

# HØJESTERETS DOM

## afsagt fredag den 17. december 2010

**Sag 58/2009**

(2. afdeling)

HK Danmark som mandatar for A

(advokat Ulla Jacobsen)

mod

DI som mandatar for B

(advokat Henrik Uldal)

I tidligere instans er afsagt dom af SØ- og Handelsretten den 3. februar 2009.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Per Sørensen, Per Walsøe, Asbjørn Jensen, Poul Søgaard og Lars Hjortnæs.

Sagen er behandlet skriftligt, jf. retsplejelovens § 387.

### **Påstande**

Appellanten, HK Danmark som mandatar for A, har gentaget sine påstande.

Indstævnte, DI som mandatar for B, har påstået stadfæstelse.

### **Supplerende sagsfremstilling**

Af Fredericia Kommunes fleksjobbevilling, der er dateret den 23. november 2005 og underskrevet af B den 15. december 2005, fremgår yderligere bl.a., at løntilskuddet var bevilget til ansættelse med et ugentligt timetal på 37, og at der var tale om en fuldtidsstilling.

### **Forklaringer**

Til brug for Højesterets behandling af sagen har Gert Christensen forklaret bl.a., at han var ansat som faglig konsulent hos HK i 25 år, inden han i foråret 2007 gik på pension. Gennem årene indgik han jævnligt fleksjobaftaler med Fredericia Kommune. Han var ikke til stede den dag, fleksjobaftalen i denne sag blev indgået, men kan godt huske den. Der var efterhånden opnået en rutine i denne form for ansættelsesforhold, og på Fredericia Kommunes initiativ udleverede kommunen selv overenskomster til arbejdsgiveren sammen med instruktion i, hvordan arbejdsforholdene skulle være. Der var ofte tale om en arbejdsgiver, der var uerfaren med hensyn til fleksjob. Kommunen havde også en interesse i, at forholdene var på plads. Han sørgede for, at kommunen havde de mest almindelige overenskomster liggende. Flexjobaftalen blev lavet af Vivi Ågaard, Fredericia Kommune. Aftalen var, at kommunen skulle undersøge, hvilken type virksomhed arbejdstageren skulle ansættes i. Herefter ringede Vivi Ågaard til ham, og han oplyste, hvilken overenskomst der var gældende for området. Bemærkningen i fleksjobaftalen om, at overenskomst var aftalt med ham, er derfor en bekræftelse på, at Vivi Ågaard havde haft kontakt med ham og fået oplyst, hvilken overenskomst der var gældende. Efter hans og kommunens opfattelse, skulle man læne sig op ad overenskomsten i ansættelsesforholdet. Overenskomsterne var landsaftaler med fastsatte minimalvilkår. Efter hans opfattelse var overenskomsten gældende for ansættelsen. I modsat fald ville HK have frarådet at indgå ansættelsesaftalen. Han husker ikke, om Vivi Ågaard henvendte sig til ham vedrørende lønfastsættelsen før eller efter, at fleksjobaftalen var lavet. Det drejede sig om fastsættelse af lønnen i henhold til overenskomsten, og han oplyste kommunen om, hvad lønnen i ansættelsesforholdet skulle være.

Fredericia Kommune indgik også fleksjobaftaler med andre ikke-overenskomstdækkede virksomheder, og det er aldrig blevet aftalt, at overenskomsten ikke skulle være gældende for et ansættelsesforhold. Såfremt der var behov herfor, indkaldte kommunen ham til at deltage under forhandlingerne om fleksjobaftalen. Det skete, når det var nødvendigt at fortolke en overenskomst, typisk når arbejdsgiveren var uerfaren i overenskomstforhold. Dermed undgik de konflikter og misforståelser, og HK fik samtidig en god kontakt med arbejdsgiveren. Når han ikke var til stede under forhandlingerne, var det derfor udtryk for, at kommunen regnede med, at arbejdsgiveren forstod overenskomsten. I så fald var der ikke behov for at indkalde ham. I stedet ringede konsulent til ham og stillede de spørgsmål, der var behov for. Han husker ikke opringningen i nærværende sag. Ved indgåelsen af alle fleksjob udvekslede han og kommunen oplysninger, og HK fik som regel en kopi af aftalen om fleksjob fremsendt fra

kommunen. Der var ikke en skriftlig aftale med kommunen om, hvordan samarbejdet mellem kommunens konsulent og HK skulle foregå, men det blev en fast rutine, at konsulenten kontaktede ham, når en fleksjobaftale skulle indgås. Han var ikke involveret i indgåelsen af ansættelsesaftalen og husker ikke at have set ansættelsesaftalen i den konkrete sag. Standardaftalen er ikke udleveret til arbejdsgiveren af HK. Arbejdsgiverorganisationerne ønskede selv denne kontakt til arbejdsgiverne.

Han har ikke senere været involveret i sagen, bortset fra at A på et tidspunkt ringede til ham, idet hun havde spørgsmål vedrørende feriefridage. Han fortalte hende, hvad der stod i overenskomsten. Han bad ikke om at se hendes ansættelseskontrakt, idet denne er et anliggende mellem arbejdsgiveren og den ansatte. Hun kontaktede ham ikke igen.

## **Retsgrundlag**

### *Vedrørende feriefridage*

§ 72, stk. 1, i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats er en videreførelse af den tidligere bestemmelse i § 49 c i lov om social bistand.

I lovforslagets specielle bemærkninger til § 49 c hedder det bl.a. (Folketingstidende 1996/97, tillæg A, s. 5714)

”Efter § 49 c fastsættes løn og arbejdsvilkår i øvrigt i fleksjob efter de kollektive overenskomster på ansættelsesområdet, herunder de sociale kapitler, hvis området er dækket af en sådan, og de regler, som følger heraf omkring indgåelse af individuelle aftaler. I ikke overenskomstdækket ansættelse skal overenskomsten på sammenlignelige områder gælde. Fastsættelse af løn og arbejdsvilkår skal ske i samarbejde med de faglige organisationer. Som det fremgår af bestemmelsen, er det en forudsætning, at kommunen eller amtskommunen har givet tilbud om fleksjob.

Der er vide rammer for den nærmere tilrettelæggelse af arbejdet, som aftales mellem arbejdsgiver og arbejdstager. Når arbejdstiden tilrettelægges, kan der herved tages hensyn til karakteren af den nedsatte arbejdsevne. Det betyder fx, at der kan tages hensyn til, at vedkommende kan have behov for hvilepauser, behov for fravær eller behov for periodevis at gå lidt ned i tid. Det skal bemærkes, at den nedsatte arbejdsevne kan manifestere sig både ved, at den pågældende ikke kan arbejde fuldt effektivt på fuld tid, og ved at den pågældende kan arbejde fuldt effektivt men da kun på nedsat tid.”

Under Folketingets førstebehandling af lovforslaget udtalte Socialistisk Folkepartis ordfører (Villy Søvndal) bl.a. (Folketingstidende 1996/97, Folketingets Forhandlinger, side 7375):

”Vi kan derimod se nogle positive ting, f.eks. at man følger de kollektive overenskomster; der står i lovforslaget, at man som udgangspunkt følger de kollektive overenskomster, men det forstår jeg simpelthen ikke – enten skal de kollektive overenskomster vel følges, eller også skal de ikke. Må vi ikke godt få en klarhed over det i det videre udvalgsarbejde?”

Hertil svarede socialministeren (Karen Jespersen) bl.a. (Folketingstidende 1996/97, Folketingets Forhandlinger, side 7381):

”Der har været nogle forskellige spørgsmål til de enkelte bestemmelser, og en del af dem vil jeg svare på i forbindelse med, at jeg besvarer skriftlige spørgsmål, men jeg kan sige til hr. Villy Søvndal, der spurgte, om det er de kollektive overenskomster, der gælder:

Ja, det er det, men mange steder er sociale kapitler jo i dag blevet en del af de kollektive overenskomster, så hvis der er tale om fleksibilitet i forhold til disse, er det altså kun den fleksibilitet, der kan rummes inden for de kollektive overenskomster, og det står også direkte både i lovforslagets paragraffer og i bemærkningerne til det, at det skal holdes inden for de kollektive overenskomster.”

§ 12 i Landsoverenskomst for kontor og lager for 2004-2007 indgået mellem Dansk Handel & Service og HK/Handel og HK/Privat lyder således:

”§ 12 FERIEFRIDAGE

1. Medarbejdere, der har været beskæftiget i virksomheden uafbrudt i 9 måneder, er berettigede til 5 feriefridage.
2. Feriefridage omregnes til og afvikles som timer inden for ferieåret.
3. Feriefridagene betales som ved sygdom.
4. Feriefridagene placeres efter samme regler som restferie, jf. ferieloven.
5. Holdes 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. Kompensation udbetales senest sammen med lønnen for juni måned.

6. Der betales ikke feriegodtgørelse og ferietillæg af løn under feriefridage eller kompensation herfor.
7. Der kan uanset jobskifte ikke afholdes mere en 5 feriefridage i hvert ferieår.
8. Ved fratræden skal virksomheden skriftligt oplyse, hvor mange feriefridage/feriefridagstimer medarbejderen har til gode. Den fratrådte medarbejder kan rejse krav om kompensation for ikke afholdte feriefridage i perioden fra den 1. maj til 30. september. ”

#### *Vedrørende ansættelsesbevis*

Der henvises til gennemgangen af retsgrundlaget i Højesterets dom af 17. december 2010 i sag 90/2010.

### **Højesterets begrundelse og resultat**

#### *Vedrørende feriefridage*

Efter § 72, stk. 1, i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats skal løn og øvrige arbejdsvilkår som udgangspunkt fastsættes efter de kollektive overenskomster på ansættelsesområdet, herunder efter de sociale kapitler, når kommunen har givet tilbud om fleksjob. I ikke overenskomstdækket ansættelse skal overenskomsten på sammenlignelige områder gælde.

Bestemmelsen må i overensstemmelse med forarbejderne forstås således, at den pågældende overenskomsts bestemmelser om løn og øvrige arbejdsvilkår – herunder eventuelle bestemmelser om ret til feriefridage – kun kan fraviges ved aftale mellem det konkrete ansættelsesforholds parter i det omfang, overenskomsten åbner mulighed herfor.

Det er ubestridt, at den relevante overenskomst i den foreliggende sag var Landsoverenskomst for kontor og lager for 2004-2007, der i § 12 indeholder bestemmelser om ret til feriefridage, og det er ikke godtgjort, at denne overenskomst åbnede mulighed for, at B og A ved aftale kunne fravige bestemmelserne.

Højesteret finder, at A kan støtte sit krav om kompensation for ikke afholdte feriefridage på lovens § 72, stk. 1, således som denne efter det anførte skal forstås.

Herefter tager Højesteret denne del af As påstand til følge, således at B skal betale løn for 5 feriefridage med 4.545,47 kr.

*Vedrørende ansættelsesbevis*

Det følger af det, som er anført ovenfor, at B har tilsidesat sin oplysningspligt efter ansættelsesbevislovens § 2, stk. 2, nr. 10, ved ikke at oplyse om, hvilken kollektiv overenskomst der regulerede arbejdsforholdet.

Højesteret finder endvidere, at selskabet har tilsidesat sin oplysningspligt ved, at det ikke fremgik af ansættelsesaftalen, at den normale ugentlige arbejdstid var 20 timer, jf. ansættelsesbevislovens § 2, stk. 2, nr. 9.

I dommen af 17. december 2010 i sag 90/2010 fandt Højesteret på baggrund af forarbejderne til ansættelsesbevisloven, at en godtgørelse ved overtrædelse af loven som udgangspunkt bør udmåles efter nærmere angivne principper. I dommen udtales bl.a.:

”Er et ansættelsesbevis behæftet med en eller flere mangler, som er undskyldelige og uden konkret betydning for lønmodtageren, gælder bagatelgrænsen i lovens § 6, stk. 2, således at en godtgørelse skal fastsættes i intervallet fra 0 til 1.000 kr.

Foreligger der i øvrigt mangler ved et ansættelsesbevis, eller er et sådant ikke udstedt, uden at forholdet har haft konkret betydning for lønmodtageren, bør en godtgørelse som udgangspunkt fastsættes til et beløb på op til 5.000 kr., afhængig af forholdets karakter. I mangel af særlige holdepunkter for at gå op eller ned bør godtgørelsen fastsættes til 2.500 kr. For at gå ned – og eventuelt efter omstændighederne helt undlade at tilkende en godtgørelse – taler, at arbejdsgiveren uden videre retter for sig efter, at forholdet er påtalt. Et moment, som taler for at gå op, kan omvendt være, at arbejdsgiveren undlader dette.

I tilfælde, hvor der er opstået tvist om ansættelsesforholdet eller konkret risiko herfor, som korrekt opfyldelse af oplysningspligten kunne have afværget, bør en godtgørelse som udgangspunkt fastsættes til et beløb på op til 10.000 kr., afhængig af forholdets karakter og betydning. I mangel af særlige holdepunkter for at gå op eller ned bør godtgørelsen fastsættes til 7.500 kr. Som momenter, der taler for at gå op, kan f.eks. nævnes, at ansættelsesbeviset indeholder vilkår, som er vildledende i forhold til lønmodtagerens retsstilling efter lov eller overenskomst, at pligtforsømmelsen konkret har medført risiko for tab af rettigheder, herunder for tab af ikke ubetydelige lønbeløb, at der ikke er tale om et enkeltstående tilfælde, eller at arbejdsgiveren ikke har rettet for sig, efter at forholdet er blevet påtalt. Omvendt taler det for at gå ned, at forholdet er af mindre betydning eller undskyldeligt, eller at der er tale om et enkeltstående tilfælde.”

Ved afgørelsen af spørgsmålet om godtgørelse i denne sag må det tillægges betydning, at ordlyden af bestemmelsen i § 72 i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats har kunnet give anledning til tvivl om, hvorvidt en bestemt overenskomst skal følges. Det må endvidere tillægges betydning, at det af Fredericia Kommunes bevilling af løntilskuddet til As fleksjob fremgik, at det ugentlige timetal var 37 timer, og at fejlen i ansættelsesaftalen vedrørende dette forhold ikke har givet anledning til tvist.

På denne baggrund finder Højesteret, at B i anledning af det mangelfulde ansættelsesbevis skal betale en godtgørelse til A på 4.000 kr., jf. ansættelsesbevislovens § 6, stk. 1.

Under hensyn til sagens karakter sammenholdt med, at A ikke har fået fuldt medhold, er sagsomkostninger fastsat til dækning af advokatudgifter for Sø- og Handelsretten og Højesteret med 50.000 kr., til delvis dækning af retsafgift for Sø- og Handelsretten og Højesteret med 2.000 kr. og til fuld dækning af andre udgifter med 653,50 kr., i alt 52.653,50 kr.

### **Thi kendes for ret:**

B skal til A betale 8.545,47 kr. med procesrente fra den 29. april 2007.

I sagsomkostninger for Sø- og Handelsretten og Højesteret skal DI som mandatar for B betale 52.653, 50 kr. til HK Danmark som mandatar for A.

De idømte beløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse.

Sagsomkostningsbeløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.