

Tvistighedsnævnet

K E N D E L S E

afsagt af Tvistighedsnævnet den 27. november 2018 i sag 22.2018

A

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

mod

B

v/ advokat Nicolas Symes

I sagens behandling har som faste medlemmer af Tvistighedsnævnet deltaget landsdommer Ida Skouvig (formand), advokat Tine Benedikte Skyum (DA) og advokat Berit Lassen (LO). 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 efterbetaling af løn og om godtgørelse efter ansættelsesbevisloven.

A har ved sin faglige organisation, 3F Privat Service, Hotel og Restauration, ved klageskrift modtaget den 15. maj 2018 indbragt sagen for Tvistighedsnævnet med påstand om, at B skal betale 29.969,49 kr. til ham med procesrente fra den 19. oktober 2017.

B har nedlagt påstand om afvisning, subsidiært frifindelse.

Over for påstanden om afvisning har A nedlagt påstand om, at sagen fremmes.

Sagen har været behandlet mundtligt på et møde i Tvistighedsnævnet den 11. oktober 2018, hvor hverken B eller virksomhedens advokat gav møde.

Sagsfremstilling

Klageren, A, der er født den 21. november 1997, indgik den 1. januar 2017 en ansættelsesaftale med B. I forbindelse hermed underskrev A en blanket med overskriften "Employee Info". Blanketten, der var udfærdiget på engelsk, indeholdt rubrikker til oplysning om bl.a. telefonnummer, mailadresse, adresse og bankoplysninger vedrørende den ansatte. Det fremgår heraf bl.a., at A havde bopæl i x. Startdatoen for ansættelsesforholdet var anført til den 4. januar 2017, og i rubrikken "Department" var anført "g. VeVe h. KKTGØ". I en rubrik med overskriften "Position" var anført følgende:

"e. Kitchen trainee

If you are a trainee, when did you start being a trainee -----1/7/2016-----"

Af blanketten fremgik i øvrigt følgende:

”If this form is returned to ADDY after the 19th of the month, your first salary will be deposited to your bank account by the end of next month. For hour-based salary, it will be calculated from the 21th of previous month to the 20th of the month. When entering your time register, you must ensure to enter your break duration too. In case of any wrong or incomplete info given, any problems that may arise will be on your own responsibility. You are also responsible to ensure that you have a valid tax card otherwise you will have to pay 55% tax. If you get pay per hour, it is important that you follow your assigned time strictly. You must also register your hours each time you come to work by yourself. The company will not pay for your eating break or invalid extra hours without approve. Your payslip will be sent to your e-boks.”

Den 10. februar 2017 hævede virksomheden ansættelsesaftalen. 3F sendte herefter ved brev af 28. marts 2017 et krav om efterbetaling, der var opgjort efter Elevoverenskomst 2014-2017 for hotel, restaurant og turisterhvervet. Kravet var opgjort på baggrund af As vagtplaner og hans notater om sin arbejdstid. Kravet blev ikke betalt, og sagen blev derefter indbragt for Det faglige Udvalg for Gastronomuddannelsen. Ved mail af 10. april 2018 oplyste Det faglige udvalg, at udvalget anså mulighederne for at indgå forlig for udtømte, idet B flere gange havde aflyst de planlagte møder.

Sagen blev derefter indbragt for Tvistighedsnævnet, der i høringsbrev af 22. maj 2018 til virksomheden bad om at få oplyst, om det blev bestridt, at der forelå en uddannelsesaftale, der var omfattet af erhvervsuddannelsesloven. Virksomheden reagerede ikke på dette brev inden den fastsatte frist, og formanden for Tvistighedsnævnet bestemte derfor, at sagen skulle berammes til behandling på et møde i Tvistighedsnævnet.

Der er for Tvistighedsnævnet fremlagt vagtplaner og en håndskreven registrering af arbejdstid. Der er endvidere fremlagt lønsedler for januar og februar 2017. Af lønsedlen for januar 2017 fremgår, at A for 144,81 arbejdstimer er aflønnet med 10.608,39 kr. uden tillæg. Omregnet til en fuld månedsløn (160,33 timer) svarer det til en månedlig aflønning på 11.745,34 kr. Af lønsedlen for februar 2017 fremgår tilsvarende, at A for 57,26 arbejdstimer er aflønnet med 4.194,64 kr. uden tillæg. Omregnet til en fuld månedsløn svarer det til en månedlig aflønning på 11.745,44 kr. Ifølge elevoverenskomsten 2014-2017 for hotel, restaurant og turisterhvervet aflønnedes elever med 1-12 måneders anciennitet pr. 1. marts 2016 med 11.744,80 kr. pr. måned.

Af lønsedlerne fremgår desuden, at der er indbetalt pension. Af en mail af 31. august 2018 fra PensionDanmark fremgår, at virksomheden for A har indbetalt pension for januar og februar 2017. I mailen bekræftes det desuden, at virksomheden ikke har overenskomst, og at der derfor kun kan indbetales pension, hvis den pågældende er elev.

Det fremgår desuden af en udskrift fra Praktikpladsen.dk, at virksomheden er godkendt som praktikplads for kokkeelever.

Af en mail af 23. maj 2018 fra Hotel- og Restaurantskolen i Valby fremgår, at skolen ikke har registreret en uddannelsesaftale for A.

Forklaringer

A har forklaret bl.a., at han kom i kontakt med køkkenchefen hos B gennem sin far, som arbejdede på en tankstation, hvor køkkenchefen, N1, jævnligt handlede. N1 nævnte over for hans far, at restauranten manglede en kokkelev, og da han manglede en praktikplads, kontaktede han N1. De aftalte, at han skulle

have en prøvevagt, og da prøvevagten var overstået, oplyste N1, at han kunne blive ansat som kokkelev. N1 sagde, at virksomheden ville gå i gang med at lave en uddannelsesaftale, men det eneste, han fik, var den fremlagte blanket med "Employee Info". Han talte med en anden elev om, at han ikke havde fået en uddannelsesaftale, og den anden elev sagde, at der også var gået et stykke tid, inden han fik sin aftale. Han rykkede flere gange N1 for en uddannelsesaftale, men fik hver gang det svar, at virksomheden var i gang med at lave den.

Der var meget overarbejde, og ofte var han først færdig ved 2-3-tiden om natten, idet han skulle gøre rent i køkkenet, efter at køkkenet lukkede kl. 23.00. Han kendte aldrig sin arbejdstid på forhånd, men måtte blot blive, til han var færdig. Han havde ikke adgang til at registrere sin arbejdstid elektronisk på den tablet, som de andre ansatte brugte, og han registrerede derfor i stedet sin arbejdstid manuelt på et skema. Der var ikke en aftale om rensning af uniformen.

Da han ikke fik betaling for overarbejde, kontaktede han 3F. I februar 2017 fik han en hjernerystelse efter et fald, og han meldte sig derfor syg. N1 ringede ham derefter op og sagde, at han var fyret. Han ved ikke, hvorfor han fik pension. Han og N1 havde ikke snakket om det i forbindelse med ansættelsen.

Inden ansættelsen hos B havde han været ansat som kokkelev i C i x i knap 3 måneder. Han brød sig ikke om de sociale forhold på arbejdspladsen, og desuden var det for langt fra hans bopæl i x. Han blev derfor enig med sin arbejdsgiver om, at han skulle stoppe. Under dette elevforhold gik han på erhvervsskolen Selandia i x. Han fik ikke i forbindelse med ansættelsesforholdet hos C udleveret en uddannelsesaftale eller en skriftlig ophævelse, men da han talte med skolen i forbindelse med ophævelsen, fik han at vide af sin UU-vejleder, at skolen havde modtaget papirerne. Han blev også kontaktet af skolen i forbindelse med, at han ikke mødte op til 1. hovedforløb. Han har aldrig været meldt ind på restaurantskolen i x.

Han går nu på produktionsskole, hvor han arbejder i køkkenet med at lave mad til de andre elever. Tanken er, at han skal afklare med sig selv, om han fortsat ønsker en uddannelse som kok. Han har tabt lysten til arbejdet efter forløbet hos B.

Retsgrundlaget

Af erhvervsuddannelsesloven fremgår bl.a. følgende:

"§63. En tvistighed mellem en elev og praktikvirksomheden kan alene indbringes for det faglige udvalg, der skal søge at tilvejebringe forlig.

Stk. 2. Hvis der ikke opnås forlig efter stk. 1, kan tvistigheden indbringes for Tvistighedsnævnet, jf. § 64, 2.

Stk. 3..."

Procedure

A har til støtte for, at Tvistighedsnævnet har kompetence til at behandle sagen, anført, at det efter bevisførelsen må lægges til grund, at der blev indgået en uddannelsesaftale efter erhvervsuddannelsesloven mellem ham og B. Han blev aflønnet med overenskomstmæssig løn for elever, og der blev indbetalt pension til PensionDanmark, hvilket forudsætter, at han var elev, idet virksomheden, der ikke har tiltrådt overenskomsten, ellers ikke ville kunne indbetale pension. Virksomheden har desuden først under Tvistighedsnævnets behandling af sagen bestridt, at der var tale om en uddannelsesaftale, og det må komme

virksomheden bevismæssigt til skade, at virksomheden ikke har givet møde i Tvistighedsnævnet og forklaret om forholdene.

Kravet på efterbetaling er opgjort i overensstemmelse med elevoverenskomsten på baggrund af As registrering af arbejdstiden sammenholdt med vagtplanen, og der er ikke grundlag for at tilsidesætte denne opgørelse.

Det er en meget grov mangel i forhold til ansættelsesbevisloven, at der ikke er udarbejdet en uddannelsesaftale. Grovheden skærpes desuden af, at virksomheden under Tvistighedsnævnets behandling af sagen har fragået, at der foreligger en uddannelsesaftale. Manglen har givet anledning til tvist. Der bør derfor tillægges ham en skærpet godtgørelse på ikke under 20.000 kr.

Kravene bør forrentes fra sagens indbringelse for Det faglige udvalg.

B har i et brev af 21. august 2018 anført, at sagen skal afvises fra Tvistighedsnævnet, idet der ikke er indgået en uddannelsesaftale mellem parterne. I processkriftet er herom anført følgende:

”De nærmere omstændigheder er, at A på lige fod med mange andre, ønskede at oparbejde erfaring som kok (uddannet eller ej) og med reference til en af landets absolut førende restauranter. Moderrestauranten B har således michelin-stjerne, og tilsvarende gælder for søsterrestauranten D i Bangkok. Det er pt. eneste asiatiske restaurant i Norden med Michelin stjerne. Der er derfor løbende stor tilsøgning fra ind og udland til at få et praktikophold på en af Bs restauranter.

Dette praktikophold er ikke en uddannelse og der er derfor ikke en uddannelsesaftale.

Aftalen hedder sig at være en trainee-aftale – hvilket direkte oversat er en praktik-aftale.

A var således heller ikke tilknyttet et uddannelsessted. Der er intetsteds, hvor B angiver A som elev.”

Virksomheden har desuden bestridt opgørelsen af kravet.

Tvistighedsnævnets begrundelse og resultat

Tvistighedsnævnets kompetence

Efter Tvistighedsnævnets faste praksis er kravet i erhvervsuddannelseslovens § 52 om, at en uddannelsesaftale skal være skriftlig, ikke en gyldighedsbetingelse.

Virksomheden har ikke under sagens behandling i Det faglige udvalg bestridt, at der var tale om en uddannelsesaftale, men har først bestridt dette under sagens behandling i Tvistighedsnævnet. Herefter og efter forklaringen fra A, der støttes af, at han blev aflønnet med overenskomstmæssig løn for elever, og af, at der blev indbetalt pension til PensionDanmark, selv om virksomheden ikke havde tiltrådt overenskomsten, er det bevist, at der blev indgået en mundtlig uddannelsesaftale efter erhvervsuddannelsesloven mellem A og B. Tvistighedsnævnet har derfor kompetence til at behandle sagen, og virksomhedens påstand om afvisning tages derfor ikke til følge.

Efterbetalingskravet

As krav på efterbetaling af løn mv. er på det foreliggende grundlag opgjort efter elevoverenskomsten, og kravet på 9.969,49 kr. tages derfor til følge.

Godtgørelse efter ansættelsesbevisloven

Virksomheden har i strid med erhvervsuddannelseslovens § 52 undladt at udarbejde en skriftlig uddannelsesaftale. Den manglende skriftlige aftale har ført til en tvist, og virksomheden har under denne tvist fragået, at der var indgået en uddannelsesaftale. Ansættelsesbevisloven må derfor anses for overtrådt under skærpende omstændigheder. 3 voterende stemmer på den baggrund for at tillægge A en godtgørelse efter ansættelsesbevisloven på 15.000 kr., mens 2 voterende stemmer for at fastsætte godtgørelsen til højest 10.000 kr. Efter stemmeflertallet fastsættes godtgørelsen til 15.000 kr.

As krav tages derfor til følge med 24.969,49 kr., der forrentes som nedenfor bestemt.

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 24.969,49 kr. med procesrente fra den 19. oktober 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.