

Tvistighedsnævnet

K E N D E L S E

Afsagt af Tvistighedsnævnet den 26. august 2019 i sag 21.2018

A

v/ Bo Christensen, 3F Privat Service, Hotel og Restauration

mod

B

I sagens behandling har som faste medlemmer af Tvistighedsnævnet deltaget landsdommer Ida Skouvig (formand), chefkonsulent Stine Graaskov Jensen (DA) og advokat Lene M. Casadepax (FH). Endvidere har som særligt sagkyndige medlemmer deltaget direktør Peder J. Madsen, udpeget af HORESTA, og konsulent Ilse Werrenrath, udpeget af 3F.

Denne sag drejer sig om lønkrav og godtgørelse efter ansættelsesbevisloven.

Klager, A, har ved sin faglige organisation, 3F Privat Service, Hotel og Restauration, ved klageskrift modtaget den 8. maj 2018 indbragt sagen for Tvistighedsnævnet med endelig påstand om, at indklagede, B, skal betale 104.933,50 kr. til hende med procesrente fra den 15. november 2017.

Påstanden er opgjort således:

• Grundløn	22.024,60 kr.
• Helligdagstillæg	13.130,79 kr.
• Turnus overtid	22.582,39 kr.
• Forskudttid	- 4.936,38 kr.
• Mistede fridage	7.298,60 kr.
• Særligt tillæg	5.439,49 kr.
• Kost under skoleophold	6.633,15 kr.
• Feriepenge efterbetaling 12,5%	8.341,64 kr.
• Pension efterbetaling 8%	6.569,27 kr.
• Særligt løntillæg af efterbetaling 2,4%	1.601,60 kr.
• Feriefridage kompensation af efterbetaling 2,25%	12.238,85 kr.
• Tilbagebetaling af kostpenge	2.508,00 kr.

I alt 104.933,50 kr.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Sagen har været behandlet på et møde i Tvistighedsnævnet den 10. oktober 2018, hvorunder virksomheden ved N1 fremsatte en række indsigelser mod opgørelsen af kravet, herunder at den var foretaget på baggrund af vagtplanerne og ikke på baggrund af arbejdstidsregistreringerne. Sagen blev derefter udsat med henblik på, at der blev udarbejdet en ny opgørelse. Hverken 3F eller virksomheden var efter det oplyste i besiddelse af arbejdstidsregistreringerne.

Sagen er derefter behandlet på ny på et møde i Tvistighedsnævnet den 14. august 2019, til dels med andre nævnsmedlemmer end tidligere. Sagen er derfor behandlet forfra. Indklagede har givet møde ved N1.

Sagsfremstilling

Den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet er elevoverenskomsten for hotel-, restaurant- og turisterhvervet.

Virksomheden har ikke tiltrådt overenskomsten.

Mellem A, født den 6. december 1993, og B, CVR nr. xxxxxxxx, blev der den 16. august 2013 indgået en uddannelsesaftale vedrørende grundforløb og hovedforløb med startdato den 23. august 2013. Det fremgik ikke af uddannelsesaftalen, hvad A skulle uddannes som, eller hvornår uddannelsen afsluttedes. Navnet på den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet var ikke oplyst, men der var sat kryds i rubrikken, hvorefter lønnen udgør den gældende mindstebetaling (sats) for elever fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet. Den ugentlige arbejdstid var angivet som 37,50 timer. Af et efterfølgende tillæg til uddannelsesaftalen af 17. juli 2015 fremgår, at den oprindelige uddannelsesaftale blev indgået for perioden fra den 23. august 2013 til den 22. december 2016, og at uddannelsesperioden som følge af sygdom i perioden fra den 24. april 2015 til den 16. juli 2015 blev forlænget til den 16. marts 2017. Af tillægget fremgik desuden, at A var under uddannelse til kok. Efter aftale mellem parterne blev uddannelsesaftalen afsluttet den 26. februar 2017, da A havde bestået sin eksamen.

Efter endt læretid henvendte A sig til 3F, da hun ikke havde fået indbetalt pension. Der blev indgået en aftale med B om betaling heraf. Desuden rejste 3F på vegne af A det krav, som denne sag vedrører. Virksomheden afviste, at der var et yderligere krav, og spørgsmålet herom blev drøftet under en lokalforhandling og siden i Det faglige Udvalg for Gastronomuddannelsen, uden at der kunne opnås forlig. Sagen blev derefter indbragt for Tvistighedsnævnet.

Forud for mødet i Tvistighedsnævnet den 14. august 2019 har der foreligget vagtplaner, lønsedler for en del af ansættelsesperioden og en udskrift fra Indkomstregisteret. Påstandsbeløbet er opgjort på dette grundlag. Ved opgørelsen af beløbet er vagtplanerne indskrevet i 4 ugers skemaer med start den første mandag efter ansættelsen. For de perioder, hvor der foreligger vagtplaner, er der sket beregning af forskudttidstillægget, mens der i øvrigt er regnet med et fast tillæg på 830 kr. For de perioder, hvor der ikke har foreligget vagtplaner, er der regnet med 148 timers effektiv arbejdstid på 4 uger. Det er ved opgørelsen lagt til grund, at A i ansættelsesperioden har holdt ferie i i alt 8 uger og 3 dage, og at der ikke er afholdt feriefridage.

Under mødet den 14. august 2019 har virksomheden fremlagt skemaer med arbejdstidsregistreringer for den samlede ansættelsesperiode. Arbejdstidsskemaerne er udfyldt på den måde, at der for de kalenderdage, hvor A har været på arbejde, er oplysninger om arbejdstidens længde. Virksomheden har på baggrund af arbejdstidsregistreringen optalt det samlede antal arbejdstimer pr. år, hvilket indebærer, at A i ansættelsesperioden samlet har arbejdet 274 timer mindre end, hvad der følger af et månedligt timetal på 160,5

timer. I virksomhedens opgørelse er det lagt til grund, at A i ansættelsesperioden har afholdt i alt 15 ugers ferie og 17 feriefridage.

Retsgrundlaget

Af erhvervsuddannelseslovens § 55 fremgår bl.a.:

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

Forklaringer

A har forklaret bl.a., at vagtplanerne i begyndelsen blev lavet af N1 sammen med køkkenchefen, men senere blev det til, at N1 lavede dem alene. På et tidspunkt, da N1 var på ferie, lavede køkkenchefen en vagtplan, der indebar, at alle medarbejdere fik for få vagter, og da N1 opdagede det, fik alle medarbejdere at vide, at de skulle arbejde ekstra i den følgende tid for at indhente det forsømte. Hun har løbende udfyldt den fremlagte arbejdstidsregistrering med oplysninger om sin arbejdstid de dage, hvor hun var på arbejde. Hun fik ikke udleveret en kopi af tidsregistreringen. Hvis hun ikke var på arbejde, blev det ikke noteret på arbejdsplanen, hvad fraværet skyldtes. Fraværet kunne skyldes, at hun ikke skulle arbejde efter vagtplanen, at hun var syg, på skole, eller havde fri. Der var ikke en aftale i virksomheden om afspadsering, men hvis man havde brug for at holde fri, kunne man lave en aftale om, at man arbejdede timerne af på et andet tidspunkt.

Hun fik stillet en uniform til rådighed, men brugte den ikke, idet hun ikke kunne tåle de materialer, den var lavet af. Hun købte i stedet sine egne uniformer. Hendes uniformer blev vasket sammen med de andres i virksomhedens vaskemaskine. Kokkene og tjenerne skiftedes til at stå for vasketøjet. Der var ikke nogen aftale om betaling herfor.

Hun fik ingen feriefridage. Hun havde en bekendt, der var ansat i 3F, og på et tidspunkt spurgte hun ham, om hun havde ret til feriefridag. Hun fik det svar, at hun havde ret til feriefridage, men at det nok var bedst at vente med at stille krav herom, til uddannelsesaftalen var udløbet, for at der ikke skulle blive en dårlig stemning. Hun har derfor ikke afholdt feriefridage overhovedet under uddannelsen.

Hun holdt ikke hele sin ferie. Hun holdt nok en uges ferie i 2013, 2-3 ugers sommerferie i 2014 og en uges ferie i december 2014. I 2015 var hun sygemeldt i ca. 3 måneder i sommerperioden, og hun husker det således, at hun ikke holdt sommerferie det år. Det kan dog godt være, at hun holdt noget sommerferie, efter at hun havde genoptaget arbejdet. I 2015 holdt hun desuden en uges ferie i december. I 2016 holdt hun minimum 2 ugers sommerferie og 1 uges ferie i december. Det kunne være svært at holde ferie om sommeren, idet det var højsæson, og det satte kollegerne i en vanskelig situation, hvis man holdt for meget ferie.

N1 har forklaret bl.a., at lønnen bliver beregnet på baggrund af arbejdstidsregistreringen. Der er i arbejdstidsregistreringen alene sat en streg ud for de datoer, hvor A ikke gav møde, og det er således ikke der noteret, om hun var fraværende, fordi hun ikke havde vagt, var på ferie, syg eller på skoleophold. Han har ikke noteret andre steder, hvor meget ferie den enkelte medarbejder havde holdt. Det er en fejl fra bogholderens side, at der ikke i alle tilfælde, hvor A holdt ferie, er sket fradrag i den udbetalte løn. Det er hans opfattelse, at det af vagtplanerne, hvor ferien blev noteret, sammenholdt med arbejdsplanen fremgår, at A har afviklet hele sin ferie og alle sine feriefridage. Det er rigtigt, at der i hans ferie på et tidspunkt blev lavet en vagtplan af køkkenchefen, som indebar, at det var nødvendigt for alle medarbejdere at arbejde mere i den efterfølgende periode for at komme op på det nødvendige timetal, idet de derved var kommet til at skylde ham en del timer.

Han er først for nylig kommet i besiddelse af arbejdstidsregistreringerne, idet man ikke tidligere har kunnet finde dem i virksomheden. Han havde ikke mulighed for at sende det omfattende materiale med arbejdstidsregistreringerne til Tvistighedsnævnet, idet der er tale om ca. 40 sider. Det er korrekt, at arbejdstidsregistreringerne ikke er udleveret til A under ansættelsen.

Procedure

A har til støtte for sin påstand vedrørende lønkravet navnlig anført, at hun i strid med overenskomsten ikke fik udleveret en kopi af arbejdstidsregistreringen. Opgørelsen er derfor lavet på baggrund af de oplysninger, der fremgår af de fremlagte vagtplaner, og den usikkerhed, der følger heraf, må komme virksomheden til skade. For de perioder, hvor der ikke foreligger vagtplaner, er opgørelsen lavet på baggrund af en forudsætning om 148 timers arbejde pr. 4 ugers periode, hvilket er til virksomhedens fordel. Kravet er opgjort i overensstemmelse med den kollektive overenskomst, herunder § 5 om arbejdstiden, navnlig således at der er regnet med en 4 ugers turnus. Der har ikke kunnet aftales en fravigelse af dette princip i den foreliggende sag, idet indgåelse af en lokalaftale herom forudsætter, at virksomheden har tiltrådt overenskomsten, hvad den ikke har. Det princip om en "timebank", som virksomheden har brugt, og som indebærer, at arbejdstageren kan komme til at skylde timer, er klart i strid med overenskomsten, og virksomhedens opgørelse kan derfor ikke lægges til grund.

Ved beregningen af lønkravet må det komme virksomheden til skade, at virksomheden ikke har ført et regnskab over ferie og feriefridage, og As forklaring herom må derfor lægges til grund.

De øvrige lønkrav er beregnet på baggrund af 4 ugers opgørelserne i overensstemmelse med overenskomstens bestemmelser. De fremlagte oplysninger giver ikke grundlag for en yderligere reduktion af forskudttidstillægget, idet det også på dette punkt må komme virksomheden til skade, at virksomheden ikke har fremlagt nærmere oplysninger.

Opgørelsen af udgifter til kost og transport er sket i overensstemmelse med overenskomsten. Man kan ikke af det fremlagte materiale se, at beløbene er betalt. Hvis det er korrekt, at der er betalt, vil det i øvrigt blot betyde, at kravet vedrørende andre løngoder forøges tilsvarende, idet der i så fald er betalt for lidt i forhold til den beregning af lønnen, som 3F har lavet.

Det bestrides, at virksomheden har et modkrav vedrørende vedligeholdelse af uniform eller i øvrigt, der kan gøres gældende til kompensation.

Vedrørende kravet om godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis gøres det gældende, at ansættelsesbeviset lider af alvorlige mangler, idet den kollektive overenskomst ikke er angivet, ligesom den ugentlige arbejdstid, der efter overenskomsten er 37 timer, fejlagtigt er angivet som 37,5 timer.

B har til støtte for sin påstand navnlig anført, at opgørelsen af As krav skal reduceres med et beløb for yderligere afholdt ferie, idet A har afholdt hele sin ferie og alle sine feriefridage. Endvidere skal kravet reduceres med et beløb for forskudttidstillæg i uger, hvor der ikke er arbejdet og et beløb for en sygedag i første måned af ansættelsen. Kravet vedrørende helligdagstillæg kan alene opgøres til 6.904,94 kr., idet der er sket afspadsering i såvel december 2013, april 2014 og juni 2014. Beregningen af turnusovertid, der er sket på baggrund af vagtplanerne, er sket på et urigtigt grundlag, idet den faktiske arbejdstid, som fremgår af arbejdstidsregistreringen, er afgørende. Den reduktion af forskudttidstillægget, som ifølge 3F's beregninger skal ske for 72 uger, skal ske for samtlige 125 uger, hvor der er arbejdet. Der er ingen mistede fridage, og der er som følge heraf ikke krav på kompensation herfor. Beløbet på 5.439,49 kr. vedrørende særligt tillæg anerkendes. Alle udgifter vedrørende transport og kost i forbindelse med skoleophold er betalt løbende sammen med lønnen.

Der skal ikke betales feriefridagskompensation, idet alle feriefridage er afholdt. Det fremgår af lønsedlerne, at der under ansættelsen alene er sket fradrag for kost med i alt 1.920 kr., idet der er fratrasket lønnen et beløb på 240 kr. pr. måned i 8 måneder i 2014. Der er derfor ikke grundlag for kravet om tilbagebetaling af et beløb på 2.508 kr. for kost. Herudover har B et krav på 8.610 kr. vedrørende vask af tøj, der gøres gældende til kompensation. Kravet kan herefter opgøres således:

• Grundløn	-13.771,82 kr.
• Helligdagsbetaling	6.904,92 kr.
• Turnusovertid	0,00 kr.
• Forskudttid	- 8.738,75 kr.
• Mistet fridag	0,00 kr.
• Særligt tillæg	5.439,49 kr.
• Kost under ophold	- 653,84 kr.
• Feriefridagskompensation	0,00 kr.
• Tilbagebetaling af kostpenge	1.920,00 kr.
• Feriepenge	- 336,23 kr.
• Pension	- 242,09 kr.

Samlet indebærer det et beløb i virksomhedens favør på 12.168,17 kr. Hertil kommer beløbet for vask af tøj.

Der er ikke mangler ved ansættelsesbeviset, og der er derfor ikke grundlag for at tillægge A en godtgørelse efter ansættelsesbevisloven.

Twistighedsnævnets begrundelse og resultat

Lønkravet mv.

A har i medfør af erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, krav på den løn, der er fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet.

Den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet er elevoverenskomsten for hotel-, restaurant- og turisterhvervet mellem HORESTA Arbejdsgiver og 3 F Privat Service, Hotel og Restaurant, og As krav er opgjort i overensstemmelse hermed på baggrund af overenskomstens bestemmelser i afsnit 2 om arbejdstiden. Twistighedsnævnet bemærker herved, at overenskomstens bestemmelser om arbejdstid også må gælde for uddannelsesaftalen i medfør af erhvervsuddannelsesloven § 55 i det omfang, de har betydning for beregningen af lønnen.

Ved opgørelsen har A lagt de oplysninger til grund, der følger af de vagtskemaer, som hun har fået udleveret under ansættelsen, idet virksomheden ikke under ansættelsen har udleveret arbejdstidsregistreringen til A. I det omfang A ikke har været i besiddelse af vagtplaner, er det ved beregningen lagt til grund, at der er arbejdet med 148 timers effektiv arbejdstid på 4 uger i overensstemmelse med den ordning, som overenskomsten anviser.

Virksomheden har først under mødet i Twistighedsnævnet fremlagt arbejdstidsregistreringerne, og A har derfor ikke ved beregningen af sit krav haft mulighed for at tage hensyn hertil. Under mødet har virksomheden givet eksempler på, at den registrerede arbejdstid har været kortere end den planlagte arbejdstid. Under hensyn til den usikkerhed vedrørende kravets opgørelse, som arbejdstidsregistreringen derfor giver anledning til, fastsættes As krav skønsmæssigt, dog således at der ved udøvelsen af skønnet er taget hensyn til, at det skyldes virksomheden, at de faktiske forhold ikke har været belyst tidligere, og at den del af opgørelsen, der er sket på baggrund af

overenskomstens ordning med en effektiv arbejdstid på 148 timer, indebærer, at der allerede er taget et betydeligt hensyn til virksomheden.

Virksomheden har ikke løbende ført regnskab over As afholdelse af ferie og feriefridage, og der er derfor ikke grundlag for at tilsidesætte As forklaring om, at hun ikke har afholdt feriefridage under sin ansættelse, og at hun har afholdt ferie i væsentlig mindre omfang end forklaret af N1. As forklaring for nævnet om sin afholdelse af ferie indebærer dog en vis usikkerhed om omfanget af afholdt ferie, og der er derfor taget hensyn hertil ved den skønsmæssige fastsættelse af kravet.

Virksomheden har ikke ved fremlæggelse af lønsedler eller specifikationer hertil dokumenteret, at der er betalt kost og transport vedrørende skoleophold, hvorfor denne del af kravet tages til følge.

Der er ikke grundlag for, at virksomheden på nuværende tidspunkt kan rejse krav om betaling for vask af uniform, heller ikke selv om kravet alene gøres gældende til compensation.

As krav vedrørende løn mv. tages herefter skønsmæssigt til følge med 95.000 kr.

Kravet om godtgørelse efter ansættelsesbevisloven

Uddannelsesaftalen indeholder ikke oplysninger om den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet, og den ugentlige arbejdstid er urigtigt angivet. Uddannelsesaftalen er derfor mangelfuld.

Den foreliggende tvist, der vedrører et betydeligt beløb, skyldes, at virksomheden ikke har fulgt overenskomsten ved opgørelsen af lønnen for A og fortsat under sagens behandling i Tvistighedsnævnet har opgjort lønnen uden at følge overenskomsten. Den manglende henvisning til overenskomsten må derfor antages at have haft væsentlig betydning for tvisten. Kravet om en godtgørelse på 10.000 kr. tages derfor til følge.

As krav tages derfor til følge med i alt 105.000 kr. Det er ikke oplyst, hvorfor kravet kræves forrentet fra den 15. november 2017. Kravet forrentes derfor med procesrente fra den 21. december 2017, hvor sagen blev behandlet af Det faglige udvalg.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part.

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

B skal inden 14 dage til A betale 105.000 kr. med procesrente fra den 21. december 2017.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part.

Denne kendelse kan inden 8 uger efter nævnets afgørelse indbringes for domstolene. Såfremt sagen indbringes for domstolene, anmoder Tvistighedsnævnet om at blive orienteret.