

Udskriftsdato: 18. december 2025

KEN nr 9214 af 22/04/2014 (Gældende)

Kendelse

Ministerium: Erhvervsministeriet

Journalnummer: J.nr. 038.36M.411

Kendelse

afsagt af Tvistighedsnævnet den 22. april 2014 i sag 39.2013

A

v/jurist Ilse Werrenrath, 3F Privat Service, Hotel og Restauration
mod

B

I sagens behandling har som faste medlemmer af Tvistighedsnævnet deltaget landsdommer Tine Vuust (formand), chefkonsulent Simon Neergaard Holm (DA) og advokat Pernille Leidersdorff-Ernst (LO). Endvidere har som særligt sagkyndige medlemmer deltaget direktør Niels-Jørgen Larsen, udpeget af Horesta, og forhandlingssekretær Bo Christensen, udpeget af 3F.

Mellem klageren, A, født den 4. marts 1988, og indklagede, B, blev den 20. september 2010 indgået en uddannelsesaftale, hvorefter A skulle uddannes som gastronom, kok, med uddannelsesperiode fra den 20. september 2010 til den 19. december 2013.

Denne sag drejer sig om virksomhedens ensidige ophævelse af uddannelsesaftalen og efterbetaling af løn, særligt ferietillæg og pension mv.

A har ved sin organisation, 3F Privat Service, Hotel og Restauration, ved klageskrift modtaget den 4. september 2013, indbragt sagen for Tvistighedsnævnet med endelig påstand om, at indklagede skal betale 44.037,96 kr.

Påstanden er opgjort som ikke under 20.657 kr. i efterbetaling af løn inkl. feriegodtgørelse og pensionsbidrag fra september 2010 til december 2011, 2.380,41 kr. i særlig feriegodtgørelse i 2010-2012, 9.877,56 kr. i 12 % pensionsbidrag af lønnen fra oktober 2010 til april 2011, 4.900 kr. i erstatning for tab opstået ved, at pensionsbidrag fra maj 2011 til marts 2012 er indbetalt til Almindelig Brand i stedet for til Pension Danmark, og 6.359,02 kr. i overtidsbetaling for perioden fra den 18. april til den 12. juni 2011.

Indklagede, der ikke har haft bemærkninger til den beløbsmæssige opgørelse af kravene, har nedlagt påstand om principalt afvisning, subsidiært frifindelse for klagers krav og betaling af erstatning for kontraktbrud.

Sagen har været forhandlet i Tvistighedsnævnet den 7. april 2014. Indklagede optog uden formandens tilladelse indledningen af mødet, men fik trods protest herimod forbud mod yderligere optagelser, da forholdet blev opdaget.

Sagsfremstilling

Virksomheden er ikke medlem af Horesta og har heller ikke tiltrådt den for uddannelsesområdet gældende overenskomst, som er elevoverenskomsten mellem Hotel-, Restaurant- & Turisterhvervets Arbejdsgiverforening (HORESTA Arbejdsgiver) og 3F Privat Service, Hotel og Restauration.

Den 19. marts 2012 kl. 17.46 blev der sendt en mail fra B til A med følgende indhold:

”Uanset hvad du kommer med af dokumentation skal du ikke møde frem på B nogensinde. Vi finder os ikke i at blive truet af nogen som helst, og slet ikke af en halv kriminell der tidligere er blevet dømt i en voldssag.

Vi tager dine trusler om at møde op i forretningen, og tage de penge du mener at have tilgode, meget alvorligt, og har derfor rådført os med myndighederne om hvorledes vi skal forholde os.

Jeg meddeler dig derfor, at du ikke skal indfinde dig på B nogensinde, og skulle det ske, vil dette straks medføre en politianmeldelse lydende på ”trusler om vold”.

Ved en blanket, udfyldt og underskrevet af virksomheden den 5. maj 2012, blev uddannelsesaftalen ophævet med virkning fra den 12. marts 2012. På blanketten er det afkrydset, at ophævelsen er sket ensidigt af eleven.

Retsgrundlag

Erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 1 og 2, er sålydende:

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

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

Forklaringer

A har forklaret bl.a., at han optjente ret til pension i sin ansættelse hos N1 i 2008. I januar 2011 erfarede han, at han selv skulle betale for sin ferie under restaurantens julelukning i december 2010/ januar 2011. Ferien var ikke blevet varslet over for ham. Herefter begyndte han og den anden elev, N2, at undre sig over, at der ikke var to ens månedslønninger. Han talte om det med den tidligere køkkenchef, N3, der rådede ham til at melde sig ind i 3F. Der var ikke nogen skriftlig vagtplan i restauranten, og ofte fik han først dagen forinden at vide, hvornår han skulle møde den næste dag. Han kendte de almindelige vagter i restauranten, men den faktisk arbejdstid kunne godt afvige herfra. Der var ofte længere arbejdstid om sommeren. Han fik ikke overtidsbetaling for de ekstra timer, som derimod blev sparet sammen i en "timebank", der fremgik af lønsedlen, og som kunne afspadseres om vinteren, hvor der ikke var så meget at lave. Han er aldrig udeblevet fra arbejdet uden grund.

B har forklaret blandt andet, at A ved ansættelsen sagde, at han ikke havde ret til pension. Derfor blev der først beregnet pension af hans løn efter et halvt års ansættelse. A fik ved ansættelsen ligesom alle andre at vide, at restauranten holder julelukket, og at der var tvunget ferie i den periode. Systemet med en timebank er almindeligt brugt i branchen. A arbejdede kun fuld tid i få måneder, idet han ofte meldte sig syg og også nogle gange udeblev uden grund. A havde også meget fravær på skolen. På et tidspunkt i 2011 meldte A sig syg med den begrundelse, at hans onkel var død. Han troede ikke på det og bad om dokumentation herfor, hvilket han aldrig har fået. Der blev holdt et møde med 3F, hvor det blev tilkendegivet, at A nu fik den sidste chance. Det hjalp imidlertid ikke. Til sin fødselsdag den 4. marts 2012 havde A bedt om fri, men havde ikke fået det bevilget. Da han kl. 5 om morgenen sendte en sms med besked om, at han var syg, selvom man på Facebook kunne se, at han havde holdt sin fødselsdag, bad han A om dokumentation for sygdommen. Han sagde til A, at hvis ikke han fik dokumentation for sygdommen, så skulle han ikke vise sig i restauranten mere. Den 19. marts 2012 blev han ringet op af A, der truede med at "bukke begge ender sammen på ham", og så var der ikke mere at snakke om. Han skrev mailen af 19. marts 2012, og der har siden ikke været kontakt mellem ham og A. Lønudbetalingen ophørte med udgangen af marts måned 2012. Ophævelsesblanketten har han udfyldt og underskrevet på skolens initiativ.

V1 har forklaret bl.a., at han har været ansat som køkkenchef på B i sammenlagt 4 år. Han synes, at det er godt sted at arbejde. Han fik ved sin ansættelse at vide, at restauranten er lukket cirka 2 uger omkring jul. B var i begyndelsen en frisk fyr, men på et tidspunkt begyndte han at udeblive, uden at de hørte fra ham, og han meldte sig syg nogle gange efter at have været i byen. Han fik oplysning fra skolen om, at A havde for meget fravær, og det var på tale, om A skulle gå skoleforløbet om. Han deltog i et møde med 3F, hvor man blev enige om at give A en sidste chance.

Procedure

Klager har til støtte for sin påstand anført, at eleven har krav på efterbetaling af løn mv. opgjort efter den for uddannelsesområdets gældende overenskomst, herunder med anciennitetstrin hvori indregnes det første halve års grundforløb på skolen. Eleven fik ikke varslet julelukning i julen 2010/2011 og skal derfor ikke trækkes i løn for ferieafholdelsen i den forbindelse. Den i overenskomsten fastlagte arbejdstidsnorm er ikke fulgt, og der tilkommer derfor eleven krav på betaling af overtid. Den etablerede timebank er ikke i overensstemmelse med overenskomstens regler, idet der ikke ydes ekstra honorering for overtid præsteret inden for en 4 ugers periode. Eleven havde optjent ret til pension ved tidligere ansættelse fra første dag i uddannelsesperioden, og efter overenskomsten skal pensionsbeløbet indbetales til Pension Danmark. Virksomheden, der har indbetalt til en pensionsordning i Almindelig Brand, skal derfor betale for det tab, som eleven har lidt herved, herunder gebyret for overførsel af beløbet til Pension Danmark. Eleven har ikke groft misligholdt uddannelsesaftalen, og en eventuel erstatning kan maksimalt udgøre en halv månedsløn.

Indklagede har til støtte for afvisningspåstanden anført, at man ikke anerkender Tvistighedsnævnets sammensætning, idet man som en ikke-organiseret virksomhed ikke er repræsenteret. Til støtte for frifindelsespåstanden er det anført, at der i virksomheden har været en fast vagtplan, og at eleven efter eget ønske deltog i den etablerede timebank, som i øvrigt er almindelig anvendt inden for branchen. Julelukningen var varslet allerede ved ansættelsen. Der kan ikke stilles krav om betaling af pension til en særlig pensionsordning, og som følge heraf kan der heller ikke kræves erstatning for tab i forbindelse med overførsel af pengene til en anden pensionsordning. For så vidt angår kravet om betaling af erstatning må det lægges til grund, at ophævelsen af uddannelsesaftalen var begrundet i elevens manglende fremsendelse af dokumentation for fravær og efterfølgende fremsættelse af trusler. En sådan adfærd berettigede virksomheden til at ophæve uddannelsesaftalen som sket. Når det i ophævelsesskrivelsen er krydset af, at det er elevens ensidige ophævelse, så er det begrundet i, at det var elevens adfærd, der begrundede ophævelsen.

Tvistighedsnævnets begrundelse og resultat

Vedrørende indklagedes afvisningspåstand

Det fremgår af erhvervsuddannelseslovens § 64, at Tvistighedsnævnet er sammensat af en formand, der skal være landsdommer, og to faste medlemmer, der er beskikket efter indstilling af henholdsvis Dansk Arbejdsgiverforening og Landsorganisationen i Danmark. Herudover tiltrædes nævnet for hver sag af to medlemmer udpeget af de forhandlingsberettigede organisationer inden for det pågældende uddannelsesområde. Højesteret har i dom af 9. maj 2008, gengivet i UfR 2008-1897, fastslået, at der med udtrykket ”de forhandlingsberettigede organisationer” forstås de organisationer, der i kraft af deres medlemsdækning og overenskomstdækning på uddannelsesområdet og i kraft af deres medvirken ved elevuddannelsernes tilrettelæggelse repræsenterer den ønskede sagkundskab inden for det pågældende uddannelsesområde, uanset om virksomheden er medlem af den pågældende arbejdsgiverorganisation. På baggrund af disse kriterier er Tvistighedsnævnet i denne sag tiltrådt af medlemmer udpeget af henholdsvis Horesta og 3F.

Herefter, og da der ikke i øvrigt er anført noget, der kan begrunde, at de pågældende medlemmer ikke skulle have deltaget i behandlingen af sagen, tages indklagedes afvisningspåstand ikke til følge.

Ad ophævelse af uddannelsesaftalen

Det må efter forklaringen fra B og indholdet af hans mail af 12. marts 2012, som ikke er kommenteret eller imødegået af eleven, lægges til grund, at uddannelsesaftalen blev ophævet ensidigt af virksomheden som følge af, at eleven ikke havde dokumenteret sit lovlige fravær i forbindelse med sin fødselsdag den 4. marts 2012, og at eleven i en efterfølgende telefonsamtale med B havde fremsat trusler over for ham.

Ophævelsen findes på dette grundlag berettiget i elevens adfærd, og der tilkommer derfor indklagede en erstatning, som efter nævnets praksis passende kan fastsættes til 6.000 kr., svarende til cirka ½ måneds løn.

Vedrørende efterbetaling af løn mv. og særlig feriegodtgørelse

Twistighedsnævnet finder ikke grundlag for at tilsidesætte elevens opgørelse af kravet på betaling af yderligere løn og særlig feriegodtgørelse, der på baggrund af den for uddannelsesområdet gældende overenskomst mindst udgør 20.657 kr. i løn mv. og 2.380,41 kr. i særlig feriegodtgørelse. Særligt vedrørende ferieafholdelse under virksomhedens julelukning bemærkes, at eleven i medfør af ferielovens § 9, stk. 1, optjener ret til 25 dages betalt ferie i det første og andet ferieår, at det følger af ferielovens § 9, stk. 1, sammenholdt med § 17, stk. 2, at såfremt der holdes virksomhedslukket på arbejdsdage mellem jul og nytår, skal virksomheden betale eleven løn for de pågældende dage, og at det ikke er godtgjort for nævnet, at eleven inklusiv fridagene i tilknytning til julelukningen har afholdt mere end 25 feriedage i ferieåret.

Elevens krav på efterbetaling af løn mv. og særlig feriegodtgørelse tages derfor til følge med 23.037,41 kr.

Vedrørende betaling af pensionsbidrag

3 voterende udtaler:

Vi lægger efter elevens forklaring til grund, at eleven havde optjent pensionsanciennitet i tidligere ansættelse og derfor var berettiget til betaling af pension fra uddannelsesforholdets begyndelse. På den baggrund tager vi elevens krav om betaling af arbejdsgiverandelen af pensionsbidrag af den optjente løn fra oktober 2010 til april 2011 til følge, svarende til 8 % af 82.313,02 kr., eller i alt 6.585,04 kr.

Vi finder efter nævnets praksis, at eleven ikke i medfør af erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, har krav på, at få sin egen andel af pensionsbidraget, som er udbetalt i forbindelse med lønudbetalingerne, indbetalt på en pensionsordning. § 55, stk. 2, giver heller ikke eleven krav på, at pensionsbeløb indbetales til det pensionsforsikringsselskab, som overenskomstparterne har aftalt.

På den baggrund stemmer vi for at frifinde virksomheden for krav på betaling af elevens pensionsbidrag af den udbetalte løn og det opgjorte erstatningskrav, herunder udgifterne ved at overflytte de indbetalte pensionsbidrag fra Almindelig Brand til Pension Danmark.

2 voterende udtaler:

Vi finder, at eleven efter erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, har de påståede krav på pension, herunder at arbejdsgiveren er forpligtet til at indbetale pensionsbidrag til den i overenskomsten angivne pensionsordning, hvorfor vi stemmer for at give eleven medhold i det fulde pensions- og erstatningskrav i forbindelse med overførsel af pensionsordningen til Pension Danmark.

Vedrørende krav på betaling af overtid

3 voterende udtaler:

Spørgsmålet om arbejdstidsplanlægning har efter nævnets praksis en sådan sammenhæng med lønnen, herunder med overenskomstens bestemmelser om krav på overtidbetaling, at arbejdsgiveren efter erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, er forpligtet til at iagttage overenskomstens bestemmelser om planlægning af arbejdstiden. En såkaldt "timebank", hvor der ikke ydes overtidbetaling for præsteret overarbejde udover 148 timer i 4 uger, men kun 1:1 afspadsering af præsterede overtimer, er ikke i overensstemmelse med den for uddannelsesområdet gældende overenskomst. På den baggrund stemmer vi for at give eleven medhold i kravet på betaling af overtid på 6.359,02 kr.

2 voterende udtaler:

Efter Flemming Andreasens forklaring lægger vi til grund, at eleven efter eget ønske var tilmeldt en "timebank", som er almindeligt kendt i branchen. Vi finder, at denne måde at tilrettelægge arbejdstiden på

ikke strider mod erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2. Vi stemmer derfor for at frifinde indklagede for kravet på overtidsbetaling.

Der afsiges kendelse efter stemmeflertallet, således at eleven får medhold i krav på løn mv. med 35.981,47 kr. med fradrag af erstatningen på 6.000 kr., eller i alt 29.981,47 kr.

T h i b e s t e m m e s :

Indklagede, B, skal inden 14 dage betale 29.981,47 kr. til A.

Denne kendelse kan inden 8 uger efter nævnets afgørelse indbringes for domstolene. Såfremt sagen indbringes for domstolene, anmoder Tvistighedsnævnet om at blive underrettet herom, ligesom nævnet gerne vil underrettes om rettens afgørelse.