

K E N D E L S E

Afsagt af Tvistighedsnævnet den 24. maj 2019 i sag 50.2018

A

v/ advokat Klara Hoffritz, HK/Privat

mod

B

v/ direktør C og direktør D

I sagens behandling har som faste medlemmer af Tvistighedsnævnet deltaget landsdommer Ida Skouvig (formand), chefkonsulent Stine Graaskov Jensen (DA) og advokat Berit Cn (FH). Endvidere har som særligt sagkyndige medlemmer deltaget advokat Jakob Mose Poulsen, udpeget af Grakom, og faglig sekretær Monica J. Hovgaard, udpeget af HK/Privat.

Denne sag drejer sig om godtgørelse for ophævelse af uddannelsesaftalen.

Klager, A, har ved sin faglige organisation, HK/Privat, ved klageskrift modtaget den 14. december 2018 indbragt sagen for Tvistighedsnævnet med endelig påstand om, at indklagede, B, til ham skal betale 132.497,68 kr., subsidiært et mindre beløb, med procesrente af 5. 520,18 kr. fra den 30. november 2017, af 114.262,11 kr. fra den 4. december 2017, af 10.000 kr. fra den 10. februar 2018 og af 2.715,39 kr. fra den 5. februar 2019.

Påstanden er opgjort således:

- | | |
|---|---------------|
| • Renter af manglende løn 1. - 4. december 2017 | 158,58 kr. |
| • Erstatning efter funktionærlovens § 3 | 74.262,11 kr. |
| • Godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b | 34.638,66 kr. |

eller

Godtgørelse for tab af uddannelsesgode	40.000,00 kr.
--	---------------

- | | |
|--|---------------|
| • Manglende løn | 5.520,18 kr. |
| • Renter af manglende fritvalg mv. | 2.198,42 kr. |
| • Renter af manglende fritvalgslønskonto | 358,39 kr. |
| • Mangelfuldt ansættelsesbevis | 10.000,00 kr. |

Beløbet vedrørende manglende løn er opgjort i et særskilt bilag, hvoraf bl.a. fremgår, at der ved opgørelsen af denne del af kravet er taget hensyn til, at der for februar 2016 er afregnet løn med 18.174 kr. mod normalt 11.634 kr., og at der for oktober 2017 er afregnet løn med 24.308,76 kr. mod normalt 14.575 kr.

Indklagede har under nævnsmødet nedlagt påstand om frifindelse mod betaling af rentebeløbene på i alt 2.715,39 kr. og manglende løn på 5.520,18 kr.

Sagen har været behandlet mundtligt på et møde i Tvistighedsnævnet den 9. maj 2019.

Sagsfremstilling.

Mellem A, født den 2. februar 1995, og B, CVR nr. xxxxxx, blev der den 4. september 2014 indgået en uddannelsesaftale, hvorefter A i perioden fra den 15. september 2014 til den 14. september 2018 skulle uddannes som mediegrafiker. Af uddannelsesaftalens pkt. 8 fremgik, at den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet var ”HK”, og at lønnen udgjorde den gældende mindstebetaling for elever. Det var ikke oplyst, hvilket beløb lønnen udgjorde ved uddannelsens begyndelse.

Den 16. marts 2017 blev der afsagt konkursdekret over virksomheden. Forinden var den indklagede virksomhed med CVR nr. xxxxxx blevet stiftet, og der er mellem parterne enighed om, at A blev virksomhedsoverdraget til den indklagede virksomhed i forbindelse med stiftelsen af dette selskab. Der blev ikke lavet et tillæg til uddannelsesaftalen herom.

Ifølge en meddelelse til erhvervsskolen om ophævelse af en uddannelsesaftale, der er underskrevet af virksomheden den 30. november 2017, blev uddannelsesaftalen ophævet ensidigt af virksomheden med virkning fra samme dag. Om begrundelsen for ophævelsen var anført:

”Nedlæggelse af grafisk afdeling, som ikke drives videre under samme forudsætninger, som ved aftalens indgåelse.”

Ophævelsen er registreret af erhvervsskolen den 5. december 2017.

Der er mellem parterne enighed om, at der om morgenen den 4. december 2017 blev afholdt et møde med deltagelse af C, D, A og F, HK/Privat, hvorunder man drøftede spørgsmålet om ophævelse.

Ved mail samme dag kl. 13.21 fremsendte en konsulent fra erhvervsskolen en blanket til brug for ophævelse af uddannelsesaftalen til virksomheden. I mailen henviste konsulenten til, at hun samme dag havde talt med A om ophævelse af uddannelsesaftalen.

Ligeledes samme dag sendte A kl. 15.13 en mail til C med F cc. Af mailen fremgik følgende:

”Jeg vil gerne fastholde at denne ophævelse af Uddannelsesaftale fra B side, efter min mening er helt uacceptabel.

Jeg er absolut ikke skyld i at B ikke vil have en grafisk afdeling mere, så denne ophævelse af uddannelsen 6 måneder inden jeg er færdig, er jeg helt uden skyld i.

Jeg er af B blevet ”fritstillet” i dag, men helt uden opsigelse osv, regnede absolut med at denne læreplads var virksomheden bundet til at færdiggøre?

Jeg går absolut ud fra at dette ikke vil stille mig dårligere, hverken økonomisk eller rent uddannelsesmæssig.

Jeg vil selvfølgelig have denne uddannelse færdiggjort efter over 3 år i lære!

Lad mig venligst høre fra jer.”

Ved mail af 5. december 2017 svarede C følgende til A:

”Jeg synes vi havde et rigtig godt og konstruktivt møde med F fra HK i går. På mødet blev situationen vendt, og F kom med sine råd ifht at lave en holdbar plan for dig, med det ene sigte, at du skal have de bedste forudsætninger for at gennemføre din uddannelse.

SELVFØLGELIG er det ikke din skyld at den grafiske afdeling hos os bliver nedlagt. Det er en strategisk beslutning, samt en række sammenfald af andre faktorer. Vi har aldrig givet udtryk for andet!!

På mødet redegjorde F for dine muligheder, Her blev forelagt 2 forskellige scenarier:

1.) du kunne fortsætte hos B som elev. Dette ville dog kræve en utrolig høj grad af selvmotivation og proaktivitet ifht. at generere opgaver og tilsikre den nødvendige viden. ifht at kunne bestå din svendep prøve til Maj/Juni, i og med at du fra d.1/1-18 ville være helt alene og ikke have nogen med grafisk baggrund at støtte dig til.

2.) skolepraktik. Her vil der være både ligesindede, samt vejledere og lærer, der kan være med til at sikre at du kommer helt i mål med resten af din uddannelse.

Efter F havde forelagt de 2 skitserede løsninger, ytrede du selv, at du helt klart ønskede at fortsætte din uddannelse i skolepraktik, hvilket vi alle naturligvis godt kan forstå!

...”

Ved brev af 10. januar 2018 rejste HK/Privat ved F på vegne af A et krav over for virksomheden på 113.184,66 kr. for bl.a. mistet uddannelsesgode, mangelfuldt ansættelsesbevis og erstatning for løn i opsigelsesperioden. Den 20. november 2018 blev der afholdt forligsmøde i Grafisk Uddannelsesudvalg med deltagelse af eleven og virksomheden, hvor det blev konstateret, at det ikke var muligt at forlige sagen.

Der er i øvrigt fremlagt lønsedler og udskrifter fra sociale medier vedrørende efterfølgende ansættelse af en grafiker i virksomheden og om stillingsopslag.

Der er under mødet afspillet en telefonsamtale fra den 26. januar 2018 mellem C og F fra HK.

Retsgrundlaget

Af erhvervsuddannelseslovens § 60, stk. 1 og 2, fremgår, at en uddannelsesaftale ikke kan opsiges af aftalens parter efter udløbet af prøvetiden 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 bl.a., at der, da han startede i virksomheden, var 2 andre ansatte i den grafiske afdeling. Da han kom tilbage til virksomheden efter et skoleophold, var virksomheden flyttet i andre lokaler, men der var fortsat to grafiske medarbejdere foruden ham. Desuden var der ansat en journalist. I 2017 kom virksomheden i økonomiske vanskeligheder, men han blev ikke orienteret om, hvad der skete. Han oplevede i en periode, at der ikke var opgaver nok, og derfor kontaktede han skolen. Der blev derefter holdt et møde mellem ham, skolen og virksomheden. Det var omkring sommeren 2017. Virksomheden var utilfreds med, at han havde

kontaktede skolen og ikke dem, og han fik at vide, at han bare kunne sige op, hvis han ikke ville være der, men det gjorde han ikke. Derefter skete der ikke yderligere.

Den 4. december 2017 blev han bedt om at deltage i et møde med C og D. I mødet deltog også F fra HK. F fortalte ham, at mødet handlede om, at virksomheden ønskede at ophæve uddannelsesaftalen. F skitserede, at der var to muligheder, men sagde, at det var bedst at køre en sag mod virksomheden, og at han måtte tage i skolepraktik. Han gav ikke over for F eller de andre udtryk for, at han var indforstået med at hæve uddannelsesaftalen eller at gå i skolepraktik. Efter at F var gået, bad C ham om at underskrive en blanket om ophævelse, men det afviste han. Han fik derefter at vide, at han ikke skulle komme mere i virksomheden. Samme dag kontaktede han skolen for at tale med dem om, hvad en ophævelse indebar for ham, herunder om muligheden for skolepraktik. Han sendte desuden den fremlagte mail til virksomheden og F. På mødet var det hans indtryk, at virksomheden gerne ville af med ham, og han har efterfølgende via de fremlagte oplysninger fra sociale medier kunnet konstatere, at den grafiske afdeling ikke var nedlagt, som de ellers havde sagt. Der var ikke tale om, at man på mødet tilbagekaldte en tidligere ophævelse.

Der gik ca. 1 ½ måned efter ophævelsen, til der var plads til ham i skolepraktikken. Den 23. januar 2018 fik han en ny læreplads, hvor han blev udlært og nu er ansat som grafiker. Hans uddannelse blev forsinket med ca. ½ år som følge af ophævelsen.

D har forklaret bl.a., at han sammen med C er direktør i virksomheden, som laver brochurer til virksomheder og tegner annoncer til brochurerne. Der er ansat en række sælgere til det formål. I den grafiske afdeling var der 4 ansatte.

I 2017 mistede de nogle kunder, og da der samtidig var en nøglemedarbejder i den grafiske afdeling, der sagde op, besluttede de at lukke den grafiske afdeling og i stedet klare sig med assistance fra en freelancer. De kontaktede derfor erhvervsskolen for at høre, hvad de så skulle gøre med A. De fik den besked, at hvis der forelå væsentligt ændrede forhold – og det mente skolen var tilfældet – kunne uddannelsesaftalen med A opsiges. Han ville i så fald kunne komme i skolepraktik i stedet. C orienterede derefter A om, at han ville blive opsagt, og han talte også med fagforeningen. A kontaktede selv fagforeningen, og F fra HK kom derefter ind i sagen. F sagde, at det ikke var lovligt at opsiges A, og derfor blev der indkaldt til mødet den 4. december 2017 med henblik på at finde en løsning. Før mødet sagde C til A, at der ikke var en opsigelse endnu, og at han derfor ikke skulle sige noget om det til nogen, idet de først måtte se, hvad de kunne finde ud af på mødet.

På mødet den 4. december 2017, som fandt sted om morgenen, talte han og C i første omgang alene med F. Her hørte de for første gang, at den vejledning, som de havde fået fra skolen var forkert, og de talte derfor om muligheden for at finde en anden løsning. De talte sammen i ca. ½ time, og F sagde, at der var de to muligheder, som er skitseret i Cs mail fra den 5. december 2017 til A. Derefter talte F alene med A om de to muligheder i ca. ½ time, og til sidst talte de alle 4 sammen. De blev enige om, at den bedste måde at komme videre på var, at A kom i skolepraktik, og det gav de hinanden hånden på. Han og C var derefter af den opfattelse, at det var en aftale. Da de modtog As mail, sendte C straks mailen af 5. december 2017, hvor han skitserede de to modeller, der havde været tale om. Da de ikke hørte noget fra A, som heller ikke mødte på arbejde, gik de ud fra, at det var i orden. Da de i januar fik HK's mail om et erstatningskrav, ringede C straks til F i HK, der sagde, at baggrunden for kravet var, at begge modeller var ulovlige. C optog samtalen med F på sin telefon. Det er rigtigt, at det efterfølgende lykkedes at ansætte en grafiker, men hun blev der kun i 4 måneder, og derefter klarede virksomheden sig med en freelancer. De søgte desuden en It-ansvarlig, der kunne tage over i stedet for en af de andre medejere, der trådte ud af selskabet.

C har forklaret, at F klart gav udtryk for, at det var hans opfattelse, at A skulle i skolepraktik, hvis han skulle igennem det, men han er efterfølgende blevet opmærksom på, at F heller ikke rådgav dem korrekt. Han havde en telefonsamtale med F den 26. januar 2018, efter at virksomheden havde modtaget kravet fra HK.

Det er hans opfattelse, at F under den samtale bekræftede virksomhedens opfattelse af, hvad der var aftalt. Han optog telefonsamtalen uden F's viden.

Det er ham, der har underskrevet ophævelsen af 30. november 2017. Han fik den til underskrift af en daværende medejer i firmaet, E, der havde haft kontakt til skolen, og den blev underskrevet før mødet den 4. december 2017. Det må være E, der uden aftale med ham har sendt den til skolen. Det er ikke rigtigt, som A har forklaret, at han på mødet den 4. december 2017 blev bedt om at underskrive ophævelsen.

Procedure

A har til støtte for sin påstand navnlig gjort gældende, at det er virksomheden, der - som det fremgår af den skriftlige ophævelse - har ophævet uddannelsesaftalen. Han har ikke tiltrådt ophævelsen, ligesom han ikke har erklæret sig enig i nogen af de to muligheder, der blev skitseret. Muligheden med at blive i virksomheden uden en oplæringsansvarlig indebar, at han ikke ville blive oplært, og derfor var det ikke en reel mulighed, men i stedet udtryk for en misligholdelse af forpligtelserne i henhold til uddannelsesaftalen. Løsningen med skolepraktik forudsatte, at aftalen blev ophævet.

Ophævelsen var uberettiget, idet han ikke havde givet anledning dertil. Ophævelsen var alene begrundet i virksomhedens ønske om at nedlægge den grafiske afdeling, og det er - i overensstemmelse med højesteretspraksis - virksomheden, der i den situation må bære risikoen for, at forudsætningerne for indgåelse af uddannelsesaftalen brister. Det er desuden - i lyset af de senere ansættelser og stillingsopslag - ikke bevist, at der fremover ikke ville være en grafisk afdeling i virksomheden, og at forudsætningerne for ansættelsen dermed var bristet.

Som funktionæransat har han udover krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2b eller erhvervsuddannelsesloven krav på erstatning efter funktionærlovens § 3 for sit løntab i opsigelsesperioden.

Han har desuden krav på godtgørelse efter ansættelsesbevisloven, idet ansættelsesbeviset er mangelfuldt. Den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet er således så mangelfuldt angivet, at det ikke er muligt for en elev på det grundlag at finde ud af, hvilken af de mange overenskomster, som HK har, der gælder. Endvidere svarer den aftalte løn ikke til den udbetalte løn, der nogle gange var større, nogle gange lavere end den overenskomstfastsatte løn. Det er desuden i strid med ansættelsesbevisloven, at der ikke blev lavet et tillæg i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen med angivelse af, hvem arbejdsgiver fremover var. Under hensyn til manglernes karakter og til, at der har været tvist om aflønningen, kan godtgørelsen passende fastsættes til 10.000 kr.

B har til støtte for sin påstand navnlig anført, at A inden mødet fik at vide, at der ikke var truffet en afgørelse om ophævelse af uddannelsesaftalen, og der kan derfor ikke lægges vægt på det, der fremgår af ophævelsesskrivelsen, som ved en fejl blev sendt til skolen. Efter bevisførelsen må det lægges til grund, at A efter drøftelse med F selv opsagde sin stilling, eller at han i hvert fald accepterede, at ansættelsen blev bragt til ophør på mødet den 4. december 2017 med henblik på, at han kom i skolepraktik. Det understøttes også af, at han efterfølgende udeblev fra sit arbejde. A var i forbindelse med drøftelserne repræsenteret af F fra HK, som har givet udtryk for samme opfattelse af forløbet som virksomheden.

Det har hele tiden været virksomhedens ønske at gøre det rigtige for A, og derfor søgte man råd både hos skolen og HK. Virksomheden fik i dette forløb den opfattelse, at de skitserede modeller var i overensstemmelse med erhvervsuddannelsesloven, og A fravalgte selv muligheden for at blive i virksomheden.

Det bestrides, at et eventuelt krav kan kræves forrentet fra den 4. december 2017, idet virksomheden først i november 2018 ved indkaldelse til forligsmødet blev klar over, at kravet blev fastholdt.

Det bestrides desuden, at der er mangler ved ansættelsesbeviset, der kan give anledning til en godtgørelse.

Twistighedsnævnets begrundelse og resultat

Ophævelse

Virksomheden har den 30. november 2017 underskrevet blanketten om ophævelse af uddannelsesaftalen. Af blanketten fremgår, at virksomheden ensidigt ophævede uddannelsesaftalen, og at ophævelsen var begrundet i, at virksomheden ønskede at nedlægge den afdeling, som A var ansat i. Ophævelsen blev sendt til skolen, der modtog ophævelsen den 5. december 2017.

As forklaring om, at det ikke var ham, der opsagde uddannelsesaftalen, og at der heller ikke blev indgået en gensidig aftale herom, er i overensstemmelse hermed og støttes endvidere af den mail, som han umiddelbart efter mødet den 4. december 2017 sendte til virksomheden.

Forslag 1 i virksomhedens mail af 5. december 2017 gav desuden ikke reelt A mulighed for at fortsætte i virksomheden, idet virksomheden ikke ved den skitserede ordning ville opfylde sin forpligtelse til oplæring af A, men i stedet ville bringe sig i misligholdelse på grund af mangelfuld oplæring. Begge de skitserede forslag indebar således reelt, at uddannelsesaftalen ville blive bragt til ophør.

Under disse omstændigheder er det - uanset forklaringerne fra C og D - ubetænkeligt at lægge til grund, at uddannelsesaftalen blev ophævet ensidigt af virksomheden.

Selvom om det lægges til grund, at ophævelsen var begrundet i en nedlæggelse af den grafiske afdeling, således at der foreligger bristende forudsætninger for ansættelsen af A, er det efter fast praksis i Twistighedsnævnet, jf. herved også Højesterets dom af 12. oktober 2011 i sag 63/2010, gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2012 side 216, virksomheden, der i den situation må bære risikoen for, at forudsætningerne for aftalen er bristet. Virksomhedens ophævelse af uddannelsesaftalen med A var derfor uberettiget.

Da ophævelsen var uberettiget, har A krav på godtgørelse efter erhvervsuddannelsesloven for mistet uddannelsesgode. Som funktionær har han endvidere krav på erstatning for sit løntab efter funktionærlovens § 3 og godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b for usaglig afskedigelse.

Det fremgår af Højesterets dom af 19. februar 2018 i sag 151/2017, gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2018 side 1766, at der ikke er grundlag for at tilkende en elev godtgørelse efter såvel funktionærlovens § 2 b som erhvervsuddannelsesloven, men at eleven har krav på den af de to godtgørelser, der stille ham bedst.

En sædvanlig godtgørelse efter erhvervsuddannelsesloven er på 40.000 kr. fastsat på baggrund af aftalen fra december 2018 mellem DA og LO, nu FH, om størrelsen af godtgørelse i henhold til bl.a. erhvervsuddannelsesloven. Efter fast praksis halveres denne godtgørelse, når eleven tillige har krav på erstatning for løn i opsigelsesperioden efter funktionærlovens § 3, således at godtgørelsen efter erhvervsuddannelsesloven i den foreliggende sag alene vil udgøre 20.000 kr. Da godtgørelsen efter funktionærlovens § 2b ubestridt er opgjort til 34.368,66 kr., har A krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b og ikke på godtgørelse efter erhvervsuddannelsesloven.

Kravet i anledning af den uberettigede ophævelse tages derfor til følge med 108.900,77 kr., der forrentes med procesrente fra forfaldsdato den 4. december 2017, idet det, som virksomheden har anført, ikke kan føre til et andet resultat.

Det anerkendte krav

I overensstemmelse med virksomhedens anerkendelse tages beløbet på 8.235,49 kr. til følge med renter som nedenfor anført.

Godtgørelse efter ansættelsesbevisloven

Ansættelsesbeviset er mangelfuldt, idet angivelsen af den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet ikke er angivet tilstrækkelig præcist, ligesom den løn, der er angivet i uddannelsesaftalen ikke stemmer overens med den faktiske løn. Det er desuden en mangel, at der ikke er lavet en tilføjelse til ansættelsesbeviset med angivelse af, hvem arbejdsgiver er efter virksomhedsoverdragelsen.

3 voterende stemmer under hensyn til, at manglerne ikke har haft betydning for tvisten om ophævelse af uddannelsesaftalen, for at fastsætte godtgørelsen til 5.000 kr., mens 2 voterende stemmer for at fastsætte godtgørelsen til 10.000 kr. under hensyn til antallet og karakteren af manglerne sammenholdt med, at de har ført til et efterbetalingskrav.

Efter stemmeflertallet fastsættes godtgørelsen til 5.000 kr.

As krav tages herefter til følge med i alt 122.136,34 kr. med renter som nedenfor anført.

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 122.136,34 kr. med procesrente af 5. 520,18 kr. fra den 30. november 2017, af 108.900,77 kr. fra den 4. december 2017, af 5.000 kr. fra den 10. februar 2018 samt af 2.715,39 kr. fra den 5. februar 2019.

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.