



Udskrift af Arbejdsrettens dom af 20. april 2023

I sag nr.: 2022-240

Fagbevægelsens Hovedorganisation

for

Fagligt Fælles Forbund (3F)

som mandatar for

A

og

B

(advokat Mina Bernardini)

mod

JEWA Skive ApS

(advokat Henrik Karl Nielsen)

Dommere: Anne Louise Bormann (retsformand), Lars Hjortnæs og Kristian Korfits Nielsen.

Indledning

Sagen angår, om A og B, som var ansat i fleksjob hos JEWA Skive ApS, i henhold til § 122, stk. 4, i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats har krav på betaling af den løn og pension, som de ville have ret til efter Industriens Overenskomst, og om de har krav på godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis.

Parternes påstande

Klager, Fagbevægelsens Hovedorganisation for Fagligt Fælles Forbund (3F), har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:



Indklagede, JEWA Skive ApS, skal betale 70.881,19 kr. til Fagligt Fælles Forbund som mandatar for A med procesrente fra den enkelte ydelses forfald.

Påstand 2:

Indklagede, JEWA Skive ApS, skal betale 16.733,23 kr. til Fagligt Fælles Forbund som mandatar for B med procesrente fra den enkelte ydelses forfald.

Påstand 3:

Indklagede, JEWA Skive ApS, skal betale 10.000 kr. til Fagligt Fælles Forbund som mandatar for A med procesrente fra 16. oktober 2021.

Påstand 4:

Indklagede, JEWA Skive ApS, skal betale 10.000 kr. til Fagligt Fælles Forbund som mandatar for B med procesrente fra 25. maj 2022.

Indklagede, JEWA Skive ApS, har nedlagt påstand om frifindelse.

Sagsfremstilling

A blev den 25. april 2016 ansat i fleksjob som montagemedarbejder hos JEWA Skive ApS. Montagearbejde består af sammensætning, samling og opsætning. Af ansættelseskontrakten fremgår bl.a., at "[a]nsættelsesforholdet er ikke omfattet af en overenskomst."

Fleksjobaftale mellem A og JEWA Skive blev underskrevet den 27. april 2016. Af fleksjobaftalen fremgår bl.a.: "Det bekræftes hermed at ovenstående aftale om fleksjob er indgået. Aftalen reguleres af den gældende overenskomst." Herefter fremgår et skema med oplysningerne "Stillingsbetegnelse: Montage medarbejder. Faglig organisation: 3F. Overenskomst: Ja."

Det fremgår også af fleksjobaftalen, at A's arbejdstid var 14 timer om ugen med 57 % effektivitet i jobbet svarende til en arbejdsevne på 8 timer.

B blev den 1. januar 2019 ansat i fleksjob som kantinemedhjælper hos JEWA Skive. B overgik senere til at udføre arbejde i montageafsnittet. Af ansættelseskontrakten fremgår bl.a., at "[a]nsættelsesforholdet er ikke omfattet af en overenskomst og pensionsordning."



Fleksjobaftale mellem B og JEWA Skive blev underskrevet den 21. december 2018. Det fremgår af fleksjobaftalen, at B's arbejdstid var 8 timer om ugen med 62,5 % effektivitet i jobbet svarende til en arbejdsevne på 5 timer.

Sagen blev rejst af 3F den 23. april 2021.

Ved forberedende retsmøde af 12. maj 2022 blev spørgsmålet om Arbejdsrettens kompetence til at behandle sagen udskilt til særskilt behandling, og ved retsformandsafgørelse af 7. september 2022 fandt Arbejdsretten, at sagen kunne fremmes ved Arbejdsretten. Af afgørelsen fremgår bl.a.:

”Parterne er enige om, at spørgsmålet om Arbejdsrettens kompetence skal afgøres efter de nugældende regler i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, jf. lovbekendtgørelse nr. 701 af 22. maj 2022. Det fremgår af denne lovs § 122, stk. 4, 2. pkt., at den ansatte og arbejdsgiveren ved fastsættelsen af løn og øvrige arbejdsvilkår i fleksjobbet skal tage udgangspunkt i en relevant sammenlignelig overenskomst, såfremt der findes en sådan på området, og at tvister om løn og arbejdsvilkår i disse tilfælde afgøres ved fagretlig behandling og endeligt ved Arbejdsretten, såfremt en af parterne begærer det, jf. § 122, stk. 4, 5. pkt.

I denne sag kan det efter bevisførelsen ikke lægges til grund, at parterne har taget udgangspunkt i en relevant sammenlignelig overenskomst på området, men Arbejdsretten finder efter en samlet vurdering, herunder særligt henset til forhandlingssekretær Ds forklaring vedrørende anvendelsesområdet for Industriens Overenskomst, at der med Industriens Overenskomst forelå en sådan relevant sammenlignelig overenskomst på området.

Spørgsmålet er herefter, om Arbejdsrettens kompetence til at træffe afgørelse i tvister om løn og arbejdsvilkår i fleksjob efter § 122, stk. 4, 5. pkt., omfatter sager som denne, hvor der forelå i hvert fald én relevant sammenlignelig overenskomst, som parterne dog ikke tog udgangspunkt i ved indgåelse af ansættelsesaftalen.

Ved vurderingen af dette spørgsmål lægger Arbejdsretten vægt på, at parterne ved indgåelse af aftalen om ansættelse i fleksjob efter lovgivningen ikke er tillagt valgfrihed med hensyn til, om de vil tage udgangspunkt i en relevant sammenlignelig overenskomst på området. Efter ordlyden af § 122, stk. 4, 2. pkt., skal parterne tage udgangspunkt i en sådan overenskomst, og i bestemmelsens forarbejder er det forudsat, at afvigelser fra overenskomsten skal aftales mellem parterne, jf. Folketingstidende 2018-19, lovforslag nr. L 209 af 27. marts 2019, de specielle bemærkninger til § 122.

I forarbejderne er endvidere henvist til virksomhedsoverdragelseslovens § 4 a, stk. 2, der indeholder en tilsvarende bestemmelse, som ifølge denne bestemmelses forarbejder



har til formål at fastholde udgangspunktet om, at kollektive overenskomster pådømmes i det fagretlige system, også i tilfælde hvor virksomheden ikke er overenskomstdækket.

En retsstilling som hævdet af indklagede, hvorefter Arbejdsretten ikke er kompetent, hvis parterne i strid med lovens ordlyd indgår en ansættelsesaftale uden at tage udgangspunkt i en relevant sammenlignelig overenskomst, vil modarbejde dette formål. Det modsatte resultat indebærer derimod, at Arbejdsretten også vil kunne behandle tvister om, hvorvidt der foreligger en relevant sammenlignelig overenskomst inden for det ansættelsesområde, som fleksjobaftalen dækker, og i givet fald hvilken, hvilket stemmer bedst overens med det arbejdsretlige princip, jf. også arbejdsretslovens § 9, stk. 1, nr. 4, hvorefter spørgsmål om, hvorvidt der foreligger en kollektiv overenskomst, afgøres af Arbejdsretten.

På denne baggrund er det mest nærliggende at forstå § 122, stk. 4, 5. pkt., i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats således, at Arbejdsretten er kompetent til at træffe afgørelse i tvister om løn og arbejdsvilkår i fleksjobbet i sager, hvor der forelå i hvert fald én relevant sammenlignelig overenskomst på området, selvom arbejdsgiveren og fleksjobbereren ved indgåelse af ansættelsesaftalen ikke har taget udgangspunkt heri.”

Retsgrundlag

§ 122, stk. 4, i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats har følgende ordlyd:

”Stk. 4. På områder, der ikke er dækket af overenskomst, fastsættes løn og øvrige arbejdsvilkår efter aftale mellem den ansatte og arbejdsgiveren. På områder, hvor der findes en relevant sammenlignelig overenskomst, skal parterne tage udgangspunkt i overenskomsten på det sammenlignelige område. Jobcenteret modtager efter aftale mellem arbejdsgiver og den ansatte kopi af aftalen om fleksjob. Den overenskomstbærende faglige organisation modtager efter aftale mellem arbejdsgiveren og den ansatte kopi af aftalen om fleksjob, hvis der er taget udgangspunkt i en sammenlignelig overenskomst. Tvister om løn og arbejdsvilkår afgøres i disse tilfælde ved fagretlig behandling og endeligt ved Arbejdsretten, såfremt en af parterne begærer det. I så fald er arbejdsgiveren stillet, som om denne havde tiltrådt den kollektive overenskomst. § 11, stk. 2, i lov om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter finder tilsvarende anvendelse.”

Af bemærkningerne til forslag til lov om en aktiv beskæftigelsesindsat fremsat den 27. marts 2019 fremgår bl.a. (Folketingstidende 2018-19, 1. samling, tillæg A, lovforslag nr. L 209, s. 134f.):

”Det er hensigten med fleksjobordningen efter reformen af førtidspension og fleksjob fra 2013, at den også skal kunne rumme de særlige tilfælde, hvor en betydelig funktionsnedsættelse gør, at en person ikke kan arbejde med fuld intensitet i de timer, hvor personen arbejder. Da arbejdsgiveren alene skal betale for det arbejde, der udføres, er det vigtigt, at lønfastsættelsen gør dette muligt, idet der ellers er risiko for, at der ikke kan etableres fleksjob i disse tilfælde.”



Af de specielle bemærkninger til § 122, stk. 4, fremgår bl.a. (Folketingstidende 2018-19, 1. samling, tillæg A, lovforslag nr. L 209, s. 315):

”Det foreslås i stk. 4, 1. og 2. pkt., at på områder, der ikke er dækket af overenskomst, vil løn og øvrige arbejdsvilkår skulle fastsættes efter aftale mellem den ansatte og arbejdsgiveren. På områder, hvor der findes en relevant sammenlignelig overenskomst, skal parterne tage udgangspunkt i overenskomsten på det sammenlignelige område.

Det forudsættes, at i de tilfælde, hvor der tages udgangspunkt i en relevant sammenlignelig overenskomst skal parterne ikke nødvendigvis følge alle områder i overenskomsten, men har mulighed for at aftale afvigelser herfra.”

§ 31 i Industriens Overenskomst har (og havde i 2016) følgende ordlyd:

§ 31 Medarbejdere med nedsat arbejdsevne

Stk. 1

For medarbejdere, som – enten varigt eller midlertidigt – har en nedsat arbejdsevne, er der mulighed for lokalt på den enkelte arbejdsplads mellem medarbejder og virksomhed at aftale arbejdsvilkår (herunder nedsat arbejdstid og/eller lavere løn), som fraviger de i denne overenskomst gældende bestemmelser.

Stk. 2

Organisationerne har påtaleret i henhold til ”Regler for behandling af uoverensstemmelser af faglig karakter.”

Forklaringer

Der er afgivet forklaring af A, B, C, D og E.

A har forklaret bl.a., at hun fra den 24. april 2016 blev ansat i JEWA Skive, hvor hun udførte montagearbejde, herunder samlede grill og legetøj og pakkede plasticallerkener. I JEWA Skive samles og pakkes diverse produkter for andre virksomheder. Hun blev ansat som fleksjobber med 14 timers arbejdsuge med betaling for 8 timer. Hun fik først ansættelsesbevis en måned efter ansættelsens start. Hun lagde ikke mærke til, om der var en overenskomst, og hun fik ikke at vide, om hun var omfattet af en overenskomst. Der var ca. 30-40 ansatte i virksomheden, hvoraf 20-30 var ansat i fleksjob. Hun var ansat i JEWA Skive i næsten 6 år til den 5. april 2022. Hun sagde selv op med bistand fra kommunen, fordi hun ikke kunne holde til det psykiske pres. Hun blev bekendt med sit lønkrav, fordi der var snak i krogene i virksomheden, og hun tog derfor fat i fagforeningen, hvor hun fandt ud af, at de ikke fulgte overenskomsten, som der ellers stod i fleksjobaftalen, hvor der dog ikke stod, hvilken overenskomst der gjaldt.



Før hun blev ansat i JEWA Skive, var hun på kontanthjælp, og inden da har hun bl.a. gjort rent og pakket æg. Hun ved ikke, hvordan den arbejdsevne på 57 %, der fremgår af fleksjobaftalen, er beregnet, men hun har været til arbejdsprøvning i kommunen. Hun havde ikke indtægt fra anden side under ansættelsen, men hun fik løn for op til 37 timer fra Skive Kommune. Ved ansættelsen i 2016 var hun til samtale med F fra JEWA Skive og en jobkonsulent fra Skive Kommune. Der var ikke nogen til stede fra 3F, og hun talte ikke med nogen fra 3F om ansættelsen.

B har forklaret bl.a., at hun fra den 1. januar 2019 var ansat hos JEWA Skive, hvor hun blev ansat til at lave mad til de ansatte. I januar 2020 skiftede hun til produktionen i stedet, hvor hun lavede montagearbejde. Hun kan ikke huske, om hun fik et ansættelsesbevis ved ansættelsen. Hun var ansat til 8 timer og fik løn for 5 timer. Hun var ikke omfattet af en overenskomst, og der blev ikke talt om en overenskomst ved ansættelsen. Hun talte ikke med nogen, om det, der stod i ansættelseskontrakten om, at ansættelsesforholdet ikke er omfattet af en overenskomst. Hun ved ikke, hvordan de 62,5 % effektivitet i jobbet, som fremgår af fleksjobaftalen, er beregnet, men hun var i arbejdsprøvning i forskellige butikker. Hun havde ikke arbejde, inden hun startede i JEWA Skive, men fik kontanthjælp. Hun blev afskediget den 5. marts 2021 på grund af samarbejdsvanskeligheder. Hun har ikke talt med 3F forud for afskedigelsen. Hun har heller ikke talt med kommunen om sine ansættelsesvilkår, men hun talte med tidligere kolleger herom. De fandt bl.a. ud af, at de havde forskellige timesatser. Hun har haft pensionsordning tidligere. I dag lever hun af fleksydelse.

C har forklaret bl.a., at JEWA Skive er stiftet af hendes ægtefælle F. Hun er ansat i JEWA Skive, hvor hun sørger for den daglige drift af pakkeafdelingen og har kontakten til kommunen og fleksjobberne. Hun er uddannet i butik og har efterfølgende været ansat i en kommune og er blevet uddannet på kontor. Hun har gennem mange år haft ledelsesansvar.

JEWA Skive foretager pakkeopgaver for forskellige virksomheder, ligesom de beskæftiger sig inden for det ”grønne område”, hvor de slår græs og klipper hæk for virksomheder. JEWA Skive producerer ikke noget selv, men samler og pakker produkter for de virksomheder, der sælger varerne. Hun er enig i A’s og B’s beskrivelse af det udførte arbejde. Det er i sig selv et formål for JEWA Skive at beskæftige fleksjobbere. De vil gerne hjælpe de mest udsatte og ringest stillede fleksjobbere, dvs. dem som kan arbejde under 8 timer effektivt om ugen. De



har også haft beskyttet beskæftigelse af førtidspensionister. I 2021 var der 28 beskæftiget i fleksjob hos JEWA Skive og fire førtidspensionister i beskyttet beskæftigelse. Derudover var der syv ansatte, der arbejdede på almindelige vilkår, som kunne hjælpe fleksjobberne og førtidspensionisterne. For at komme i fleksjob skal man visiteres af kommunen, og der skal laves en fleksjobaftale, som skal udfyldes, inden arbejdet påbegyndes. Flexjobaftalen er en skabelon fortrykt af kommunen, og både arbejdsgiver, arbejdstager og kommunen underskriver den. Foreholdt to forskellige fleksjobaftaler forklarede hun, at hun ikke ved, hvorfor der findes to forskellige blanketter. Der er ikke arbejdsgivere i Skive, der ansætter fleksjobbere i det omfang, som JEWA Skive gør. JEWA Skive får også kandidaterne via kommunen. A var en af virksomhedens første fleksjobbere, og de har ikke drøftet arbejdsvilkår mv. med 3F. Arbejdsvilkårene er drøftet med Skive Kommune, og det gør virksomheden hver gang på et møde med medarbejderen og kommunen. Procentsatsen for effektiv arbejdstid bliver fastsat af kommunen efter arbejdsprøvning.

JEWA Skive var kort medlem af Kooperationen, men har ellers ikke været i en arbejdsgiverforening. Kommunen har aldrig bedt om, at der skal tages udgangspunkt i en overenskomst, og alle i kommunen ved, at JEWA Skive ikke har en overenskomst, for det bliver der talt om på møderne. Kommunen var klar over, at der ikke var en pensionsordning for fleksjobberne, for det blev sagt ved ansættelser. Den ansatte vidste det således også.

3F var i 2017 i kontakt med virksomheden med henblik på at blive omfattet af en overenskomst. Der var et møde med en 3F repræsentant i forbindelse med ansættelsen af et 3F medlem, men mødet gik galt, og medarbejderen blev sygemeldt og meldte sig ud af 3F. De drøftede herefter mulighederne for en overenskomst med 3F, og det var deres opfattelse, at 3F havde forståelse for, at det var svært at få deres arbejdsmåde til at passe ned i en overenskomst, og 3F tog ikke fat i dem igen.

De kom i kontakt med B, fordi de ville tilbyde madordning til de ansatte. De fik kontakt til B gennem jobkonsulenten i kommunen, hvorefter B kom ud til en samtale, og de lavede en fleksjobaftale. Foreholdt B's ansættelseskontrakt og den deri angivne arbejdstid på 5 timer, forklarede hun, at det blev udregnet, inden B kom til JEWA Skive, og virksomheden havde ikke brug for flere timer. Timelønnen var 115 kr. pr. time for de 5 timer, hvilket de aftalte på mødet, hvor kommunen også deltog. Kommunen fik altid besked om, hvad de ansatte



fleksjobbere fik i løn. De drøftede ikke overenskomstforhold – heller ikke ved ansættelsen af A.

A kom de også i kontakt med gennem kommunen. Foreholdt A's ansættelseskontrakt og den deri angivne timeløn på 106 kr., forklarede hun, at det blev aftalt på mødet. Det dækker de 8 timer, og det burde også have stået i ansættelseskontrakten. Grunden til lønforskellen mellem de to er, at lønnen afhænger af, hvad den pågældende ansatte kan, og hvordan de møder ind. Der kan være stor forskel på lønnen, men de ansatte har ikke gjort indsigelse over for lønnen. Hun kan ikke nærmere forklare, hvordan lønnen bliver fastsat. Foreholdt A's fleksjobaftale, hvor der står, at ansættelsen er omfattet af en overenskomst, forklarede hun, at hun har talt med jobkonsulenten om, at det var en fejl. A var den første fleksjobber, JEWAS Skive ansatte, og de er efterfølgende blev klogere på, hvad det vil sige at være fleksjobber og samarbejdet med kommunen. I dag ville hun have fanget fejlen i timetal i ansættelseskontrakten, men hun ville stadig ikke tage udgangspunkt i en overenskomst.

Efter opsigelsen af B blev de kontaktet af 3F den 23. april 2021 angående både B's og A's ansættelsesforhold. Hun havde på det tidspunkt opfattet snak i krogene blandt medarbejderne om deres vilkår, og medarbejderne blev utrygge. De holdt herefter et møde med 3F den 30. september 2021. På mødet, som de fik at vide, de skulle have, var der også en jobkonsulent fra kommunen. På mødet blev de ikke enige om noget. JEWAS Skive har haft bistand fra Kooperationen i forhandlingerne med 3F, men de blev ikke enige, og virksomheden er stadig ikke dækket af en overenskomst. 3F lavede på et tidspunkt en blokade af virksomheden, og samarbejdet med kommunen ophørte. De ansætter derfor ikke længere fleksjobbere, men har kun ansatte på almindelige vilkår.

D har forklaret bl.a., at han den 1. september 2022 gik på pension som faglig sekretær i 3F, hvor han behandlede sager som disse. Baggrunden for henvisningen til Industriens Overenskomst er, at der arbejdes med montagearbejde. Medarbejdere, der arbejder med sådanne opgaver, er omfattet af Industriens Overenskomst, hvis de ellers er ansat under en overenskomst. Det er han ikke i tvivl om, og det er således ikke en anden overenskomst, der skulle have været henvist til. Når man er montagemedarbejder, så er det Industriens Overenskomst, der er den relevante. Han har ikke drøftet spørgsmålet med CO-industri, som er part i overenskomsten.



3F-lokalafdelingen var ikke involveret i ansættelsen af de to medarbejdere. Efter fleksjobloven blev lavet om i 2012/13, får faglige organisationer ikke længere at vide, når fleksjobbere bliver ansat, og de får ikke kopi af ansættelses- eller fleksjobaftalen, som de gjorde førhen. Lokalafdelingen har før haft kontakt til virksomheden som forklaret af C, men han ved ikke, hvad baggrunden for det var, eller hvad de fik ud af det. Han fik fortalt, at det var en fra 3F's Transportgruppe, der havde været derude. De har ham bekendt ikke før forsøgt at få en overenskomst på plads med virksomheden.

At det er en socialøkonomisk virksomhed betyder, at virksomheden tager fleksjobbere ind, men han mener stadig, at de skal have en overenskomst. JEWA Skive havde en aftale med kommunen, for den 8. juni 2021 var de ude og tale om overenskomst, og der fik han at vide, at de havde en aftale med kommunen om at få en masse nye medarbejdere, der var blevet afskediget andre steder fra pga. COVID-19. De har ikke haft andre sager om fleksjobbere med virksomheden. Han har fra kommunen fået fortalt, at der er 7-800 fleksjobbere i Skive Kommune. Han har ikke været i kontakt med kommunen for at få en liste over fleksjobbere i JEWA Skive.

E har forklaret bl.a., at han er forhandlingssekretær i Industrigruppen i 3F. Industriens Overenskomst dækker alle produktionsvirksomheder i Danmark og alle virksomheder, hvor der er både faglært og ufaglært arbejdskraft. Det er en bred overenskomst, og den dækker også montagearbejde og pakning. Man kan godt have flere forskellige overenskomster på en arbejdsplads, og det gælder også JEWA Skive, hvor der f.eks. også kunne være en overenskomst for det grønne område. Socialøkonomiske virksomheder kan sagtens være omfattet af Industriens Overenskomst, og en overenskomst med Kooperationen kan også gælde for en fleksjobansættelse. Det har ikke betydning for overenskomstdækningen, om man er ansat på deltid eller ikke har en fuldt effektiv arbejdstid. Der er masser af fleksjobbere, der er dækket af Industriens Overenskomst. Der gælder ikke en mindste arbejdstid for fleksjobbere for at være omfattet af en overenskomst.

Beslutningen om, at kravet skal støttes på Industriens Overenskomst er truffet af 3F-lokalafdelingen. Fleksjobbere er ikke deltidsansatte og er derfor ikke omfattet af krav til timetal i overenskomsten. CO-industri er orienteret om sagen, men DI er ikke fra deres side orienteret.



Parternes argumentation

Klager har anført navnlig, at Industriens Overenskomst er en relevant sammenlignelig overenskomst i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 122, stk. 4's forstand. Efter bestemmelsens ordlyd skal der blot være én sammenlignelig overenskomst, og der skal – ikke kan – tages udgangspunkt i den ved fastsættelse af løn og øvrige vilkår. JEWA Skive var derfor forpligtet til at tage udgangspunkt i Industriens Overenskomst ved fastsættelsen af løn og øvrige vilkår for A og B.

Der er intet grundlag for, at § 122, stk. 4, skal fortolkes som en hovedregel med en undtagelse. Bestemmelsen skal læses i sin helhed. Reglen er, at hvis der ikke er en overenskomst, skal der tages udgangspunkt i en relevant sammenlignelig overenskomst på området. Det er også i overensstemmelse med formålet med bestemmelsen, hvor lovgiver har ønsket at ophøje overenskomsten til lov netop for at beskytte de svagere parter på arbejdsmarkedet og sikre dem et fundament. Det er fleksjobberne, der er rettighedssubjekt i § 122, stk. 4, og fleksjobberne kan derfor kræve efterbetaling af arbejdsgiveren, hvis der er betalt mindre i løn mv., end overenskomsten giver ret til.

Arbejdsretten har ved formalitetsafgørelse af 7. september 2022 i denne sag fastslået, at Industriens Overenskomst er en relevant sammenlignelig overenskomst, at JEWA Skive var forpligtet til at tage udgangspunkt i overenskomsten, og at JEWA Skive ikke konkret har fraveget overenskomstens bestemmelser. Hvis Arbejdsretten mener, der alligevel skal ske en fornyet vurdering heraf, gøres det gældende, at Industriens Overenskomst dækker montagearbejde, som A og B udførte, ligesom overenskomsten er bredt favnende og dækker en meget bred ramme af erhverv, herunder B's arbejde i køkkenet, som hun udførte, inden hun blev en del af produktionen. Fleksjobbere kan godt være omfattet af Industriens Overenskomst, ligesom socialøkonomiske virksomheder kan være omfattet af overenskomsten. Formålet med virksomheden er ikke afgørende. Det er derimod afgørende, hvilket arbejde virksomheden udfører.

JEWA Skive har ikke udpeget en relevant overenskomst, og i så tilfælde må fleksjobberne udpege den mest relevante overenskomst. Arbejdsgiversiden kan ikke blot afvise fleksjobbernes forslag til en relevant overenskomst. Når fleksjobberne har henvist til en overenskomst, vender bevisbyrden, og herefter må arbejdsgiver pege på en alternativ



overenskomst, hvis de er uenige. JEWA Skive har ikke peget på en anden overenskomst, og derfor må Industriens Overenskomst finde anvendelse.

Når en overenskomstbestemmelse skal fraviges, er der to krav. For det første skal fravigelsen konkret aftales mellem parterne, og for det andet skal fravigelsen være nødvendig. JEWA Skive har ikke konkret fraveget Industriens Overenskomst, for parterne har slet ikke forholdt sig til denne.

§ 31 i Industriens Overenskomst er ikke relevant, idet en fravigelse af overenskomsten under alle omstændigheder skal være konkret aftalt og nødvendig, hvilket ikke er tilfældet i denne sag. Arbejdsretten skal desuden ikke fortolke § 31. En fortolkning af § 31 må i givet fald ske ved en faglig voldgift, inden der afsiges dom i denne sag.

A og B havde krav på løn- og arbejdsvilkår i henhold til Industriens Overenskomst, men Jewa Skive har ikke anført dette i ansættelsesbeviserne, og der er derfor tale om mangelfulde og misvisende ansættelsesbeviser i strid med ansættelsesbevislovens § 2. Manglerne har haft væsentlig betydning for deres rettigheder og har medført en tvist, som kunne være undgået. A og B har derfor krav på godtgørelse i medfør af ansættelsesbevislovens § 6, som passende kan fastsættes til 10.000 kr. i henhold til udmålingsprincipperne i UfR 2011.805H.

Indklagede har anført navnlig, at Arbejdsrettens formalitetsafgørelse af 7. september 2022 angår Arbejdsrettens kompetence. Der var i det pågældende retsmøde ingen bevisførelse med hensyn til, om Industriens Overenskomst var relevant, og der må derfor ses bort fra, at sagens realitet også dermed blev afgjort. Afgørelsen indebærer kun, at Arbejdsretten er kompetent.

Fravigelse af de i ansættelsesaftalen aftalte vilkår kræver klar hjemmel. Klagerne ønsker reelt at blive stillet, som var de ansat på vilkår efter Industriens Overenskomst, selvom der ikke er en sammenlignelig overenskomst i medfør af § 122, stk. 4, og løn og øvrige vilkår derfor skal fastsættes ved aftale mellem arbejdstager og arbejdsgiver.

JEWA Skive er ikke en produktionsvirksomhed, og med klagerens ansættelse på ned til 5 timer om ugen falder forholdet helt uden for Industriens Overenskomst. Der er i hvert fald ikke grundlag for at tilsidesætte virksomhedens vurdering af, at der ikke var en sammenlignelig overenskomst.



Under alle omstændigheder kan arbejdstagersiden ikke selv vælge en overenskomst, idet det ville kræve en klar hjemmel i loven, hvis arbejdstager på den måde selv skulle kunne fastsætte sine vilkår. Sådan hjemmel er der ikke. § 122, stk. 4, taler om en relevant sammenlignelig overenskomst, men der står intet om parametrene for denne vurdering i hverken lovtæst, forarbejder eller ministersvar. ”Relevant og sammenlignelig” er en retlig vurdering, og klagerne må derfor kunne påvise faktiske omstændigheder, som gør, at ansættelsen falder inden for Industriens Overenskomst. JEWA Skive producerer intet, og det arbejde, der udføres, er montagearbejde. Klager har ikke påvist, at Industriens Overenskomst passer på dette og dermed er relevant og sammenlignelig. Allerede af den grund bør der ske frifindelse.

Der kan ikke støttes ret på § 122, stk. 4, for bestemmelsen siger intet om konsekvensen af ikke at have fulgt en relevant sammenlignelig overenskomst. Der er tale om offentligretlig lovgivning, som man ikke kan støtte ret på over for en arbejdsgiver, uanset hvad der er aftalt.

Hvis Arbejdsretten mener, at Industriens Overenskomst er relevant og sammenlignelig, skal der fortsat ske frifindelse. Det, arbejdsgiveren er forpligtet til efter § 122, stk. 4, er, at tage udgangspunkt i overenskomsten, og § 31 i Industriens Overenskomst giver hjemmel til, at bestemmelserne i overenskomsten kan fraviges. De vilkår, der er aftalt, kunne således også være aftalt, hvis der var taget udgangspunkt i Industriens Overenskomst. Der gælder intet krav om, at fravigelsen af overenskomsten skal være konkret aftalt eller nødvendig.

Der er ikke grundlag for godtgørelse efter ansættelsesbevisloven, idet klagerne har fået de vilkår, der var aftalt, og en relevant sammenlignelig overenskomst var ikke i spil på tidspunktet for aftalernes indgåelse.

Arbejdsrettens begrundelse og resultat

Sagen angår, om A og B, som var ansat i fleksjob hos JEWA Skive ApS, i henhold til § 122, stk. 4, i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats har krav på betaling af den løn og pension, som de ville have ret til efter Industriens Overenskomst, og om de har krav på godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis.

Krav efter § 122, stk. 4, i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats



Det fremgår af § 122, stk. 4, i lov om en aktiv beskæftigelsespolitik, at på områder, der ikke er dækket af overenskomst, fastsættes løn og øvrige arbejdsvilkår efter aftale mellem den ansatte og arbejdsgiveren. På områder, hvor der findes en relevant sammenlignelig overenskomst, skal parterne tage udgangspunkt i overenskomsten på det sammenlignelige område.

Det er ubestridt, at A og B under deres ansættelse ved JEW A Skive ikke var dækket af Industriens Overenskomst eller en anden overenskomst. Det er derfor uden betydning for sagen, hvilken adgang til at aftale ændrede løn- og arbejdsvilkår, der følger af § 31 i Industriens Overenskomst. Spørgsmålet er, om der fandtes en sammenlignelig overenskomst i § 122, stk. 4's forstand, og hvad der i givet fald er konsekvenserne heraf.

Arbejdsretten lægger til grund, at A og B under ansættelsen var beskæftiget med montage- og pakkearbejde, og at der som forklaret af E er tale om arbejde, der er dækket af Industriens Overenskomst. Industriens Overenskomst må dermed anses for at være en relevant sammenlignelig overenskomst i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 122, stk. 4's forstand.

JEW A Skive og A og B skulle derfor ved fastsættelsen af løn og øvrige arbejdsvilkår have taget udgangspunkt i Industriens Overenskomst. Det er ikke beskrevet i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats eller dens forarbejder, hvad pligten til at "tage udgangspunkt" i en sammenlignelig overenskomst nærmere indebærer. Arbejdsretten finder, at § 122, stk. 4, må fortolkes i lyset af bestemmelsens formål, som må antages bl.a. at være at beskytte arbejdstagerens rettigheder, og må forstås på en måde, så bestemmelsen ikke bliver reelt indholdsløs. Dette understøttes af, at det i lovforarbejderne er anført, at "i tilfælde, hvor der tages udgangspunkt i en relevant sammenlignelig overenskomst, skal parterne ikke nødvendigvis følge alle områder i overenskomsten, men har mulighed for at aftale afvigelser herfra."

Arbejdsretten finder på den baggrund, at pligten til at tage udgangspunkt i en sammenlignelig overenskomst efter § 122, stk. 4, må forstås sådan, at arbejdstageren skal gøres bekendt med, hvilken overenskomst der er den sammenlignelige, således at arbejdstageren kan tage stilling til, om vedkommende er indforstået med at fravige overenskomsten, herunder eventuelt på baggrund af rådgivning fra den overenskomstbærende faglige organisation om de rettigheder, der følger af overenskomsten. Arbejdsgiver og arbejdstager kan herefter konkret aftale fravigelser af overenskomsten.



Det er ubestridt, at A og B ikke var bekendt med, at aftalen om løn mv. skulle tage udgangspunkt i Industriens Overenskomst, og aftalerne med JEW A Skive er ikke indgået sådan, at der er tale om konkrete fravigelser af denne overenskomst. Arbejdsretten finder derfor, at parterne ikke kan anses for at have taget udgangspunkt i overenskomsten i overensstemmelse med § 122, stk. 4. Da denne bestemmelse som nævnt må antages at have til formål bl.a. at sikre arbejdstagerens rettigheder, finder Arbejdsretten, at konsekvensen af ikke at opfylde pligten til at tage udgangspunkt i en relevant sammenlignelig overenskomst må være, at arbejdstageren har mindst de rettigheder, som følger af overenskomsten.

Da der som nævnt ikke er aftalt konkrete ændringer i forhold til overenskomsten, har Arbejdsretten ikke anledning til at tage stilling til, i hvilket omfang sådanne ændringer kan aftales efter § 122, stk. 4.

A og B har herefter ret til den løn og pension mv., der følger af Industriens Overenskomst, og da parterne er enige om opgørelsen af kravene, tages klagers påstand 1 og 2 til følge.

Godtgørelse efter ansættelsesbevisloven

Efter ansættelsesbevislovens § 2 stk. 2, har arbejdsgiveren pligt til at oplyse om bl.a. den gældende eller aftalte løn, som lønmodtageren har ret til ved ansættelsesforholdets påbegyndelse, samt tillæg og andre løndelev, der ikke er indeholdt heri, f.eks. pensionsbidrag (nr. 8), samt hvilke kollektive overenskomster eller aftaler, der regulerer arbejdsforholdet (nr. 10).

Af A's ansættelseskontrakt fremgik, at ansættelsesforholdet ikke var omfattet af en overenskomst. Dette var korrekt, idet Industriens Overenskomst ikke direkte regulerer parternes retsforhold. Af kontrakten fremgik endvidere den løn, som faktisk blev udbetalt. Arbejdsretten finder derfor, at det ikke er i strid med ansættelsesbevisloven, at det ikke blev oplyst, at Industriens Overenskomst var en relevant sammenlignelig overenskomst, og at den løn, der blev udbetalt, var lavere, end hvad der fulgte af overenskomsten, jf. herved Højesterets dom af 3. oktober 2003 i sag 284/2002 (UfR 2004.1). At det ved en fejl fremgik af A's fleksjobaftale, at ansættelsen var omfattet af en overenskomst, kan ikke tillægges betydning, allerede fordi hun efter sin egen forklaring ikke var opmærksom på denne fejlagtige oplysning.



B's gennemsnitlige ugentlige arbejdstid oversteg ikke 8 timer, jf. ansættelsesbevislovens § 1, stk. 1, og loven fandt derfor ikke anvendelse for hendes vedkommende.

JEWA Skive frifindes herefter for påstandene om godtgørelse efter ansættelsesbevisloven.

Konklusion

Efter det anførte tages klagers påstand 1 og 2 til følge, og indklagede frifindes for klagers påstand 3 og 4.

T h i k e n d e s f o r r e t:

JEWA Skive ApS, skal betale 70.881,19 kr. til Fagligt Fælles Forbund som mandatar for A med procesrente fra den enkelte ydelses forfald.

JEWA Skive ApS skal betale 16.733,23 kr. til Fagligt Fælles Forbund som mandatar for B med procesrente fra den enkelte ydelses forfald.

I øvrigt frifindes indklagede.

I sagsomkostninger skal JEWA Skive ApS inden 14 dage efter afsigelsen af denne dom betale 5.000 kr. til Arbejdsretten.

Lars Hjortnæs

Anne Louise Bormann

Kristian Korfits Nielsen