

Udskriftsdato: 23. december 2025

KEN nr 9336 af 06/06/2012 (Gældende)

Kendelse 30.2011

Ministerium: Erhvervsministeriet

Journalnummer: J.nr. 003.91K.411

Kendelse

afsagt af Tvistighedsnævnet den 6. juni 2012 i sag 30.2011

A

v/afdelingssekretær Peter Lykke Nielsen, 3F

mod

B

v/advokat Gudrun Fenger, advokatfirmaet Fenger

I sagens behandling har som faste medlemmer af Tvistighedsnævnet deltaget landsdommer Tine Vuust (formand), advokat Linda Rudolph Greisen og advokat Tine Benedikte Skyum (begge DA), og advokat Ane Kristine Lorentzen og sekretær Bendt Egelund Pedersen (begge LO). Endvidere har som særligt sagkyndige medlemmer deltaget juridisk konsulent Anton Kraev, Horesta, og konsulent Tanja Brauer, Faglig Fælles Forbund.

Mellem klageren, A, født den 26. august 1981, og indklagede B, blev den 12. august 2008 indgået uddannelsesaftale, hvorefter A skulle uddannes som kok, med uddannelsesperiode fra den 1. september 2008 til den 30. november 2011, der ved uddannelsesaftale underskrevet af parterne den 15. december 2008 blev forlænget til den 14. september 2012.

Denne sag drejer sig om, hvornår elevforholdet skal anses for påbegyndt, samt om efterbetaling af løn mv., herunder for overtid og arbejde under skoleophold, og pension.

A har ved sin organisation, 3F, Privat Service, Hotel og Restauration, ved klageskrift modtaget den 5. april 2011 indbragt sagen for Tvistighedsnævnet med endelig påstand om, at B tilpligtes at efterbetale 62.416,60 kr. med renter fra forfaldstidspunkt.

Kravet er opgjort som betaling for overtid med 20.404,26 kr., for arbejde under skoleophold med 1.422,19 kr. og for kost under skoleophold med 3.091,50 kr., alt med tillæg af 13,5 % i feriegodtgørelse. Herudover indeholder påstanden krav om efterbetaling af pensionsbidrag med 20.419,70 kr., af fejlagtig trukket løn under ferieafholdelse i juli 2009 med 10.254,10 kr. og af difference mellem feriepengeberegning på 12,5 % og 13,5 % af den ferieberettigede løn med 3.462,09 kr.

B har påstået frifindelse.

Sagen har været forhandlet i Tvistighedsnævnet den 21. maj 2012.

Sagsfremstilling

Virksomheden er ikke medlem af en arbejdsgiverorganisation og har ikke indgået aftale om overenskomst. Den for uddannelsesområdet gældende overenskomst er overenskomsten mellem Horesta Arbejdsgiver og 3F Privat Service, Hotel og Restaurations elevoverenskomst. I overenskomsten er det om arbejdstid og overtidsbetaling bestemt bl.a.:

»Afsnit 2 - Arbejdstid

§ 5 Arbejdstiden

Stk. 1 Skoletid er at regne som arbejdstid.

Stk. 2 Den effektive arbejdstid udgør 148 timer over en 4 ugers turnus, medmindre en kortere eller længere turnusperiode skriftligt aftales lokalt på virksomheden.

...

Stk. 4 Arbejdstiden påføres vagtplanen og beordret arbejde, ud over det i stk. 1 og 2 nævnte timetal, betales som overarbejde, medmindre det er opstået som følge af vagtbytte.

...

§ 8 Betaling for overarbejde

...

Stk. 2 Tillægget for overarbejde udgør dagligt 50% for de første 2 timer og derefter 100% af den oppebårne løn. Overarbejde efter kl. 24.00 betales dog altid med 100%.«

Det fremgår af begge uddannelsesaftaler bl.a., at lønnen var aftalt til 118 kr. pr. time.

Uddannelsesforholdet blev gensidigt ophævet med virkning fra den 19. marts 2010.

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 hun begyndte som elev den 1. september 2008 og arbejdede uafbrudt som sådan, indtil ophævelsen af uddannelsesforholdet den 19. marts 2010. Hun forstod det således, at uddannelsesaftalen af 15. december 2008 var en formalitet for, at virksomheden kunne søge kommunen om tilskud til hendes løn som vokselev. Hun har ikke før den 19. marts 2010 skrevet under på en ophævelse af uddannelsesaftalen, og hun regnede med, at hele elevtiden talte med i hendes uddannelse. Hun er aldrig blevet gjort bekendt med, at hun skulle have arbejdet som ufaglært gastronom. Arbejdstiden varierede over året, således at den forår og sommer som udgangspunkt var fra kl. 10-22, og om efteråret og vinteren var fra kl. 10-21 tirsdag til torsdag og fra kl. 10-16 fredag til mandag. Den konkrete arbejdstid afhang dog af, hvor travlt der var de pågældende arbejdsdage, og derfor skrev hun altid på lister, som blev opbevaret i en mappe ved baren, hvornår hun kom og gik. Hun kender ikke til nogen aftale om overførsel af arbejdstimer fra lavsæson til højsæson. Hun havde i perioder overarbejde. I november 2009 talte hun i telefon med C om honorering af overtid, men han sagde, at der kunne vagtplaneres inden for 160,33 timer om måneden, og hvis hun var utilfreds hermed, måtte hun finde sig en anden arbejdsplads. Hun var på skole fra den 19. oktober til den 20. november 2009 som afslutning på grundforløbet og igen fra januar til marts 2010. Hun blev beordret på arbejde i to dage under skoleopholdet. Hun holdt 3 ugers ferie i juli 2009 med fuld løn, der dog efterfølgende blev trukket fuldt ud i hendes løn for august og september måned. Hun havde optjent og fik udbetalt feriegodtgørelse for 8 dage under ferieafholdelsen.

C har forklaret bl.a., at han som ejer af alle anparterne i B siden 2007 har forpagtet restauranten. Han indgik en uddannelsesaftale med A i august 2008, men han havde ikke råd til at ansætte hende fuldtid, hvis han ikke fik tilskud fra kommunen til hendes ansættelse som vokselev. Dette talte han med A om allerede inden ansættelsen. Hun blev ansat som kokkelev, men han måtte opsig hende igen, da han fik afslag på tilskud fra kommunen. Det skete umiddelbart efter den 12. oktober 2008. Der blev ikke i den forbindelse udarbejdet en skriftlig ophævelse eller opsigelse af uddannelsesaftalen. Efter få dage aftalte de på ny at etablere et elevforhold under forudsætning af tilskud fra kommunen, men igen fik han afslag. Først tredje gang opnåede han det nødvendige tilsagn om tilskud, hvorefter uddannelsesaftalen af 15. december 2008 blev indgået. Fra september til december 2008 arbejdede A som ufaglært gastronomisk medarbejder og indgik i vagtplanen på lige fod med de andre ansatte. Han aftalte med A, at hun fik fuld løn i lavsæsonen fra januar til marts 2009, mod at hun arbejdede timerne ind igen i april-juni. Der blev ikke udarbejdet noget på skrift herom, og A fragik efterfølgende denne aftale. Vagtplanen blev lavet for en måned ad gangen med udgangspunkt i 160,33 timer, uden hensyn til om der var 30 eller 31 dage i måneden. Når han lavede løn omkring den 26. i måneden på baggrund af listerne over faktisk præsteret arbejde, opgjorde han samtidig over- og underskud af timer, og overførte saldoen til næste

månedens timeregnskab. I dette regnskab indgik ikke de timer, hvor A havde været syg. Når hun ikke mødte på arbejde, blev arbejdstiden kun registreret på vagtplanen og ikke i timeregnskabet. I september 2009 havde A 164 timer i underskud. A gik på dette tidspunkt til 3F, fordi hun ikke mente, at hun skulle arbejde disse timer af. De fandt ingen løsning herpå, inden hun blev sygemeldt i november 2009. Det eneste, han gjorde for at udligne mellemværendet, var at trække hende i løn under de tre ugers ferieafholdelse i juli måned 2009. I de fire uger, hvor A var på skole i oktober-november 2009, fortalte skolen, at der ikke var planlagt skolegang svarende til fuldtidsarbejde, og at han kunne kalde hende på arbejde i de resterende timer, hvilket han gjorde.

Procedure

A har til støtte for sin påstand anført, at elevforholdet må anses for påbegyndt den 1. september 2008. Kravene på efterbetaling af løn, pension og feriegodtgørelse, samt kost under skoleophold følger af erhvervsuddannelseslovens § 55 og den for uddannelsesområdet gældende overenskomst. Det må på baggrund af arbejdstidslisterne og As egne optegnelser, som – når der tages højde for sygdom – er stort set identiske, lægges til grund, at A har præsteret den faktiske arbejdstid som opgjort af hende, og det følger af overenskomsten, at arbejde udover 148 timer på 4 uger skal honoreres som overtid. A var ikke forpligtet til at arbejde under skoleopholdet og skal derfor honoreres for de to dages arbejde med et vederlag, der svarer til mistede fridage.

B har til støtte for frifindelsespåstanden anført, at da man ikke havde indgået aftale om overenskomst, følger det af erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, at der alene er krav på betaling af grundlønnen, som var aftalt til 118 kr. pr. time, og som også er blevet betalt. Elevforholdet kan tidligst anses for påbegyndt den 15. december 2008. Selve opgørelsen af kravene bestrides ikke, men det gøres gældende, at A ikke arbejdede mere end 148 timer på 4 uger. Under alle omstændigheder var det mellem parterne aftalt, at underskud af timer i lavsæsonen skulle arbejdes af i højsæsonen, hvorfor der heller ikke af den grund er præsteret overarbejde, som kan kræves honoreret.

Twistighedsnævnets begrundelse og resultat

Ad uddannelsesperioden

Efter indholdet af uddannelsesaftalen af 12. august 2008, der ikke er blevet skriftligt ophævet, sammenholdt med As forklaring om hendes arbejde i perioden, finder vi, at As uddannelsesperiode skal regnes fra den 1. september 2008. Det forhold, at hun af hensyn til virksomhedens muligheder for at opnå tilskud fra kommunen på ny underskrev en uddannelsesaftale den 15. december 2008 kan ikke føre til en ændret vurdering.

Ad arbejdstid

Efter indholdet af virksomhedens arbejdstidslister, som bortset fra sygdom stort set svarer til den faktiske arbejdstid, der er lagt til grund ved 3 F's opgørelse af overtidsbetaling, finder vi ikke grundlag for at tilsidesætte As opgørelse af det faktisk præstede antal arbejdstimer i uddannelsesperioden. Det findes ikke alene efter Cs forklaring dokumenteret, at parterne havde indgået aftale om "modregning" af timer fra lavsæson til højsæson, og allerede derfor skal der ved beregningen af overtidsbetaling ikke tages hensyn hertil.

Ad honorering af overtid

Fire medlemmer udtaler:

Efter overenskomstens bestemmelser sammenholdt med erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, skal der ved beregning af overtid tages udgangspunkt i 148 timer over 4 uger, og vi finder ikke grundlag for skønsmæssigt at nedsætte det opgjorte krav på overtidsbetaling. Som følge heraf stemmer vi for at tage kravet om overtidsbetaling til følge.

Tre medlemmer udtaler:

Vi finder, at kravet på overtidbetaling på grund af usikkerhed om kravets opgørelse bør nedsættes skønsmæssigt.

Ad modregning i løn under ferie og feriepenge

Det fremgår af opgørelsen af kravet på løn under ferie, at der heri er fratrasket de feriepenge, som A havde optjent andetsteds. Herefter, og idet det som ovenfor anført ikke er dokumenteret, at virksomheden havde et modkrav i relation til for få præsterede arbejdstimer i lavsæsonen, og da det følger af den for uddannelsesområdet gældende overenskomst, at feriepenge beregnes som 13,5 % af den ferie-berettigede løn, tages hendes påstand herom til følge.

Ad betaling for arbejde under skoleophold

Fire medlemmer udtaler:

Det fremgår af hovedbekendtgørelsens § 56, at skoleundervisning skal gennemføres som fuldtidsundervisning, der modsvarer en fuldtidsbeskæftigelse på arbejdsmarkedet. Under disse omstændigheder, og da der ikke er grundlag for at tilsidesætte det opgjorte krav på løn for de to dage, hvor A arbejdede under skoleopholdet i 2009, stemmer vi for at tage hendes krav herom til følge.

Tre medlemmer udtaler:

Da der ikke er nærmere oplysninger om, hvad omfanget af elevens merit var og antallet af undervisningstimer i den pågældende skoleuge, stemmer vi efter omstændighederne for at tage elevens krav til følge.

Ad pension

Fire medlemmer udtaler:

Vi finder i overensstemmelse med Tvistighedsnævnets faste praksis, at såvel arbejdsgiver- som lønmodtagerens bidrag til pension er omfattet af lønbegrebet i erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, hvorfor vi stemmer for at give A medhold i det anførte krav.

Tre medlemmer udtaler:

Vi finder ikke, at lønmodtagerens bidrag til pension er omfattet af lønbegrebet i erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, hvorfor vi stemmer for at frifinde virksomheden for denne del af det rejste krav på pension.

Ad kost under skoleophold

Fire medlemmer udtaler:

Vi finder, at betaling for manglende kost under skoleophold er en løndel, som er omfattet af erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, hvorfor A tillige har krav på betaling heraf.

Tre medlemmer udtaler:

Vi finder ikke, at kravet er omfattet af lønbegrebet i erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, hvorfor vi stemmer for at frifinde virksomheden for dette krav.

Der afsiges kendelse efter stemmeflertallet, således at der gives A fuldt medhold i hendes påstand.

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

B skal betale 62.416,60 kr. med renter fra forfaldstidspunkt.

Hver part bærer sine egne omkostninger.

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.