

DOM

Afsagt den 4. oktober 2013

P-36-12

Dansk Metalarbejderforbund som mandatar for

A

(Advokat Nicolai Westergaard)

mod

DGS af 2011 A/S under konkurs

(Advokat Teis Gullitz-Wormslev)

Indledning

Sagen drejer sig om et krav på provision, som A (i det følgende kaldet A) har anmeldt i DGS af 2011 A/S under konkurs (i det følgende kaldet konkursboet).

Påstande

A har nedlagt påstand om, at konkursboet tilpligtes at anerkende, at A har et privilegeret krav på 39.431,53 kr. i konkursboet, subsidiært et mindre beløb, mere subsidiært, at kravet anerkendes som et simpelt krav.

Konkursboet har nedlagt påstand om frifindelse.

Der er enighed om størrelsen af det påstævnte beløb.

Oplysningerne i sagen

Det fremgår af sagen, at A blev ansat hos De Gule Sider A/S den ... 2005. Pr. ... 2010 blev han Large Account Manager. Det fremgår af ansættelsesaftalen, at lønnen var 30.000 kr. månedlig. Videre fremgår af aftalen:

".....

Herudover aflønnes du med provision i henhold til særskilt aftale.

.....

Ferieloven, herunder reglerne om ferie med løn, gælder i ansættelsesforholdet. ...

....."

Af aftalegrundlaget for løn og provision pr. 1. oktober 2010 for mediekonsulenter fremgår blandt andet:

".....

3. Provisionens opbygning

Provisionsdelen er opbygget således, at det er muligt for den enkelte Mediekonsulent at få del i den indtjening til De Gule Sider A/S, som Mediekonsulenten har været med til at skabe.

Provisionen består af 3 dele.

1. Fast provisionssats på alt salg på kunder i konsulentens portefølje.
 2. Fast provisionssats på alt salg på ekstra kunder udover konsulentens portefølje.
 3. Provisionsudbetaling på salg over indeks 100 på kunder i konsulentens portefølje.
- Summen af det faste provisionssats på alt salg på kunder i konsulentens portefølje og det faste provisionssats på alt salg på ekstra kunder udover konsulentens portefølje giver en beregnet løn. Provisionen beregnes herefter som forskellen mellem konsulentens grundløn og den beregnede løn. ...

.....

3.7 Provision under fravær, sygdom, barsel mv.

Der ydes løn under sygdom og barsel efter overenskomstens bestemmelser. I forhold til beregningen af provisionen tillægges den gennemsnitlige indtjening til den øvrige opnåede indtjening. Den gennemsnitlige indtjening beregnes som et gennemsnit af de sidste 12 måneders indtjening, dog vil der for de første 12 måneder af ansættelsen maksimalt optjenes en forholdsmæssig gennemsnitsindtjening svarende til targetlønnen.

.....

3.8 Provision ved ferie

Der ydes 12,5 % feriegodtgørelse af provisionen i forbindelse med ferie, som i øvrigt følger ferieåret.

.....

3.11 Løbende provisionsopgørelse

.....

Provisionen opgøres akkumuleret, hvorved manglende indtjening en måned skal indtjenes i de følgende måneder inden der kan udbetales provision. ...

.....

3.12 Provisionsopgørelse ved fratræden

Forlader en mediekonsulent selskabet midt i et kvartal, vil hans/hendes konto blive opgjort ved sidste lønudbetaling. ...

....."

Det fremgår af sagen, at A havde en fast løn på 30.000 kr. månedligt og en targetløn på 42.500 kr. månedligt.

Af bilag 2 til aftalegrundlaget fremgår blandt andet:

".....

Bilag 2: Provisionssatser

B2.1 Portefølje

For at beregne provisionen skal der benyttes 2 provisionssatser.

1. Provisionssats – Individuel provisionssats som benyttes på alt salg.

....."

Af bilag 3 til aftalegrundlaget fremgår blandt andet:

”Bilag 3: Provisionsberegning

.....

Provisionen beregnes som den del konsulenten har optjent ud over sin grundløn. Er dette beløb negativt, vil der ikke blive foretaget modregning i grundlønnen, men provisionen sat til nul kroner – se dog afsnit B3.4.

Provision = Beregnet løn - Grundløn

.....

B3.4 Manglende optjening

Den tilgodehavende provision beregnes til enhver tid akkumuleret. Dette betyder, at hvis man hver måned får sin provision udbetalt, da vil den tilgodehavende provision hver måned blive sat til nul. Det betyder også, at hvis den tilgodehavende provision bliver negativ, da vil der ikke kunne komme provision til udbetaling før dette er indtjent i de følgende perioder.

Generel optjening

Såfremt man ikke har optjent nok beregnet løn til at indtjene grundløn pr. arbejdsdag og den beregnede provision dermed bliver negativ, vil den manglende provisions optjening blive overført til måneden efter, hvorfor der ikke kan optjenes provision til udbetaling før den manglende provisions indtjening fra tidligere periode er indtjent.

.....”

A holdt ferie fra den 11. juli til den 7. august 2011.

Ved brev af 26. august 2011 blev A opsagt med udgangen af august måned 2011. Det fremgår videre af brevet:

”

1. Du fratræder med det overenskomstmæssige varsel, der gælder for opsigelse fra De Gule Sider A/S på 5 måneder, dvs. med udgangen af januar måned 2012. Du vil i perioden indtil udgangen af januar måned 2012 modtage din løn, evt. gennemsnitsprovision og pension.
2. Du fritstilles fra den 17. august 2011. ...

.....”

I forbindelse med opsigelsen af A blev der udarbejdet en provisionsopgørelse, hvoraf fremgår, at A var berettiget til en gennemsnitsprovision på 39.431,53 kr., men at en akkumuleret opgørelse af manglende provisionsindtjening for perioden op til opsigelsen og fritstillingen var negativ med 40.694,86 kr., hvorfor A ikke fik udbetalt provision.

Den 24. november 2011 gik selskabet DGS af 2011 A/S konkurs.

Det omhandlede provisionskrav for perioden 1. september 2011 til den 31. januar 2012 blev anmeldt i konkursboet, men blev afvist ved fordringsprøvelsen den 22. oktober 2012.

Forklaringer

A har forklaret blandt andet, at han skulle sælge annoncer til telefonbøger og online. Han havde en portefølje af kunder. Han brugte normalt 3-4 timer dagligt på møder. Hans targetløn var 42.500 kr. månedligt, hvoraf de 30.000 kr. var fast løn, og de 12.500 kr. var en målt provision. Ved ferie fik han den faste løn og feriepenge af provisionen. Han gik således ikke ned i indtægt i selve ferieperioden. Udsving i provisionsindtjening var ikke sæsonbestemt. Salg fandt sted hele året. Han havde juleferie i december 2010. Han havde fri i ugen op til juleaften og mellem jul og nytår 2010. Efter at have holdt sommerferie i 2011 begyndte han på arbejde igen den 8. august 2011. Der skete ikke det store salg lige efter ferien, og på et møde den 11. august 2011 fik de at vide, at der skulle afskediges 170 medarbejdere. Dette betød, at der heller ikke var det helt store salg frem til den 17. august 2011, hvor hver enkelt medarbejder fik besked om afskedigelse. Det kan derfor godt passe, at han ikke har haft salg i august 2011. Det var normalt, at provisionen var mindre i ferieperioder, da det skulle udjævnes hen over et år. Det var svært at gennemskue provisionsaftalen, selvom B havde gennemgået aftalen. Han ønskede ikke at få en á conto provisionsordning i 2010. Han fik at vide af B, at han kunne regne med, at gennemsnitsprovisionen ville være mellem 5-7.000 kr. i opsigelsesperioden, hvilket stemte med det, han selv havde regnet ud. Efter fritstillingen blev han reelt frataget muligheden for at optjene provision i opsigelsesperioden. Der var flere

andre salgskonsulenter, der blev fyret, men han ved ikke, om andre protesterede over provisionsberegningen.

C har forklaret blandt andet, at han var ansat i det konkursramte selskab fra 2004 og frem til konkursen. Han var kørende sælger. Han blev tillidsmand i 2005/06 og frem til konkursen. Selskabet var hen over årene økonomisk presset, og der var stor udskiftning i ledelsen. Han var med til forhandlingerne vedrørende aftalegrundlaget fra 1. oktober 2010. Det nye i aftalegrundlaget var den måde, som targetlønnen blev udregnet på, og at der kunne modregnes i provisionen. Grundlønnen ville man altid få. Lønnen var uden loft. Aftalen var egentlig fair nok. Han støttede sig til D fra Dansk Metal med hensyn til, om aftalen var i overensstemmelse med ferieloven, da vidnet ikke ville "gå imod ferieloven". Der blev holdt flere møder med de ansatte for at forklare den nye aftale. I ferieperioder ville medarbejderne kunne mærke en forskel, da der skulle lægges penge til side for at udjævne provisionen. Ledelsen tilbød en á conto ordning for at udjævne provisionen mere. Targetlønnen blev udregnet på den måde, at man f.eks. tog 10 % af værdien af en konsulents kunder, som kunne have en samlet værdi af 5,1 mio. kr., hvilket svarede til en targetløn på 510.000 kr. årligt. Heraf kunne grundlønnen, som i As tilfælde, være 30.000 kr. og provisionen 12.500 kr. månedligt. Hvis medarbejderen hen over et år havde mindre provision end det forventede, kunne medarbejderen komme til at skyldte provision. Der blev løbende opsagt mange i det omhandlede selskab. Han mener, at konkursboet udregnede provisionen som de sidste 12 måneders gennemsnit. I august 2011 havde medarbejderne mange spørgsmål om blandt andet provisionsberegningen. Han har ikke set nogen "formelle" indsigelser vedrørende provisionsberegningen.

B har forklaret blandt andet, at han var back office manager i det omhandlede selskab. Han skulle lave salgsanalyser og beregne medarbejdernes provision. Han har været ansat fra 1999 til 2006 og igen fra 2009 til 2011. Han har ikke selv været konsulent. Alle konsulenter havde en grundløn og en targetløn, som var den forventelige løn inkl. provision. Targetlønnen blev beregnet ud fra værdien af kunderne. Grundlønnen var fast. Konsulenten kunne se sin indtjening hver dag. En gang om måneden udregnede han provisionen for den enkelte konsulent. Var der optjent for lidt provision i forhold til det forventede, skyldte man det for lidt

optjente til måneden efter. Dette princip blev indført pr. 1. oktober 2010. Han var ikke med til at forhandle aftalen. Konsulenterne modtog den nye aftale godt. Han var med til at forklare den nye aftale på forskellige møder. Var der tvivlsspørgsmål vedrørende den nye aftale, blev det vendt med ledelsen. Ved ferie blev der ikke optjent provision, men man fik stadig sin grundløn. Man ville derfor gå ned i løn periodisk, hvilket blev udjævnet set henover et år. Meningen var, at hver enkelt konsulent skulle spare lidt op til ferieperioder. Aftalegrundlagets punkt 3.7 om provision under fravær, sygdom, barsel mv. omhandler ikke ferie. Konsulenter fik feriepenge af provisionsudbetalinger en gang årligt, jf. aftalegrundlagets punkt 3.8, og de fik alle tilbudt en á conto ordning, hvorefter de ville få et fast månedligt provisionsbeløb, hvilket dog blev reguleret 2 gange om året. A havde ikke en á conto ordning. Vidnet har lavet grundlaget for provisionsberegningen i forbindelse med, at A blev afskediget. På dette tidspunkt skyldte A godt 40.000 kr. i provision. Beregningen af hver måneds provision skete på baggrund af de sidste 12 måneders gennemsnitlige provisionsindtjening. Han har lavet den nederste beregning i bilag 9. Fra den 16. august 2011, hvor A blev fritstillet, var der 11 arbejdsdage tilbage af august måned 2011. Da A ikke havde mulighed for at optjene provision i denne periode, blev der udregnet et gennemsnit af indtjent provision på arbejdsdagene i august 2011 frem til fritstillingen. Vidnet har udregnet provision for alle de opsagte konsulenter, og der har ikke været mange spørgsmål i den anledning. Han talte i telefon med A efter opsigelsen, og vidnet kan have oplyst en provision på 5-7.000 kr., men han vidste på det tidspunkt ikke, hvad "skylden" var. Han husker ikke, om de konkret talte om modregning, men modregning var jo en del af dagligdagen for konsulenterne. Opsigelse efter afholdelse af ferie blev opgjort på samme måde, som hvis man ikke havde indtjent tilstrækkeligt i provision. Skylden skulle betales.

Parternes synspunkter

Til støtte for den nedlagte påstand har A gjort gældende, at hans indtjening afhang af provision af eget salg. Den faste grundløn skulle også indtjenes, før der kunne optjenes provision. A var dermed reelt 100 % provisionslønnen på grund af modregningsadgangen. Ved udgangen af 2011 havde A indtjent hele sin grundløn. A holdt ferie fra den 11. juli til den 7. august 2011, og på grund af fyringstruslen blev der heller ikke indtjent ret meget frem til fritstillin-

gen. Selvom der er udregnet en gennemsnitsprovision for august 2011, må det lægges til grund, at den manglende indtjening af provision i juli og august 2011 primært skyldtes ferieafholdelse, hvorved A reelt har betalt for sin egen ferie i opsigelsesperioden, hvilket er i strid med parternes aftale om ferie med løn, jf. herved ansættelsesaftalen og aftalegrundlagets pkt. 3.7 om provision under fravær, sygdom, barsel mv., hvilken bestemmelse må finde anvendelse i sagen. Yderligere er konkursboets udregning af den negative provision i strid med ferielovens § 23, stk. 2. En ordlydsfortolkning af ferielovens § 23, stk. 2 må føre til, at der skal ses bort fra As negative provision i juli og august 2011, idet ferieloven er beskyttelsespræceptiv, jf. lovens § 4.

Til støtte for den nedlagte frifindelsespåstand har konkursboet gjort gældende, at den udarbejdede provisionsopgørelse er korrekt, hvorfor A ikke har krav på betaling af yderligere provision. Grundlønnen blev udbetalt uanset indtjening, og der kunne derfor ikke ske modregning i grundlønnen. Det følger af aftalegrundlagets pkt. 3.11, at provisionen blev opgjort løbende, og at manglende provisionsindtjening blev overført til den følgende måned. As manglende mulighed for indtjening af provision i fritstillingsperioden er der kompenseret for i provisionsopgørelsen, og da det ikke fremgår af aftalegrundlaget, at de perioder, hvor A har holdt ferie, ikke skulle indgå i gennemsnitsprovisionsberegningen, som beregnes på baggrund af de seneste 12 måneder, er det korrekt, at der er sket modregning i As tilfælde. Manglende indtjening af provision i ferien reguleres også i aftalegrundlaget, jf. aftalens pkt. 3.8, idet der ydes feriegodtgørelse af provisionen. Pkt. 3.7 i aftalegrundlaget omhandler provision under fravær, sygdom, barsel mv. og gælder således ikke for ferie. A har ydermere fået sin grundløn i ferien, hvilket må betegnes som fuld løn, idet grundlønnen var den sædvanlige og påregnelige løn. Provisionen var således hverken sædvanlig eller påregnelig løn i ferielovens forstand. Samlet set er den omhandlede provisionsberegning i overensstemmelse med aftalegrundlaget og ferielovens § 23 og § 4, da A ikke kan antages at være gået ned i indtægt på grund af ferien.

For så vidt angår As mere subsidiære påstand har konkursboet gjort gældende, at såfremt skifteretten måtte lægge til grund, at A har et krav mod boet, er det et privilegeret krav.

Sø- og Handelsrettens afgørelse

Det fremgår af ansættelsesaftalen, at As løn var 30.000 kr. månedlig, og at aflønning med provision skete efter særlig aftale. Selvom grundlønnen skulle indtjenes, før der kom provision til udbetaling, lægger skifteretten efter bevisførelsen til grund, at A havde en fast månedlig løn på 30.000 kr., som der ikke kunne ske modregning i.

Henset til at A har fået sin faste grundløn i ferieperioden, at han også fik feriegodtgørelse af tidligere indtjent provision i ferieperioden, jf. aftalegrundlagets pkt. 3.8, og at aftalegrundlagets pkt. 3.7 ikke findes at vedrøre ferie, finder skifteretten, at den skete provisionsberegning er i overensstemmelse med parternes aftale.

At der ikke blev optjent provision i ferieperioden kan ikke føre til et andet resultat, da det ifølge Cs og Bs vidneforklaringer netop var meningen med aftalegrundlaget.

Det kan efter As egen forklaring lægges til grund, at As ferie i juli/august 2011 skete uden indtægtsnedgang, idet A fik sin grundløn, og dermed holdt ferie med løn, samt feriepenge af provisionen. Henset hertil finder skifteretten, at den omhandlede provisionsberegning også er i overensstemmelse med ferielovens § 23, stk. 2 og § 4.

At A ikke havde mulighed for at optjene provision i ferieperioden kan ikke føre til et andet resultat.

Som følge heraf frifindes konkursboet.

Sagsomkostningerne fastsættes således, at A skal betale 20.000 kr. til konkursboet, hvori er indeholdt vidnegodtgørelser med i alt 5.259,18 kr. Restbeløbet, der dækker rimelige udgifter til advokatbistand, er fastsat på baggrund af sagens genstand, omfang og kompleksitet. Med hensyn til vidnegodtgørelsen bemærkes, at vidneforklaringen fra B ikke findes at være uden betydning for sagen, og at kørselsgodtgørelse alene ydes med 2,13 kr. pr. kørt km.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte, DGS af 2011 A/S under konkurs, frifindes.

Inden 14 dage betaler A 20.000 kr. i sagsomkostninger til DGS af 2011 A/S under konkurs.