

- KBN

UDSKRIFT
AF
SØ- & HANDELSRETTENS DOMBOG

DOM

Afsagt den 17. december 2013

F-8-12

Nymark Laursen Registeret Revisionsaktieselskab

(Advokat Klaus Henrik Lindblad)

mod

HK Danmark smf

Jeanett Krell Aastradsen

(Advokat Michael Møllegård Jessen)

Indledning

Sagen angår spørgsmålene om, hvorvidt lønbegrebet i erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, omfatter krav på pension, krav på fritvalgslønkonto og krav på godtgørelse for ikke afholdte feriefridage, samt hvorvidt der skal betales godtgørelse efter lov om ansættelsesbeviser.

Påstande

Nymark Laursen Registreret Revisionsaktieselskab (herefter Nymark Laursen) har nedlagt påstand om frifindelse for betaling af de beløb, som er indeholdt i Tvistighedsnævnets afgørelse af 3. februar 2012 i sag 02.2011.

HK/Danmark som mandatar for Jeanett Krell Aastradsen (herefter HK) har nedlagt påstand om, at Tvistighedsnævnets kendelse af 3. februar 2012 i sag 02.2011 skal stadfæstes, dog således at godtgørelse for brud på ansættelsesbevisloven forhøjes til 15.000 kr.

HK har opgjort kravet således:

1) Pensionsindbetaling	44.398,92 kr.
2) Betaling i henhold til fritvalglønkonto	6.074,09 kr.
3) Feriefridage	3.900,00 kr.
4) Godtgørelse i henhold til ansættelsesbevisloven	<u>15.000,00 kr.</u>
I alt	<u>69.373,01 kr.</u>

Der er mellem parterne ikke strid om den beløbsmæssige opgørelse af punkterne 1) – 3).

Oplysningerne i sagen

Parterne og de indgåede aftaler

Den 20. september 2006 underskrev Jeanett Krell Aastradsen og Nymark Laursen en standarduddannelsesaftale, hvorefter Jeanett Krell Aastradsen skulle begynde som kontorelev med speciale i revision. Uddannelsesperioden løb fra den 1. september 2006 til den 31. august 2010. I uddannelsesaftalens punkt 8 hedder det bl.a.: "Lønnen er aftalt således ...: ... Lønnen er højere end den gældende mindstebetaling for elever og er ved uddannelsens begyndelse fastsat til kr. 15.800 pr. ... måned." Den normale arbejdstid er anført med 36,5 timer pr. uge. På linjen "Kollektiv overenskomst" er der intet anført.

Parterne er enige om, at den korrekte referenceoverenskomst er landsoverenskomst for kontor og lager 2007-2010 indgået mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og HK Handel og HK Privat (herefter landsoverenskomsten). Nymark Laursen er ikke omfattet af overenskomsten.

Det hedder endelig i pkt. 8: "Med hensyn til ferie henvises til reglerne i ferieloven og overenskomsten."

Den 31. oktober 2006 underskrev Jeanett Krell Aastradsen en ansættelseskontrakt med Nymark Laursen. Det hedder heri i § 6, stk. 1: "Den ansatte er berettiget til ferie i henhold til ferielovens bestemmelser, og er således p.t. berettiget til afholdelse af 5 ugers ferie."

Ansættelseskontrakten indeholdt også en konkurrence- og kundeklausul. I § 7 hedder det herom:

" § 7

Hvis medarbejderen fratræder sin stilling, må medarbejderen ikke etablere selvstændig virksomhed eller tage ansættelse i en virksomhed, der indirekte eller direkte konkurrerer med selskabet, ligesom medarbejderen ikke må have direkte eller indirekte erhvervs-mæssig kontakt med eller tage ansættelse hos personer eller virksomheder, der har været selskabets kunde, eller forretningsforbindelse indenfor de seneste 18 måneder før opsigelsestidspunktet. Forpligtelsen gælder i forhold til personer eller virksomheder, som medarbejderen selv direkte eller indirekte har haft kontakt til samt personer og virksomheder, som selskabet ved særskilt skriftlig meddelelse har ladet været omfattet af forpligtelsen.

Konkurrence og kundeklausulen er omfattet af reglerne i funktionærlovens §§ 18 og 18a.

Medarbejderens forpligtelser i henhold til denne aftale gælder 12 måneder fra fratrædelsestidspunktet. Forpligtelsen om at afstå fra konkurrence mod selskabet træder dog ikke i kraft, hvis virksomheden opsiges medarbejderen på grund af virksomhedens egne forhold. Forpligtelsen til at afstå fra kontrakt med kunder, firmaer og agenturer træder i kraft uanset årsagen til fratrædelsen.

Som kompensation for forpligtelsen ifølge denne aftale betaler selskabet hver måned efter fratrædelsen 50 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet. For de første 3 måneder betales kompensationen som et engangsbeløb, der forfalder ved fratrædelsen. Retten til kompensation bortfalder, hvis selskabet berettiget har bortvist medarbejderen.

Hvis medarbejderen får andet passende arbejde, modregnes lønnen for dette arbejde i medarbejderens krav på kompensation. Dette gælder dog ikke engangsbeløbet på 3 måneders kompensation.

Såfremt medarbejderen overtræder sine forpligtelser i henhold til denne klausul, er medarbejderen forpligtet til at betale konventionalbod på kr. 50.000, hver gang klausulen måtte blive overtrådt. Hvis overtrædelse har medført et tab for selskabet, skal medarbejderen desuden erstatte dette tab. En overtrædelse indebærer, at selskabet via fogedretten kan få nedlagt forbud mod fortsat overtrædelse af klausulen.

Selskabet kan opsiges denne klausul med en måneds varsel til udløbet af en måned. Fratræder medarbejderen tidligere end 6 måneder efter, at aftalen er opsagt, har medarbejderen dog krav på kompensation svarende til 3 måneders løn, hvis fratrædelsen skyldes grunde, der ville have gjort selskabet berettiget til at gøre aftalen gældende."

Det er i ansættelseskontrakten endvidere anført i § 8, at hvis Jeanett Krell Aastradsen på grund af sygdom havde været uarbejdsdygtig i 120 dage indenfor et tidsrum af 12 måne-

der, fandt de i funktionærlovens § 5, stk. 2, indeholdte regler for forkortet opsigelsesvarsel anvendelse. Endelig fremgår det af § 9, at tvist i anledning af ansættelsesforholdet skulle afgøres med Købehavns Byret som værneting.

Om fritvalgslønkonto i landsoverenskomstens § 4.2 fremgår, at den enkelte medarbejder med virkning fra den 1. maj 2007 får en fritvalgslønkonto for at imødekomme individuelle ønsker om frit valg mellem fritid, pension eller løn. Virksomheden afsætter hver lønperiode i alt op til 3 procent af lønnen til opsparring på medarbejdernes fritvalgslønkonto. Pr. 1. maj 2007 indbetales 0,5 procent af den ferieberettigede løn, som stilles til rådighed for medarbejderens frie valg. Beløbet forhøjes til hhv. 0,75 procent pr. 1. maj 2008 og 1,0 procent pr. 1. maj 2009. Medarbejderen kan vælge mellem at bruge beløbet på fritvalgslønkonto til ekstra udbetaling i forbindelse med ferie eller feriefridage eller øget indbetaling til pension. Dernæst får medarbejderen mulighed for at konvertere en eller flere af de fem feriefridage til indbetaling på fritvalgslønkontoen.

Det fremgår af landsoverenskomstens § 5 om pension, at der med virkning fra den 1. marts 2007 opkræves et bidrag på 10,8 procent af den pensionsgivende løn. Pr. 1. juli 2008 forhøjes bidraget til 11,1 procent, og den 1. juli 2009 forhøjes bidraget til 12 procent. Heraf udgør virksomhedens bidrag 2/3 og medarbejderens 1/3.

Om feriefridage hedder det i landsoverenskomstens § 12, at medarbejdere, der har været beskæftiget i virksomheden uafbrudt i 9 måneder, er berettiget til 5 feriefridage. Afholdes feriefridagene ikke inden ferieårets udløb, kan medarbejderen inden 3 uger rejse krav om kompensation svarende til løn under sygdom for hver feriefridag, der ikke er blevet afholdt. Kompensationen udbetales senest sammen med lønnen for juni måned. I bestemmelserne hedder det endelig:

"...

7. Der kan uanset jobskifte ikke afholdes mere end 5 feriefridage i hvert ferieår.

8. Ved fratræden skal virksomheden skriftligt oplyse, hvor mange feriefridage/feriefridagstimer medarbejderen har til gode. Den fratrædte medarbejder kan rejse krav om kompensation for ikke afholdte feriefridage i perioden fra den 1. maj til 30. september."

Nærmere om kravene

Nymark Laursen indbetalte i en del af uddannelsesperioden ikke pensionsbidrag på en pensionskonto og indeholdt heller ikke Jeanett Krell Aastradsens eget bidrag i lønnen. Dernæst

oprettede Nymark Laursen ikke en fritvalgslønkonto til Jeanett Krell Aastradsen og afsatte ikke den i landsoverenskomsten fastsatte procentdel af den ferieberettigede løn. Ved uddannelsesperiodens ophør fik Jeanett Krell Aastradsens ikke udbetalt kompensation for ikke afholdte feriefridage.

Efter uddannelsesperiodens ophør gjorde Jeanett Krell Aastradsen sit krav om betaling af pension, fritvalgslønkonto, kompensation for ikke afholdte feriefridage og godtgørelse for mangelfuld uddannelsesaftale/ansættelseskontrakt gældende overfor Nymark Laursen.

Erhvervsuddannelsesloven

Erhvervsuddannelseslovens §§ 55, stk. 1 og 56, stk. 1 er sålydende:

§ 55

Uddannelsesaftalen skal angive den løn, praktikvirksomheden skal betale til elever under praktikophold samt under skoleophold, der er omfattet af loven.

Stk. 2 Lønnen skal mindst udgøre den løn, der er fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet.

§ 56

I aftaleperioden gælder de bestemmelser, der ved kollektive overenskomster, eller i lovgivningen er fastsat om arbejdstageres ansættelses- og arbejdsvilkår mv., i det omfang det er foreneligt med uddannelsen efter denne lov.

Tvistighedsnævnets afgørelse

Den 19. januar 2011 indbragte Jeanett Krell Aastradsen spørgsmålet for Tvistighedsnævnet, der ved kendelse af 3. februar 2012 gav Jeanett Krell Aastradsen medhold med følgende begrundelse.

"...

Vedrørende arbejdsgiverens pensionsbidrag, fritvalgs lønkonto og godtgørelse efter ansættelsesbevisloven

Alle medlemmer udtaler:

Jeanett Krell Aastradsen har efter erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, krav på mindst den løn, der er fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet, hvilket efter retspraksis og Tvistighedsnævnets praksis også omfatter betaling af arbejdsgiverens pensionsbidrag og beløb til fritvalgs lønkonto. Hun har derfor krav på efterbetaling af disse beløb som påstået.

Jeanett Krell Aastradsen har endvidere krav på godtgørelse efter ansættelsesbevisloven for de mangler, der er konstateret ved uddannelsesaftalen og ansættelseskontrakten. Under hensyn til på den ene side, at manglerne har givet anledning til tvist og indebar risiko for tab af betydelige lønbeløb og på den anden side, at lønforholdene inden aftalens indgåelse efter det oplyste blev forhandlet med HK/Privat og uddannelsesaftalen sendt til

skole mv., uden at arbejdsgiveren blev gjort opmærksom på manglerne, finder vi, at godtgørelsens størrelse passende kan fastsættes til 7.500 kr.

Vedrørende eget pensionsbidrag og betaling for ikke afholdte feriefridage

Fire medlemmer bemærker:

Vi finder det ikke godtgjort, at Jeanett Krell Aastradsen i forbindelse med sit seneste skoleophold fik en sådan indsigt i ansættelsesvilkår vedrørende pension, at man kan bebrejde hende, at hun ikke allerede på det tidspunkt fremsatte krav om indbetaling af pensionsbidrag over for arbejdsgiveren. Hendes krav i henhold til retspraksis på betaling af eget pensionsbidrag er derfor ikke fortabt ved passivitet. Herefter og i overensstemmelse med det ovenfor anførte finder vi, at der tillige tilkommer Jeanett Krell Aastradsen betaling af pension og feriefridage som påstået.

Tre medlemmer bemærker:

Efter bevisførelsen lægger vi til grund, at Jeanett Krell Aastradsen allerede i 2009 blev bekendt med sine pensionsrettigheder, og at det fra dette tidspunkt hovedsagligt beroede på hendes egne forhold, at hun ikke fik indbetalt sin andel af pensionsbidraget til pension. Under disse omstændigheder, og da virksomheden med indbetaling af arbejdsgiverbidraget må anses at have opfyldt sin lønmæssige forpligtelse, idet eleven i modsat fald vil opnå dobbeltløn i perioden, stemmer vi for at frifinde virksomheden for kravet herom.

Feriefridage er en ret til frihed og ikke løn, og selvom betaling for manglende feriefridage måtte anses for at være indeholdt i lønbegrebet efter erhvervsuddannelsesloven § 55, stk. 2, er det ikke dokumenteret, at de overenskomstmæssige krav til udbetaling af beløbet er opfyldt. Vi stemmer herefter for også at frifinde virksomheden for kravet herom.

Der afsiges vedrørende disse krav kendelse efter stemmeflertallet. ...".

Jeanett Krell Aastradsen blev tilkendt 61.873,01 kr. med procesrente fra den 19. januar 2011. Beløbet er sammensat af 7.500 kr. i godtgørelse efter ansættelsesbevisloven, 44.398,92 kr. vedrørende pension, 6.074,09 kr. vedrørende fritvalgslønkonto og 3.900 kr. vedrørende feriefridage.

Ved stævning af 16. februar 2012 indbragte Nymark Laursen formentlig den 17. februar 2012 kendelsen for retten på Frederiksberg, der ved kendelse af 30. maj 2012 henviste sagen til Sø- og Handelsretten i medfør af retsplejelovens § 227, stk. 1.

Forklaringer

Der er under sagen afgivet partsforklaring af Jan Laursen og Jeanett Krell Aastradsen.

Jan Laursen har forklaret, at han har drevet revisionselskabet siden 2002, og at han i forbindelse med Jeanett Krell Aastradsens ansættelse ønskede at overholde reglerne om mindsteløn, hvorfor han rettede henvendelse til HK. Han drøftede ikke spørgsmålet om pension med

hverken HK eller Jeanett Krell Aastradsen. Han indføjede de aftalte lønvilkår i ansættelseskontrakten og sendte HK udkastet til ansættelseskontrakten, som senere blev underskrevet af parterne. HK havde ikke bemærkninger til ansættelseskontrakten. Ansættelseskontrakten blev udarbejdet før uddannelsesaftalen. Det kan godt være, at uddannelsesaftalen er underskrevet først, men det er ikke ensbetydende med, at ansættelseskontrakten ikke blev udarbejdet forinden. Ansættelseskontrakten blev først underskrevet, efter at den havde været til gennemsyn i HK. Han kan ikke huske, om uddannelsesstedet Niels Brock fik ansættelseskontrakten til gennemsyn. Ansættelsesvilkårene har udelukkende været drøftet med HK. Han husker ikke navnet på den medarbejder i HK, som han har drøftet sagen med. Forinden Jeanett Krell Aastradsen blev ansat som vokselev, havde hun arbejdet hos Nymark Laursen i et år i arbejdsprøvning.

Der er 12 ansatte hos Nymark Laursen. Ingen af de pågældende er overenskomstansatte, og ingen af de øvrige ansatte har fritvalgslønkonto. Han har haft tre elever i virksomheden.

Jeanett Krell Aastradsens løn blev reguleret hvert år, og han mener, at hun til sidst fik udbetalt 19.500 kr. med tillæg af pension. Han har ikke drøftet ansættelseskontraktens konkurrence- og kundeklausul i § 7 med Jeanett Krell Aastradsen inden underskriften af kontrakten. Han har benyttet en standardkontrakt, som er udarbejdet af en advokat. Han har derimod ikke fået individuel rådgivning til udarbejdelsen af ansættelseskontrakten. Han har aldrig haft behov for at anvende klausulen. Han havde ikke tænkt over konsekvensen ved klausulen, og den er efter hans opfattelse heller ikke relevant. Jeanett Krell Aastradsen var ikke underskriftberettiget, og hun havde ikke mulighed for at "stjæle" kunder under sin ansættelse.

Ansættelseskontraktens bestemmelse i § 8, stk. 2, om sygdom i 120 dage og bestemmelsen i § 9 om værneting har heller ikke været drøftet med Jeanett Krell Aastradsen inden indgåelse af kontrakten. Han har blot genbrugt formuleringerne fra en tidligere kontrakt.

Jeanett Krell Aastradsen har forklaret, at hun i dag er 38 år, og at hun startede hos Nymark Laursen i arbejdsprøvning på grund af en arbejdsskade. Hun havde tidligere været ansat i Aldi i 10 år. Arbejdsprøvningen gik efter hendes opfattelse godt, og hun fortsatte i Nymark Laursen som elev. Hun fik uddannelsesaftalen fra skolen, og hun har ikke drøftet indholdet

af den med HK. Hun har heller ikke drøftet vilkårene i uddannelsesaftalen med skolen. Hun var glad for at begynde på en uddannelse, men var samtidig bekymret for, hvordan det skulle gå, da hun er ordblind. Det er hendes opfattelse, at ansættelseskontrakten blev udfærdiget efter uddannelsesaftalen. Hun har ikke kendskab til, om ansættelseskontrakten har været drøftet med HK. Under ansættelsen hos Nymark Laursen afholdt hun feriefridage, og der var ikke nogen, der gjorde indsigelser herimod. Da hun fratrådte, manglede hun at afholde 5 feriefridage. Hun gjorde Nymark Laursen opmærksom på, at hun tidligere havde afholdt feriefridage og oplyste, at hun gerne ville have de manglende afholdte dage udbetalt kontant. Jan Laursen ville undersøge, hvordan det forholdt sig med feriefridage, men da hun efter et stykke tid ikke fik noget svar, henvendte hun sig til HK. HK oplyste, at hun havde ret til at få feriefridage udbetalt, ligesom HK oplyste, at hun manglede at få betalt noget pension.

Hun har ikke drøftet konkurrence- og kundeklausulen i ansættelsesaftalen med Nymark Laursen, men hun har formentlig læst bestemmelsen, som hun dog ikke tillagde betydning. Indholdet af bestemmelsen har heller ikke haft nogen betydning for hendes arbejde. Så vidt hun ved, var det en standardbestemmelse i kontrakterne hos Nymark Laursen, men hun ved ikke med sikkerhed, om de andre ansatte, herunder de andre elever, også havde bestemmelsen i deres ansættelseskontrakter. Hun har ikke drøftet 120 dages reglen om sygdom eller værnetingsreglen i ansættelseskontrakten med Nymark Laursen eller andre, inden hun blev ansat.

Da hendes elevtid var udløbet den 1. september 2010, kunne hun ikke fortsætte i Nymark Laursen, da der ikke var kundegrundlag herfor. Hun fik i stedet ansættelse hos Løvgaard Revision. Jan Laursen omtalte ikke i den forbindelse konkurrenceklausulen. Hun kan ikke huske, om hun havde ret til feriefridage i det nye ansættelsesforhold, eller om hun har afholdt feriefridage i 2010.

Hun har tidligere haft en pensionskonto, da hun var ansat i Aldi. Undervejs i elevforløbet hos Nymark Laursen fik hun oprettet en pensionskonto. Hun var ikke på noget tidspunkt bekendt med, at hun skulle have haft mere i pension før hun rettede henvendelse til HK. Den drøftelse, de havde på skolen i 2009 om pension, gik på, at nogle af de andre kontorelever slet ikke fik pension. Da hun på det tidspunkt fik pension, tænkte hun ikke over, at hun måske ikke fik nok i pension.

Parternes synspunkter

Nymark Laursen har gjort gældende, at der er indgået en balanceret og rimelig ansættelsesaftale omkring lønforholdene med Jeanett Krell Aastradsen. Nymark Laursen er ikke medlem af en arbejdsgiverorganisation, men Jan Laursen har drøftet ansættelseskontrakten med HK, der ikke havde bemærkninger til indholdet heraf. Nymark Laursen sendte endvidere uddannelsesaftalen til uddannelsesstedet, der heller ikke havde bemærkninger. Jeanett Krell Aastradsens løn, som blev fastsat i aftalerne, var højere end mindstelønnen, og Nymark Laursen har ikke forsøgt at udnytte eller snyde Jeanett Krell Aastradsen.

For så vidt angår pensionsrettighederne følger det af § 7 om "Løn- og arbejdsforhold for elever" i landsoverenskomsten, at denne ikke omfatter bestemmelser om pension, hvorfor pension ikke er en del af lønnen. Der er enighed om, at en del af pensionen er udbetalt til Jeanett Krell Aastradsen. Det pensionsbeløb, der mangler, er Jeanett Krell Aastradsens eget bidrag til pensionen, der i stedet blev udbetalt som frie midler. Hvis Sø- og Handelsretten måtte nå frem til, at Nymark Laursen er forpligtet til at betale pensionsbidrag, vil Nymark Laursen være berettiget til at søge de udbetalte beløb tilbagebetalt fra Jeanett Krell Aastradsen. Endelig forklarede Jeanett Krell Aastradsen under sagens foretagelse ved Tvistighedsnævnet, at hun allerede i 2009 blev opmærksom på problemstillingen. Hun foretog sig intet i den anledning og har herved frafaldet sine mulige rettigheder ved passivitet. Havde Jeanett Krell Aastradsen på dette tidspunkt oplyst Nymark Laursen herom, kunne en eventuel misforståelse være rettet. Jeanett Krell Aastradsen ventede med at oplyse om pensionen til den sidste lønudbetaling.

For så vidt angår feriefridage og fritvalglønkonto gøres det gældende, at begrebet "løn" skal fortolkes indskrænkende, og feriefridage er en ret til frihed og ikke en ret til løn, ligesom vilkår om fritvalglønkonto ikke er omfattet af landsoverenskomstens bestemmelser om løn og arbejdsforhold. Jeanett Krell Aastradsen har ikke godtgjort, at de overenskomstmæssige krav til udbetaling af eventuelle feriefridage er opfyldt.

For så vidt angår kravet om godtgørelse efter lov om ansættelsesbeviser har Jan Laursen forklaret, at det på intet tidspunkt har været meningen, at konkurrence- og kundeklausulen skulle gøres gældende. Det afgørende er, hvordan parterne har reageret i forhold til klausulen. Da Jeanett Krell Aastradsen fik et arbejde i en konkurrerende virksomhed, blev klausulen ikke gjort gældende. Klausulen har derfor ikke haft nogen relevant eller væsentlig be-

tydning for Jeanett Krell Aastradsens ansættelsesvilkår, hvorfor der ikke er grundlag for godtgørelse herfor.

HK har gjort gældende, at det følger af erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, sammenholdt med § 56, stk. 1, og bestemmelsernes forarbejder, at Jeanett Krell Aastradsen har krav på løn, der som minimum svarer til, hvad der er fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet.

Højesteret fastslog i U 2011.763 H, at søgnehelligdagsbetaling var omfattet af lønbegrebet i erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, hvorfor begrebet "løn" i bestemmelsen skal fortolkes udvidende. Det gøres derfor gældende, at fritvalgslønkonto, pension og feriefridage er omfattet af lønbegrebet, hvorfor Jeanett Krell Aastradsen har krav på betaling herfor.

For så vidt angår betaling af pension og fritvalgslønkonto, har Sø- og Handelsretten ved dom af 25. april 2013 i F-8-11 fastslået, at begge dele er omfattet af lønbegrebet.

Derudover er pension en del af landsoverenskomsten på området, hvilket medfører en formodning for, at pension også er en del af lønbegrebet. Det bestrides, at det udelukkende er Jeanett Krell Aastradsens egetbidrag, der mangler i hendes pensionsopsparing, idet der var perioder under ansættelsesforholdet, hvor Jeanett Krell Aastradsen slet ikke modtog pension. Arbejdsgiveren har en forpligtelse til at indbetale såvel arbejdsgiverbidrag som lønmodtagerbidrag til en pensionskonto. Afregning af lønmodtagerbidraget direkte til Jeanett Krell Aastradsen er ikke sket med frigørende virkning.

Bestemmelserne om fritvalgslønkonto er anført under lønbestemmelsen i landsoverenskomsten og allerede af ordlyden kan det udledes, at fritvalgslønkonto er en del af lønbegrebet.

Retten til feriefridage indeholder både et ferieelement og et lønelement. Det er ikke afgørende, at afsnittet om feriefridage ikke er anført under afsnittet "Løn" i landsoverenskomsten. Den omstændighed, at feriefridage er medtaget i landsoverenskomsten skaber en formodning for, at feriefridage er en del af lønnen. Feriefridage bygger på et optjeningsprincip og afholdes dagene ikke, kan de udbetales.

For så vidt angår godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis, er der flere grove forhold i ansættelseskontrakten, herunder konkurrence- og kundeklausulen. Bestemmelserne i ansættelseskontrakten skal være forenelige med ansættelsesforholdet, hvilket konkurrence-

og kundeklausulen samt bestemmelsen om 120 dages reglen om sygefravær og værnetingsreglen ikke er. Godtgørelserne bør derfor under hensyn til grovheden fastsættes til 15.000 kr.

Sø- og Handelsrettens afgørelse

Bestemmelsen i erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, om, at lønnen mindst skal udgøre den løn, der er fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet, må forstås således, at der refereres til den for området dominerende overenskomst. Efter de foreliggende oplysninger finder retten, at landsoverenskomsten for kontor og lager 2007-2010 indgået mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og HK Handel og HK Privat er den overenskomst, der skal tages i betragtning ved anvendelsen af erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2.

Ud fra en naturlig sproglig forståelse og forarbejderne til erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, finder retten, at lønbegrebet, som fastslået af Højesteret i U.2011.763 H, må fortolkes således, at bestemmelsen også omfatter andre elementer end grundlønns beløb. De ydelser, der er blevet en sædvanlig og naturlig del af aflønningen, er omfattet af lønbegrebet. Retten finder, i overensstemmelse med Højesterets dom i U 1994.907/2 H, at pensionsbidrag er en så sædvanlig og naturlig del af en arbejdsaftale og af det samlede vederlag, at det må anses for at være omfattet af lønbegrebet.

Den omstændighed, at løn- og arbejdsforhold for elever er særskilt reguleret i landsoverenskomsten, ændrer ikke herpå, idet landsoverenskomstens generelle bestemmelser gælder samtlige medarbejdere.

Som følge heraf var Nymark Laursen forpligtet til at betale det i landsoverenskomsten fastsatte pensionsbidrag.

Pensionsbidraget udgøres af virksomhedens bidrag på 2/3 og medarbejderens bidrag på 1/3. Arbejdsgiveren er forpligtet til at indbetale både virksomhedens bidrag ud over lønnen og medarbejderens bidrag på dennes vegne ved fradrag i lønudbetalingen. Henset hertil og til, at erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, er en præceptiv beskyttelsesregel, kan udbetalingen af Jeanett Krell Aastradsens egetbidrag som løn ikke ske med frigørende virkning.

Som følge heraf er Nymark Laursen forpligtet til at betale Jeanett Krell Aastradsens fulde pensionsbidrag.

Med etableringen af fritvalgslønkontoen pr. 1. maj 2007 blev arbejdsgiveren i henhold til landsoverenskomsten forpligtet til at afsætte en procentdel af medarbejderens løn til op-

sparing på medarbejderens fritvalgslønkonto. Medarbejderen kan frit vælge, om beløbet skal udbetales som løn i forbindelse med fritid eller anvendes til øget indbetaling til pension. Herefter, og idet der utvivlsomt er tale om et retskrav på et beløb, som kan kræves udbetalt, er fritvalgslønkontoen omfattet af lønbegrebet i erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2.

Jeanett Krell Aastradsen har som følge heraf krav på fritvalgslønkonto som opgjort.

Det er almindeligt udbredt på arbejdsmarkedet, at der er overenskomstbestemmelser om feriefridage. Bestemmelserne om feriefridage i landsoverenskomsten giver ikke arbejdstageren en ubetinget ret til udbetaling af en ydelse, men i stedet som udgangspunkt en ubetinget ret til afholdelse af ferie med løn. Som altovervejende hovedregel kan arbejdsgiveren ved varsling af afholdelse af feriefridage udvirke, at der ikke opstår krav på udbetaling af en ydelse, som erstatter én eller flere feriefridage.

Tre dommere, Torben Kuld Hansen, Mette Skov Larsen og Byrial Rastad Bjørst, udtaler herefter:

Efter Jeanett Krell Aastradsens forklaring om, at hun tidligere har afviklet feriefridage, uden at Nymark Lauersen har fundet anledning til at protestere herimod, finder vi det ubetænkeligt at lægge til grund, at feriefridage har været accepteret som en del af aftalegrundlaget, uanset at uddannelsesaftalens pkt. 8 og ansættelsesaftalens § 6, stk. 1, udelukkende omhandler ferie efter ferielovens bestemmelser. Der er tale om et helt sædvanligt ansættelses- og arbejdsvilkår, som også fremgår af landsoverenskomstens § 12.

Det fremgår af denne bestemmelse, at medarbejdere har krav på 5 feriefridage, som efter ferieårets udløb kan kompenseres svarende til løn under sygdom. Fratrådte medarbejdere kan derfor rejse krav om compensation for ikke afholdte feriedage i perioden 1. maj til 30. september. I mangel af modstående aftale må disse vilkår tillige anses for en naturlig del af parternes individuelle aftale.

Da feriefridage de facto har været en del af parternes aftale, og da Jeanett Krell Aastradsen ikke har afholdt de fem feriefridage inden ansættelsesforholdets ophør, finder vi, at disse kan konverteres til et økonomisk krav, hvorved bemærkes, at Nymark Lauersen kunne have varslet afvikling heraf.

Herefter finder vi, at Jeanett Krell Aastradsen tillige har krav på compensation for feriefridagene med 3.900 kr.

To dommere, Henrik Rothe og Anne Mette Pedersen, udtaler, at i modsætning til hvad der gælder for pension og indbetaling til fritvalgslønkonto, så foretages der ikke en individuel opsparing af et pengebeløb som kompensation for arbejdstagerens manglende afholdelse af feriefridage. Arbejdstageren har ikke et retskrav på udbetaling af kompensation i tilfælde, hvor arbejdsgiveren varsler de særlige feriefridage afholdt. Der er derfor efter mindretallets opfattelse ikke tale om et lønkrav, som er omfattet af lønbegrebet i erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, uanset, at landsoverenskomstens § 12 giver medarbejdere omfattet af overenskomsten ret til at holde fri med løn. Den omstændighed, at Jeanett Krell Aastradsen efter aftale, i henhold til Nymark Laursens stiltiende accept har afholdt feriefridage, kan efter disse dommers opfattelse i sig selv ikke føre til en udvidelse af lønbegrebet i erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, idet lovens lønbegreb ikke kan udvides ved aftale.

Der gives, for så vidt angår denne del af sagsøgtes påstande, dom efter stemmeflertallet.

For så vidt angår godtgørelsen indeholder de i sagen foreliggende kontrakter set under ét groft misvisende bestemmelser, og det må lægges til grund, at vilkårene, der er indeholdt i ansættelseskontraktens § 7, aldrig ville være blevet godkendt af uddannelsesinstitutionen. Det kan ikke anses for bevist, at de i sagen foreliggende kontrakter har været sendt til HK til godkendelse. Herefter, og da flere af bestemmelserne har givet anledning til en tvist om vilkårene for ansættelsen, finder retten, at godtgørelsen bør fastsættes til 15.000 kr.

Retten tager herefter HK's påstand til følge med 69.373,01 kr. med tillæg af rente som påstået.

Med hensyn til sagens omkostninger skal Nymark Laursen betale 20.000 kr. i advokat-omkostninger.

Thi kendes for ret:

Tvistighedsnævnets kendelse af 3. februar 2012 i sag 02.2011 stadfæstes med ændring af det tilkendte beløb, som fastsat nedenfor.

Nymark Laursen Registeret Revisionsaktieselskab skal inden 14 dage til HK Privat som mandatar for Jeanett Krell Aastradsen betale 69.373,01 kr. med procesrente fra den 19. januar

2011 og sagsomkostninger med 20.000 kr. Sagsomkostningsbeløbet forrentes efter rentelovens § 8a.

Torben Kuld Hansen

Henrik Rothe

Mette Skov Larsen

Anne Mette Pedersen

Byrial Rastad Bjørst

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes

Sø- og Handelsretten, den 17. december 2013

