

Kendelse

i

faglig voldgiftssag 2010.181

Fagligt Fælles Forbund

(advokat Ane Lorentzen, LO)

mod

GLS-A

for

Graff Kristensen A/S

(advokat Charlotte Strøm Petersen, GLS-A)

Tvisten

Tvisten vedrører i det væsentlige spørgsmålene om, hvem der var rette arbejdsgiver og dermed praktikantvært for en udenlandsk praktikant, herunder om der er identitet mellem virksomhederne Graff Kristensen A/S og Graff Development A/S, samt om hvorvidt udenlandske praktikanter har krav på løn under afholdt, men ikke optjent, ferie under praktikantansættelsen på samme måde som elever ansat i henhold til en erhvervsuddannelsesaftale.

Påstande

Klager har nedlagt følgende påstande:

Indklagede, Graff Kristensen A/S, tilpligtes til Fagligt Fælles Forbund at betale differencen mellem udbetalt løn og overenskomstmæssig løn, herunder feriepenge, SH-betaling og pension i henhold til overenskomstens bestemmelser for voksne arbejdere, for arbejde udført af Lyudmyla Makukha i perioden 1. januar 2010 til den 1. april 2010 og Olena Kylykovska i perioden 1. april 2009 til 1. april 2010.

Det samlede efterbetalingsbeløb tillægges procesrente fra de enkelte ydelsers forfaldsdato, til betaling sker.

Indklagede tilpligtes til Fagligt Fælles Forbund at betale feriepenge i henhold til overenskomstens § 21, stk. 8, for ugerne 34, 35, 36 og 45 i 2009 for ferie afholdt uden løn af Svitlana Moskvina og Nataliya Golubova. Feriepengene tillægges procesrente fra de enkelte ydelsers forfaldsdato, til betaling sker.

Indklagede har endeligt påstået frifindelse.

Sagens behandling

Sagen blev den 7. marts 2011 behandlet mundtligt i Fagligt Fælles Forbund, Kampmannsgade 4, 2. sal, København K, med landsdommer Tine Vuust som opmand. Som sidedommere udpeget af klager fungerede Morten Fischer-Nielsen og Arne Grevsen, og som sidedommere udpeget af indklagede fungerede Birgitte Dember og Jens Poulsen.

Sagen er forhandlet sammen med FV 2010.180 – Fagligt Fælles Forbund mod GLS-A for Gartneriet Linnemann ApS. Der blev under forhandlingen i relation til nærværende voldgiftssag afgivet forklaring af Olena Kulykovska og Lyudmyla Makukha, under medvirken af tolk, samt af direktør Gert Graff, Graff Kristensen A/S, direktør Poul Graff, Graff Development A/S og af kontorchef Anne Marie Hagskjær, GLS-A.

Efter bevisførelse og procedure voterede rettens medlemmer. Der kunne ikke blandt sidedommerne opnås flertal for noget resultat. Sagen blev derefter optaget til opmandens kendelse, der efter aftale affattes uden fuldstændig gengivelse af vidneforklaringer og parternes procedurer.

Sagens nærmere omstændigheder og parternes synspunkter

Lyudmyla Makukha og Olena Kulykovska blev ansat som praktikanter hos Graff Kristensen A/S i april 2009 og arbejdede for denne virksomhed som praktikanter indtil april 2010, hvor de begge overgik til en

tidsbegrænset ansættelse på almindelige overenskomstvilkår. På ansættelsestidspunktet arbejdede tillige Svitlana Moskvina og Nataliya Golubova som praktikanter, indtil de fratrådte den 7. januar 2010.

Ansættelsen som praktikant var reguleret af ”Aftale om udenlandske praktikanter”, hvoraf fremgår bl.a.:

”1. Praktikantopholdet skal have til formål at supplere en i hjemlandet påbegyndt eller erhvervet uddannelse. Praktikanten skal på tidspunktet for praktikopholdets begyndelse være mellem 18 og 30 år. Praktikantansættelsen må ikke have til formål at erstatte dansk arbejdskraft, hvorfor der som hovedregel skal være tale om en nettoudvidelse af medarbejderstaben under praktikopholdet. Praktikantopholdet skal tilsigte, at den unge under ordnede forhold bor hos en i forvejen udpeget vært med henblik på at få suppleret viden og erfaring inden for bestemte områder. Praktikanten må ikke benyttes som billig arbejdskraft, men skal behandles som et medlem af familien. Der bør i almindelighed højst være to praktikanter hos en vært.

...

4. Under opholdet i Danmark erhverver praktikanten en løn, der som minimum svarer til lønnen for elever under gartneruddannelsens 1. uddannelsesår. Praktikperioden kan maksimalt udgøre 12 måneder. Ansættelsesforholdet for praktikanten er i øvrigt underlagt gældende dansk arbejdsmarkedslovgivning samt kollektiv overenskomst aftalt mellem Gartneribrugets Arbejdsgiverforening og Specialarbejderforbundet i Danmark.”

Af den i aftalen omtalte kollektive overenskomst er i § 21 fastlagt vilkårene for elever, herunder bestemmelser om uddannelsesaftale, løn og arbejdstid. Om ferie hedder det i § 21, stk. 8, bl.a.:

”Elever henhører under ferieloven. Eleven optjener feriegodtgørelse af den i optjeningsåret (kalenderåret) udbetalte løn inkl. løn under skoleophold, beregnet til dækning af ferien i det efterfølgende ferieår (1. maj – 30. april).

Elever har ret til ferie i 25 dage i såvel det første som det andet hele ferieår efter, at læreforholdet er begyndt. Er læreforholdet påbegyndt inden 1. juli i et ferieår, har eleven ret til 25 dages ferie allerede i dette ferieår.

Har en elev ikke optjent feriegodtgørelse til alle feriedage, betaler den arbejdsgiver hos hvem ferien afholdes, løn for de resterende feriedage. Optjent feriegodtgørelse skal anvendes først.”

Under organisationsmødet i sagen den 6. maj 2010 anerkendte Graff Kristensen A/S, at der i perioden fra den 1. april 2009 til den 7. januar 2010 havde været ansat tre praktikanter i virksomheden og dermed én praktikant for meget, og at der som følge heraf skulle ske aflønning af Lyudmyla Makukha som almindelig ufaglært arbejder indtil den 7. januar 2010. Parterne var ikke enige om, hvorvidt hun også fra

den 7. januar 2010 til ansættelsesforholdets ophør i april 2010 skal oppebære almindelig overenskomstmæssig løn eller elevløn.

Der var endvidere uenighed om, hvorvidt der var endnu en praktikant for meget på gartneriet. Indklagede henviste i den forbindelse til, at Nataliya Golubova var ansat i Graff Development A/S, som er godkendt til at beskæftige én elev, mens de tre øvrige praktikanter var ansat på Graff Kristensen A/S. Det blev heroverfor fra klagers side gjort gældende, at der var identitet mellem de to virksomheder, således at der i relation til den mellem parterne indgåede "Aftale om udenlandske praktikanter" var tale om én praktikvært. Klager har under denne sag endvidere anført, at Nataliya Golubova reelt var ansat i Graff Kristensen A/S og ikke Graff Development A/S.

I relation til spørgsmålet om ferie har klager gjort gældende, at lønbegrebet i "Aftalen om udenlandske praktikanter" også omfatter løn under ferie, og at praktikanter derfor har den i overenskomstens § 21, stk. 8, for elever gældende ret til løn under ferieafholdelse. Indklagede har bestridt, at praktikanter uden udtrykkelig aftale herom kan sidestilles med elever i feriemæssig henseende, og har på den baggrund og henset til, at klager først nu, mange år efter aftalens indgåelse, stiller krav om løn under ferie, gjort gældende, at praktikanter alene er omfattet af ferielovens almindelige regler, herunder principperne om optjening og afvikling af ferie.

Opmandens begrundelse og resultat

Vedrørende antallet af praktikanter i Graff Kristensen A/S

Efter forklaringen fra Poul Graff lægges det til grund, at den del af gartnerivirksomheden, der vedrører forskning, research og udvikling af nye planter samt salg af licenser, siden 2005 har været udskilt til et selvstændigt aktieselskab, Graff Development A/S, mens Graff Kristensen A/S primært beskæftiger sig med produktion og salg af potteplanter. Uanset at mange gartnerivirksomheder har udviklingsopgaver og produktionsopgaver samlet i ét selskab, og uanset at der er personsammenfald i ejerkredsen og ledelsen af de to selskaber, finder opmanden ikke grundlag for at statuere identitet mellem disse to selskaber med den virkning, at de i relation til "Aftalen om udenlandske praktikanter" må anses for værende én praktikvært. Der er herved lagt vægt på, at opdelingen af driften i flere selskaber har en forretningsmæssig begrundelse, og at begge selskaber hver især er medlem af arbejdsgiverorganisationen, bundet af parternes overenskomst og godkendt som praktikplads til at beskæftige henholdsvis tre og én elever ad gangen.

Spørgsmålet er derfor, om Nataliya Golubova reelt var ansat i Graff Kristensen A/S eller i Graff Development A/S.

Det fremgår af arbejds- og opholdstilladelsen for Nataliya Golubova, at hun var ansat i Graff Development A/S. Der foreligger tre ansættelseskontrakter, hvoraf den første – med Graff Development v/Gert og Poul Graff Kristensen som arbejdsgiver - blev underskrevet af Nataliya Golubova i Ukraine den 16. oktober 2008 og fremsendt til de danske myndigheder til brug for visumansøgningen. De to andre kontrakter er begge underskrevet af arbejdsgiveren og den ansatte den 19. januar 2009, efter at Nataliya Golubova var kommet til Danmark, og de angiver henholdsvis Graff Kristensen A/S og Graff Development som arbejdsgiver. Poul Graff har forklaret, at det forhold, at der er to kontrakter, skyldes, at Nataliya Golubovas cpr.nr. ved en fejl var blevet ombyttet med Svitlana Moskvina's cpr. nr., og at man samme dag opdagede og rettede fejlen og fik underskrevet den nye ansættelseskontrakt for Nataliya Golubova med ansættelse i Graff Development.

Poul Graff har endvidere forklaret, at Graff Kristensen A/S var administrationsselskab og udbetalte lønnen til Nataliya Golubova på vegne af Graff Development A/S, hvilket er baggrunden for, at Graff Kristensen A/S er anført i arbejdsgiverfeltet på hendes lønsedler. Der er fremlagt en faktura af 31. januar 2009 hvoraf fremgår bl.a., at Graf Kristensen A/S for januar 2009 fakturerede Graff Development A/S for ”Løn Januar 2009”, ”Administration og kontorhold” og ”Husleje januar 2009, ”hus nr. 2””.

Om udførelsen af arbejdet har Olena Kulykovska og Lyudmyla Makukha begge forklaret, at Nataliya Golubova lavede det samme arbejde som de tre andre ukrainske praktikanter, at man tilstræbte, at de alle fire eller to og to arbejdede sammen, fordi de talte samme sprog, og at der i det hele taget ikke var nogen opdeling hverken fysisk eller arbejdsmæssigt mellem dem og Nataliya Golubova. Heroverfor har Poul Graff forklaret, at Nataliya Golubova primært arbejdede under instruktion af Erik Graff og den i Graff Development A/S ansatte mikrobiolog, at hun i modsætning til de tre andre praktikanter havde særlige arbejdsopgaver, som relaterede sig til arbejde med planterne i Graff Development A/S, herunder udfyldte særlige etiketter med oplysninger om planternes ”stamtræ”, men at arbejdet ofte lignede det arbejde, som de andre praktikanter udførte, og også ofte blev udført fysisk samme sted, idet Graff Development A/S havde lejet sig ind i lokaler og faciliteter hos Graff Kristensen A/S. Gert Graff har forklaret, at man på virksomhederne gjorde meget ud af, at de ukrainske praktikanter ikke arbejdede sammen i

en gruppe, og at de f.eks. ikke måtte tale ukrainsk sammen i arbejdstiden. Han var kun ansvarlig for de tre praktikanter hos Graff Kristensen A/S og ikke for Nataliya Golubova.

Der er fremlagt en arbejdsplan, benævnt "working hours", med angivelse af arbejdstid for henholdsvis uge 19-36 i 2009 og uge 39-44 i 2009. På arbejdsplanen er også anført andre navne end navnene på de fire ukrainske praktikanter. Olena Kulykovska har herom forklaret, at de alle fire arbejdede sammen og derfor var opført på samme vagtplan. Gert Graff har forklaret, at arbejdsplanen alene er udtryk for en mødeplan og dækkede begge virksomheder, da mødetiden var ens i de to virksomheder.

Efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger og afgivne forklaringer findes der ikke tilstrækkeligt grundlag for at tilsidesætte virksomhedens oplysninger om, at Nataliya Golubova var ansat i og arbejdede for Graff Development A/S, således som det fremgår af hendes arbejds- og opholdstilladelse.

Herefter kan det ikke lægges til grund, at der i 2009 var ansat flere end tre udenlandske praktikanter i Graff Kristensen A/S, hvorfor Graff Kristensen A/S frifindes for klagers krav om betaling af yderligere løn til Olena Kylykovska i perioden 1. april 2009 til 1. januar 2010.

For så vidt angår kravet om yderligere løn til Lyudmyla Makukha og Olena Kylykovska for arbejde udført i perioden 1. januar 2010 til 1. april 2010 bemærkes, at der i henhold til referatet af organisationsmødet den 6. maj 2010 er sket efterregulering af hendes praktikantløn til overenskomstmæssig løn indtil den 7. januar 2010, og at der efter dette tidspunkt ikke var ansat flere end de to praktikanter, som Graff Kristensen A/S efter "Aftalen om udenlandske praktikanter" havde lov til. Det må således lægges til grund, at der i den periode, for hvilken der kræves efterbetaling, ikke var noget til hinder for den ansættelse på praktikantvilkår, som parterne ved ansættelsesforholdets begyndelse havde aftalt.

På denne baggrund findes Graff Kristensen A/S ikke at have været forpligtet til at foretage yderligere efterregulering af lønnen til Lyudmyla Makukha end allerede sket, hvorfor virksomheden frifindes for klagerens krav om yderligere efterbetaling af løn.

Vedrørende spørgsmålet om løn under ferie, som ikke er optjent i henhold til ferielovens regler, fremgår det ikke udtrykkeligt af "Aftalen om udenlandske praktikanter", punkt 5, at praktikanter

skal have ferierettigheder på lige fod med elever, men at praktikanten ”erholder ... en løn, der som minimum svarer til lønnen for elever under gartneruddannelsens 1. uddannelsesår”.

Lønbegrebet omfatter normalt også feriegodtgørelse og løn under ferie. Der er imidlertid i overenskomstens § 21, stk. 8, og ferielovens § 9 tillagt elever med en erhvervsuddannelsesaftale særlige ferierettigheder, herunder ret til løn under afholdt, men ikke optjent, ferie, som på væsentlige punkter fraviger de almindelige principper for optjening og afholdelse af ferie. Henvisningen i lønbestemmelsen til uddannelsesåret kunne også tyde på, at der med aftalen alene er tænkt på størrelsen af lønnen og ikke disse særlige ferierettigheder øvrigt. ”Aftalen om udenlandske praktikanter” blev indgået i 1998, og opmanden lægger efter forklaringen fra Anne Marie Hagelskjær til grund, at klager ikke før denne voldgiftssag har rejst krav om løn under ferie til udenlandske praktikanter.

På denne baggrund findes bestemmelsen om udenlandske praktikanter aflønning ikke at indebære en ret for udenlandske praktikanter til løn under ferie uden forudgående optjening heraf i henhold til overenskomstens § 21, stk. 8. Herefter frifindes Graff Kristensen A/S også for klagers krav om løn under ferieafholdelse i 2009.

Thi bestemmes

Indklagede, Graff Kristensen A/S, frifindes.

Hver part skal bære egne omkostninger og betale halvdelen af opmandens honorar og udgifter.

København, den 14. marts 2011

Tine Vuust