 30. marts 2021 fra N1 med et påbud om at møde på arbejde, og i det brev skrev hun det samme. N1, der står for virksomhedens juridiske forhold, er efter hans opfattelse kæreste med N2.

Han er efterfølgende blevet færdiguddannet i en anden virksomhed uden forsinkelse, og han har fået job i en arkitektvirksomhed.

V1 har forklaret, at hun er kæreste med A. De har kendt hinanden i ca. 2 år. Hun var kortvarigt ansat i et flex-job hos B, efter at hun havde lært A at kende. Hun blev fyret den 12. marts 2021 uden varsel og uden begrundelse. Hun gik derfor til sin fagforening, som tog sagen op over for B. Det førte til, at hun fik en række breve fra N1 med trusler, der havde en sådan karakter, at hende fagforening bad hende om at sende brevene ulæste til foreningen, idet det var for psykisk belastende for hende at læse dem.

Mens A var hos B, arbejdede han meget. Han havde altid håndværkertøj på og aldrig kontortøj, når han var på arbejde, og det er hendes opfattelse, at han var beskæftiget med byggeri. Han kørte kl. 6 og var typisk tilbage ved 17-18-tiden. Han var også meget væk om aftenen og i weekender, og om aftenen blev han desuden tit ringet op af N2, bl.a. blev han en søndag aften beordret til at køre til lufthavnen for at blive testet for Corona, idet N2 var bange for, at hun havde smittet A.

Hun har hjulpet A med at lave opgørelsen over overarbejde. Den er stykket sammen af oplysninger fra forskellige steder, fx fra billeder, beskeder og As notater. Det lykkedes dem at kopiere en del af beskederne fra arbejdstelefonnummeret, inden det blev lukket, men de fik ikke det hele med. Det tog dem ca. 4 dage at lave opgørelsen.

Den 26. marts 2021 ringede A til hende og bad om at blive hentet i Z, hvor han havde arbejdet på N2s private ejendom. Han havde sagt til N2, at han måtte finde en anden end ham til at lave håndværksarbejdet, så han kunne komme tilbage på kontoret og lære noget, og det var N2 blevet sur over. Der var ikke tale om, at A havde opsagt sin stilling. Efter nogle dages sygemelding gik A på arbejde igen, men den 19. april ringede han til hende ca. kl. 7.30 og bad om at blive hentet, fordi han var blevet fyret. Han fortalte, at det skyldtes, at han var kommet nogle minutter for sent. Han fik senere en skriftlig ophævelse, og ligesom i den ophævelse, som hun havde fået, stod der, at han tidligere havde fået advarsler, selv om det ikke var sandt.

Procedure

I klageskriftet er til støtte for As påstand er anført:

”Uddannelsesaftalen forpligtede B til at beskæftige A 37 timer om ugen, idet dette var angivet i aftalen. Reelt aflønnede B kun A for det udførte arbejde. Som følge heraf tilpligtes B at betale lønforskellen mellem den udbetalte løn og aflønning på fuldtid.

Det fremgår af Erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, at lønnen som minimum skal udgøre den løn, der er fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet. I denne sag er der mellem parterne enighed om, at den relevante overenskomst er Teknikeroverenskomsten mellem Teknisk Landsforbund og Dansk Byggeri.

Af Teknikeroverenskomstens § 4, stk. 4, fremgår at elever over 20 år skal omfattes af den almindelige pensionsordning. Ligeledes finder overenskomstens § 3 om Fritvalgskonto anvendelse. A modtog hverken pension eller fritvalgskonto under sin ansættelse i B. Som følge heraf tilpligtes B at betale pension og fritvalg af den udbetalte løn.

Advarslen af 29. marts 2021 er afgivet efter A havde meldt sig syg pr. SMS. Idet sygdom er lovligt forfald fra arbejdet, er advarslen ikke afgivet korrekt og kan ikke tillægges nogen værdi. Selv hvis advarslen var afgivet retmæssigt, ville den ikke have været nok til at berettige en bortvisning af A. En ensidig ophævelse af uddannelsesaftalen fra virksomhedens side kræver at der foreligger en væsentlig misligholdelse af ansættelsesforholdet fra elevens side. At komme 9 minutter for sent var ikke - hverken i funktionærlovens eller erhvervsuddannelseslovens forstand – en væsentlig misligholdelse, da bortvisningen fandt sted. Som følge heraf tilpligtes B at betale en erstatning indtil det tidspunkt, hvor A kunne have været opsagt, jf. funktionærlovens § 3.

Den uberettiget bortvisning af 19. april 2021 gav A en betydelig risiko for at blive forhindret i at færdiggøre sin uddannelse som Teknisk Designer. Som følge heraf tilpligtes B at betale en erstatning for tab af uddannelsesgode jf. nævnets faste praksis.

Under hele ansættelsen udførte A 293 timers overarbejde, herunder forskudt tids - og weekendarbejde. Ingen af disse timer indgik i den løbende aflønning af A, og B påstod over for A, at dette måtte anses som interesseløst. Da tegneopgaverne, der blev tildelt A, skulle udføres udenfor almindelige arbejdstid, må det anses som beordret overarbejde som nævnt i Teknikeroverenskomst § 10, stk. 5. Som følge heraf tilpligtes B at betale løn for det udførte arbejde med dertilhørende tillæg for overarbejde, jf. Teknikeroverenskomstens § 10, stk. 2.

Såfremt nævnet måtte finde, at der ikke er tale om beordret overarbejde i overenskomstens forstand må der lægges vægt på uddannelsesaftalen. Af denne fremgår at der er aftalt almindelig fuldtidsbeskæftigelse bestående af 37 timer om ugen. Idet dette arbejde skulle udføres udenfor rammen af disse 37 timer, skal de 293 timer som minimum honoreres med A almindelige timeløn på kr. 135 i timen.”

Der er procederet i overensstemmelse hermed. Til støtte for den subsidiaire påstand har A henvist til funktionærlovens § 2 b, stk. 3.

Tvistighedsnævnets begrundelse og resultat

Ophævelsen

Ophævelsen af As uddannelsesaftale fandt sted efter udløbet af prøvetiden. Uddannelsesaftalen kunne derfor kun ophæves, hvis der forelå en væsentlig misligholdelse. Virksomheden har bevisbyrden for, at der forelå en væsentlig misligholdelse.

Som begrundelse for ophævelsen er der henvist til, at A den pågældende dag kom 9 minutter for sent. En forsinkelse af denne karakter kan ikke anses for at udgøre en væsentlig misligholdelse af uddannelsesaftalen. Det bemærkes herved også, at der ikke foreligger dokumentation for, at A tidligere er tildelt advarsler, sådan som det er anført i ophævelsen.

Ophævelsen var derfor uberettiget.

A var i lære som teknisk designer og var derfor funktionær. Han har som følge heraf krav på erstatning efter funktionærlovens § 3. Kravet på 86.578,20 kr., der også omfatter løn i perioden fra den 1. april til ophævelsen den 19. april 2021, tages derfor til følge.

A har desuden efter erhvervsuddannelsesloven krav på en godtgørelse for mistet uddannelsesgode som følge af den uberettigede ophævelse. Godtgørelsen består dels af en kompensation for elevens indtægtstab, dels en kompensation for ulemper ved ophævelsen. Da A ved tilkendelsen af erstatning efter funktionærlovens § 3 har fået erstatning for sit løntab, nedsættes godtgørelsen i overensstemmelse med nævnets praksis med det halve til 26.500 kr. svarende til halvdelen af den sædvanlige godtgørelse for en vokselev.

Overarbejdsbetaling

Efter den fremlagte opgørelse over overarbejde, sammenholdt med de fremlagte bilag og forklaringerne fra A og V1, finder Tvistighedsnævnet, at det er bevist, at A har haft overarbejde i et betydeligt omfang. Efter en skønsmæssig vurdering, hvorved der bl.a. er taget hensyn til, at As opgørelse ikke er udarbejdet løbende, fastsættes kravet vedrørende overarbejde til 35.000 kr.

Lønforstel fra ansættelse til bortvisning

A har efter uddannelsesaftalen krav på at blive aflønnet for 37 timer pr. uge, også selv om han måtte arbejde mindre end dette. Efter de fremlagte oplysninger om aflønningen af A kan det lægges til grund, at han ikke i alle måneder er aflønnet i overensstemmelse hermed. Kravet om betaling af 6.406,50 kr. tages derfor til følge, idet det herved bemærkes, at der ikke foreligger oplysninger om, at A har holdt fri for egen regning.

Manglende udbetaling af feriepenge

Efter de fremlagte oplysninger, sammenholdt med, at der ikke foreligger en lønseddel eller anden dokumentation for udbetaling af beløbet, tages As påstand om betaling af feriepenge med 15.170 kr. til følge.

Feriegodtgørelse og Fritvalgs Lønkonto

Kravene på 11.623,06 kr. og 11.771,33 kr. må på det foreliggende grundlag anses for opgjort i overensstemmelse med den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet og tages derfor til følge.

Feriegodtgørelsen af overarbejdsbetalingen på 35.000 kr. udgør 4.375 kr. og Fritvalgs Lønkontoen heraf udgør 1.750 kr.

Pension

Det er oplyst, at alle pensionskrav er beregnet med 12 %.

Tvistighedsnævnet bemærker særligt vedrørende opgørelsen af kravet på pension, at det fremgår af Højesterets praksis, at en virksomhed ikke med frigørende virkning kan udbetale elevens eget pensionsbidrag til denne, og at virksomheden derfor i en situation, hvor elevens eget pensionsbidrag er udbetalt til denne sammen med den udbetalte løn, har pligt til at betale såvel virksomhedens eget pensionsbidrag som elevens pensionsbidrag. Vedrører kravet derimod pension af et krav om efterbetaling af løn, må elevens eget pensionsbidrag afholdes af den efterbetalte løn.

Kravene på pension tages herefter til følge således, idet A af følgende krav selv skal afholde sit pensionsbidrag:

- Kravet på 25.653,83 kr. nedsættes til 22.190,71 kr.
- Kravet på pension af Fritvalgs Lønkontoen nedsættes fra 1.412,56 til 997,56 kr.
- Pensionskravet af overarbejdsbetalingen udgør 3.150 kr.
- Pensionskravet af Fritvalgs Lønkonto af overarbejdsbetalingen udgør 140 kr.

As krav tages derfor til følge med i alt 225.652,36 kr., der 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 ApS under konkurs skal til A betale 225.652,36 kr. med procesrente fra de enkelte ydelsers forfaldsdato.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part.

Sagen kan inden 8 uger efter, at nævnet har truffet afgørelse, indbringes for domstolene, jf. erhvervsuddannelseslovens § 64, stk. 4. Såfremt sagen indbringes for domstolene, anmoder Tvistighedsnævnet om at blive orienteret.