

**Tvistighedsnævnet**

**K E N D E L S E**

afsagt af Tvistighedsnævnet den 18. juli 2018 i sag 58.2017

A

v/ advokat Klara Hoffritz, HK/Privat

mod

B

v/advokat Maibritt Hauge Garval

I sagens behandling har som faste medlemmer af Tvistighedsnævnet deltaget landsdommer Ida Skouvig (formand), advokat Tine B. Skyum (DA) og advokat Pernille Leidersdorff-Ernst (LO). Endvidere har som særligt sagkyndige medlemmer deltaget advokat Steffen Kjøller Jensen, udpeget af Dansk Erhverv Arbejdsgiver, og faglig sekretær Claus Olsen, udpeget af HK.

Denne sag drejer sig om efterbetaling af løn mv., godtgørelse i anledning af ophævelse af uddannelsesaftalen og godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis.

Klager, A, har ved sin faglige organisation, HK/Privat, ved klageskrift modtaget den 22. december 2017 indbragt sagen for Tvistighedsnævnet med påstand om, at indklagede, B til hende skal betale 232.334,50 kr., subsidiært et mindre beløb, hvoraf 9.248,42 kr. skal indbetales på hendes pensionsordning, med tillæg af procesrente af 300,46 kr. fra den 31. august 2016, af 300,36 kr. fra den 30. september 2016, af 300,46 kr. fra den 31. oktober 2016, af 300,46 kr. fra den 30. november 2016, af 300,46 kr. fra den 31. december 2016, af 300,46 kr. fra den 31. januar 2017, af 300,46 kr. fra den 28. februar 2017, af 405,62 kr. den 31. marts 2017, af 405,62 kr. fra den 30. april 2017, af 405,62 kr. fra den 31. maj 2017, af 10.197,08 kr. fra den 30. juni 2017, af 9.445,94 kr. fra den 31. juli 2017, af 102.129,16 kr. fra den 3. august 2017, af 94.950,15 kr. fra den 18. august 2017, af 1.031,61 kr. fra den 31. august 2017, samt af 11.260,52 kr. fra den 7. oktober 2017.

Påstanden er opgjort således:

|                                                                |                |
|----------------------------------------------------------------|----------------|
| • manglende løn for 1.-3. august 2017                          | 1.031,61 kr.   |
| • manglende løn som faglært for juni og juli 2017              | 16.967,85 kr.  |
| • ferie optjent i 2017                                         | 11.260,52 kr.  |
| • ferietillæg                                                  | 751,14 kr.     |
| • erstatning for løn efter funktionærlovens § 3, inkl. Pension | 102.129,16 kr. |
| • godtgørelse efter funktionærlovens § 2                       | 34.487,67 kr.  |
| • godtgørelse efter erhvervsuddannelsesloven                   | 42.000,00 kr.  |
| • manglende pension                                            | 1.112,80 kr.   |
| • manglende fritvalgslønskonto                                 | 4.131,27 kr.   |
| • feriefritage 2017                                            | 3.462,48 kr.   |
| • godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis                 | 15.000,00 kr.  |

Hvis A ikke får medhold i sit anbringende om, at hun skal aflønnes som faglært, er kravet opgjort således:

|                                       |            |
|---------------------------------------|------------|
| • manglende løn for 1.-3. august 2017 | 664,80 kr. |
|---------------------------------------|------------|

|                                                 |               |
|-------------------------------------------------|---------------|
| • ferie optjent i 2017                          | 10.122,63 kr. |
| • ferietillæg                                   | 695,50 kr.    |
| • erstatning for løn efter funktionærlovens § 3 | 65.814,82 kr. |
| • godtgørelse efter funktionærlovens § 2        | 22.224,79 kr. |
| • godtgørelse efter erhvervsuddannelsesloven    | 42.000,00 kr. |
| • manglende pension                             | 1.112,80 kr.  |
| • manglende fritvalgslønskonto                  | 3.554,84 kr.  |
| • feriefritage 2017                             | 3.462,48 kr.  |
| • godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis  | 15.000,00 kr. |

I alt 164.652,65 kr.

B har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb.

Sagen har været behandlet mundtligt på et møde i Tvistighedsnævnet den 31. maj 2018.

### Sagsfremstilling

Den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet er Funktionæroverenskomsten for Handel, Viden og Service mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og HK/Privat og HK Handel. Overenskomsten er ikke tiltrådt af virksomheden.

Mellem klageren, A, født den 25. december 1997, og C, blev der den 23. maj 2016 indgået en uddannelsesaftale, hvorefter A skulle uddannes som kontorassistent med uddannelsesperiode fra den 1. august 2016 til den 31. juli 2018. Arbejdsstedet var angivet som C by 1, vej 1, med p-nr. xxxxxxxxxxxx. I uddannelsesaftalens pkt. 8 var den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet angivet som ”HK”, og der var sat kryds i rubrikken, hvorefter lønnen udgør den gældende mindstebetaling for elever fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet.

Med virkning fra den 31. maj 2017 blev virksomheden overdraget til B, der ejes af D og E. Den tidligere ejer, F, fremsendte ved en mail af 30. maj 2016 uddannelsesaftalen for A til de nye ejere. Af mailen fremgik, at de nye ejere skulle huske, at A skulle have pension, og at hun selv betalte 4 %, mens de nye ejere skulle betale 8 %. Der blev ikke i forbindelse med overdragelsen lavet et tillæg herom til uddannelsesaftalen. B var ikke godkendt som praktikvirksomhed.

Af en advarsel til A dateret den 21. juni 2017 og underskrevet af D fremgik følgende:

”Y har desværre konstateret, at medarbejderen har løjet om årsag til fraværd på arbejdspladsen. Medarbejderen har i telefonsamtale med indehaver D den 21.06.2017 meddelt at medarbejderen var haste indkaldt til vidneforklaring hos X Politi. D kunne dog ved kontakt til X politi få oplyst at dette ikke var korrekt.

Det er stadig uklart for virksomheden hvorfor medarbejderen har været fraværende og fraværet anses for grov misligholdelse af ansættelseskontrakten.

Jeg ser mig derfor på vegne af Y nødsaget til at tildele dig en advarsel, idet din opførsel ikke er acceptabel. Det indskræpes således herved, at følgende medarbejderen til enhver tid skal arbejde loyalt for virksomheden og altid skal overholde ansættelseskontraktens vilkår for mødetid og fraværd.

Det understreges samtidig, at virksomheden, såfremt medarbejderen fortsætter og/eller gentager adfærden inden for de næste tre måneder vil opsiges ansættelsesforholdet, alternativt og efter omstændighederne bortvise medarbejderen.

Du bedes underskrive en kopi af nærværende brev som kvittering for, at du har modtaget og læst brevet”.

Advarslen er underskrevet af A.

Af en advarsel dateret den 29. juni 2017 og underskrevet af E til A fremgår endvidere følgende:

”Y har desværre konstateret, at medarbejderen igen har løjet om årsag til fraværd på arbejdspladsen. Medarbejderen har i telefonsamtale af [26].06.2017 med indehaver E meddelt, at medarbejderen på eget initiativ låste kontoret af og satte alarm på mandag 26.06.2017 kl. 15.58.

Det er stadig uklart for virksomheden hvorfor medarbejderen endnu engang og uden at give besked herom til ledelsen, aflåste kontoret før lukketid. Medarbejderen var samme dag kl. 08.30 deltager i en opfølgningssnak med indehaver E. Medarbejderen var indkaldt til opfølgningssnakken som følge af sidste advarsel af 21.06.2017, om netop den væsentlige misligholdelse af ansættelsesforholdet det er at lyve for virksomheden.

Jeg ser mig derfor på vegne af Y nødsaget til at tildele dig endnu en advarsel, idet din opførsel ikke er acceptabel. Med henvisning til at medarbejderen ca 6 tiimer efter snakken med E alligevel lyver igen, ser virksomheden på denne advarsel med særlig alvor. Det indskræpes således herved, at følgende medarbejderen til enhver tid skal arbejde loyalt for virksomheden og altid skal overholde ansættelseskontraktens vilkår for mødetid og fraværd.

Det understreges samtidig, at virksomheden, såfremt medarbejderen fortsætter og/ eller gentager adfærden inden for de næste tre måneder vil opsiges ansættelsesforholdet, alternativt og efter omstændighederne bortvise medarbejderen.

Du bedes underskrive en kopi af nærværende advarsel som kvittering for, at du har modtaget og læst advarslen. ”

Advarslen blev ikke underskrevet af A, der i en mail af samme dag til E bl.a. skrev, at hun havde været til en overdragelse på det pågældende tidspunkt, og at en anden medarbejder, N1, var tilbage på kontoret, da hun selv forlod kontoret.

Den 2. juli 2017 var A sygemeldt, men mødte på arbejde den 3. juli 2017. Hun afholdte herefter ferie til og med den 24. juli 2017.

Den 3. august 2017 sendte A kl. 10.31 em sms til tlf. 30360431, hvoraf fremgik følgende:

”Høj ☺

Vil bare lige sige jeg på kontoret (har jeg været siden kl.10), min telefon var gået ud i løbet af natten så alarmen havde ikke ringet samt skulle jeg aflevere en hund jeg passet her til morgen. Jeg vidst N2 var på kontoret eller sorry at jeg ikke lige gav besked ☺”

Samme dag blev A bortvist fra virksomheden. I en mail herom af samme dag fra E stod bl.a. følgende:

”Som lovet bekræfter jeg med denne mail at vi d.d. har opsagt ansættelsesforholdet/uddannelsesaftalen af 23.05.2016... Årsagen til at ansættelsesforholdet/uddannelsesaftalen ikke fortsættes skal findes i din meget grove misligholdelse af ansættelsesforholdet/uddannelsesaftalen. Ansættelsesforholdet/uddannelsesaftalen ophører i alle henseender ned virkning fra d.d. Henset til din meget grove misligholdelse af ansættelsesforholdet/uddannelsesaftalen sker opsigelsen uden kompensation for uberettiget opsigelse. Jeg vil gerne understrege at vi ser med stor alvor på din ageren.

- Jeg benytter lejligheden til at bringe skriftlig advarsel af 21. 06.2017 og 29.06. 2017 i erindring. Med henvisning til disse to advarsler, skal jeg venligst meddele, at du ved ulovligt fraværd den 26.07.2017 og ulovligt fraværd igen den 03.08.2017, fortsætter din misligholdelse af ansættelsesaftalen og uddannelsesaftalen.

- Jeg benytter samtidig lejligheden til at meddele dig, at vores bekymring for din loyale tilgang til gang til ansættelsen desværre er begrundet. Ikke nok med at du kommer og går efter for godt befindende, men når du dertil og overfor virksomhedens øvrige personale (også nyansatte) taler nedsættende og med onde tungen om ledelsen (undertegnede især) og underholder lokale pizzariere om hvor dum du synes undertegnede er og til det lokale pizzeria fortæller historier om restsag mellem HK og Y, så er der desværre ingen tvivl om at du ikke længere er loyal overfor virksomheden.  
...

I et brev af 4. august 2017 med overskriften "Bortvisning og opsigelse" anførte B yderligere, at A havde udvist illoyal adfærd over for virksomheden ved at hun til kolleger havde sagt, at hun havde søgt job hos en anden Y mægler i Z.

Ved brev af 7. august 2017 protesterede HK på vegne af A over bortvisningen. Den 8. august 2017 underskrev virksomheden blanketten "Meddelelse til erhvervsskolen om ophævelse af uddannelsesaftale." I blanketten er virksomhedens navn anført som "Y by 1, vej 1" med CVR-nr. xx xx xx xx.

Af et brev af 1. september 2017 fra Det lokale Uddannelsesudvalg, Æ, fremgår, at man har godkendt Y by 2, vej 2 som uddannelsessted for elever inden for kontorfaget. Ansøgningen om godkendelse som praktikvirksomhed er ikke fremlagt.

I en mail af 10. januar 2018 fra en medarbejder hos Y, N3, har N3 bekræftet, at A under en samtale har sagt til hende, at hun ikke var helt tilfreds med situationen efter indehaverskiftet, og at hun derfor havde søgt en stilling hos en anden Y mægler i Z. Indehaveren af Y Z har i en mail af 7. august 2017 til A oplyst, at han hverken har modtaget en ansøgning fra hende eller haft hende til samtale.

Af lønsedlerne for ansættelsen hos C fremgår ikke, at der er beregnet feriegodtgørelse for optjeningsåret 2017. Af en udskrift fra Feriekonto fremgår, at der for ansættelsesperioden hos Y er indbetalt 2.050 kr.

Sagen har været behandlet i det faglige udvalg, der ved brev af 1. november 2017 har oplyst, at man anså forligsmulighederne for udtømt.

## 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.

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

En uddannelsesaftale kan ifølge erhvervsuddannelseslovens § 60, stk. 1, ikke opsiges af aftalens parter, men misligholder en af parterne i uddannelsesaftalen væsentligt sine forpligtelser, kan den anden part hæve, jf. herved erhvervsuddannelseslovens § 61, stk. 1.

## Forklaringer

A har forklaret bl.a., at hun søgte stillingen i C på baggrund af en annonce. Hun var til samtale hos den daværende indehaver, F, og de aftalte, at hun skulle aflønnes i overensstemmelse med HK-overenskomsten. F sagde til hende, at hun havde krav på pension, og det fik hun derfor. Arbejdstiden var aftalt til 9-16 mandag til torsdag. Fredag havde hun tidligere fri, og hun skulle ikke arbejde i weekenden. Uddannelsesaftalen var ikke til gennemsyn hos HK inden indgåelsen. Hendes uddannelsesansvarlige var N1. Butikken blev solgt i maj 2017. Hun fik oplyst, at det var D og E, der overtog virksomheden, men hun fik

ikke et tillæg til sin uddannelsesaftale. Efter overtagelsen spurgte hun til sine arbejdstider. Hun fik at vide, at hun skulle arbejde på hverdage fra 9-17. Åbningstiderne for butikkerne blev ændret til 9-17 i forbindelse med overdragelsen. E spurgte hende, om hun var interesseret i at arbejde om søndagen, og det sagde hun ja til på betingelse af, at hun fik en ugentlig fridag. Hun skulle selv vælge en ugentlig fridag. Hun fik ikke noget på skrift om aftalen, og da hun ikke havde haft en fridag i løbet af ugen, troede hun ikke, at aftalen var trådt i kraft endnu den første søndag efter samtalen, og hun mødte derfor ikke på arbejde. E sagde efterfølgende til hende, at aftalen var trådt i kraft, og derefter mødte hun på arbejde om søndagen. E var sur over, at hun ikke havde været der den første søndag. Hun ved ikke, hvem der passede butikken den søndag, hvor hun ikke mødte op. Under samtalen med E havde de talt om, at hun gerne ville skifte til ejendomsmægleruddannelsen, men det sagde hun efterfølgende nej til, da hun blev klar over, at det ville betyde en lønnedgang. På et tidspunkt efter overdragelsen tog hun kontakt til F, fordi hun følte sig dårligt tilpas i virksomheden, og fordi E og D havde sagt til hende, at hendes uddannelsesaftale ikke var gyldig hos dem. E opdagede, at hun havde haft kontakt til F, og det blev han meget vred over og forbød hende at tage yderligere kontakt. Hun er på den digitale kontoruddannelse. Det indebærer, at hun er fjernstuderende, og at der ikke er en deadline for aflevering af opgaver, der bare skulle være indleveret, inden hun skulle til fagprøve. Det er derfor ikke rigtigt, at hun var bagud i forhold til uddannelsesforløbet.

Den 21. juni 2017 blev hun i arbejdstiden ringet op af politiet, der bad hende om at komme ind til en afhøring. Baggrunden herfor var, at hun havde kendskab til gerningsmanden til en voldtægt, som var anmeldt af hendes veninde. Hun spurgte D om lov til at tage af sted, og det fik hun. Hun tog derefter ind til politistationen, hvor hun blev afhørt om sit kendskab til sagen. Hendes veninde blev samtidig afhørt af en anden betjent i et andet rum på politistationen. Da afhøringen var færdig, bad politiet hende om at følge veninden ind til hospitalet, hvor veninden skulle til en lægeundersøgelse. Hun gav D besked om, at hun tog med veninden på hospitalet. Efterfølgende modtog hun en mail fra D om, at hun havde løjet. Han havde ringet til politiet og sagde, at han fået oplyst, at det ikke var rigtigt, at man kunne blive hasteindkaldt til at afgive forklaring. Hun har ikke brugt udtrykket ”hasteindkaldelse”. Hun var ikke enig i grundlagt for advarslen og skrev alene under på, at hun havde modtaget den. D har efterfølgende erkendt, at advarslen blev givet på et urigtigt grundlag. Venindens anmeldelse førte ikke til, at der blev rejst en sag mod gerningsmanden.

Den 26. juni 2017 ringede en kunde og bad om at få udleveret en nøgle til et hus på vej 3, som var blevet solgt tidligere. N1, som hun sad på kontor sammen med, og som fortsat var hendes uddannelsesansvarlige, bad hende om at tage ud med nøglen, hvilket hun gjorde. Mens hun var afsted med nøglen, ringede E til hende og spurgte, hvor hun var. Han var meget hidsig, fordi han havde konstateret, at kontoret var lukket, og hans tone var hård. Hun fortalte, hvor hun var, og tog i første omgang skylden for det, uden at sige, at N1 var blevet tilbage på kontoret. Det gjorde hun for at skåne N1. N1 var midt i trediveerne. Hun vil mene, at hun forlod vej 3 lidt i fem. Hun ved ikke, hvornår N1 forlod kontoret. Efterfølgende blev hun kontaktet telefonisk af E, som beskyldte hende for at lyve igen, og som sagde, at hun var bortvist. Hun fortalte i den forbindelse E, at N1 havde været tilbage på kontoret, da hun kørte til vej 3. Hendes telefonsamtale med E blev overhørt af en veninde, som var med i bilen. Som følge af, at hun havde fået at vide, at hun var bortvist, mødte hun ikke på arbejde dagen efter. Efter en kontakt mellem virksomheden og HK blev bortvisningen tilbagekaldt, og hun mødte derfor på arbejde igen den 28. juni 2017. Den 29. juni 2017 blev hendes arbejdsmobil inddraget, fordi E ikke mente, at hun var egnet til at have kundekontakt, og hun havde noget mailkorrespondance derom med E, der igen beskyldte hende for at have løjet. Hun havde derefter en samtale med D, og det endte med, at de aftalte, at hun skulle sidde i en anden butik. Hun holdt 3 ugers ferie i juli. Efter at hun havde holdt ferie, fik hun at vide, at hun skulle være i butikken på vej 4, hvor der udover hende også var N2, der havde afløst N1, mens hun var på barselsorlov. Den 3. august 2017 skulle hun møde kl. 9, men sov over sig, sådan at hun først kørte fra by 3, hvor hun bor, kl. 9.00. Hunden, som hun havde passet, skulle afleveres hos hendes forældre, der også bor på vej 4. Hun var i butikken kl. 9.45. Da hun nåede frem

til butikken, skrev hun til D. Hun havde ikke kunnet skrive før, fordi hun ikke havde strøm på sin telefon. Efter frokost kontaktede E hende, og de holdt et møde, hvor han sagde til hende, at hun var bortvist. Hun fik ikke noget om bortvisningen på skrift, før HK gjorde krav på det. Hun var klar over, at butikken den 26. juni 2017 havde åbent fra kl. 9-17.

Hun har ikke udtalt sig illoyalt om virksomheden, men pizzamanden, som hun kender, fordi hun selv er fra by 4, havde overhørt en samtale mellem hende og N3, hvorunder hun græd, og efterfølgende havde pizzamanden talt med N3 om, hvad der var sket. Hun har aldrig søgt en stilling ved Y i Z, og hun ved ikke, hvorfor N3 har sagt det. Efter at uddannelsesaftalen var blevet ophævet, har hun søgt og fået en ny uddannelsesaftale hos Ø. Hun har bestået fagprøven og forventer at være udlært den 3. august 2018.

E har forklaret bl.a., at han sammen med D overtog butikkerne fra F den 1. juni 2016. Åbningstiderne for butikkerne blev ændret til 9-17 i forbindelse med overdragelsen, og alle medarbejdere modtog besked om, at mødetidspunkterne svarede til butikkernes nye åbningstider. A var fuldt ud bekendt med, at hendes arbejdstid med en ugentlig arbejdstid på 37 timer fremover ville være 9-17. Der er ingen medarbejdere, der har modtaget et tillæg til deres ansættelsesaftaler om overoverdragelsen, men der er ingen, der kan være i tvivl om, at det er B, der har overtaget. Han kontaktede As skole for at få oplyst, hvor langt A var med sin uddannelse, idet hun ikke selv kunne redegøre for det. Henvendelsen var et led i et forsøg på at hjælpe A med evt. at finde en anden stilling. På skolen fik han oplyst, at hun var bagud, idet hun alene havde afleveret 2 ud af 4 opgaver. A arbejdede i butikken på vej 4, da virksomheden blev overdraget, og det fortsatte hun med efter overdragelsen. Foruden A arbejde N4 og N1 i butikken på vej 4. N1 skulle fortsat være uddannelsesleder for A. Da N1 gik på barselsorlov, ansatte han i stedet N2, som derefter skulle være uddannelsesleder for A. Efter overtagelsen havde han og D en samtale med alle medarbejdere, herunder også med A. De talte med A om det hidtidige forløb, og de drøftede i den forbindelse, om hun havde lyst til i stedet at blive ejendomsmæglertrainee, og om hun ønskede at arbejde om søndagen. A sagde ja til begge dele, men sprang efterfølgende fra aftalen om at blive trainee, da hun ikke ville være provisionslønnet. Hun fastholdt dog, at hun gerne ville arbejde om søndagen. Han bad A om at afstemme med N4 og N1, hvilken dag i løbet af ugen hun kunne have fri mod til gengæld at arbejde om søndagen. Der var ikke tale om, at hun skulle vælge en fast ugentlig fridag. Det var tanken, at hun skulle møde første gang søndag den 11. juni 2017. Han går ud fra, at hun var der den pågældende dag, men han har ikke selv konstateret det. Han har ikke hørt noget derom fra N4. A mødte ikke søndag den 18. juni 2017. Det fandt han ud af, fordi A selv sagde til ham, at hun ikke havde været der. Det betød, at butikken ikke havde været åben den pågældende dag, og derfor blev han vred. Der var ikke noget til hinder for, at hun sad der alene, fordi hun altid kunne få fat på en af de andre medarbejdere eller ham selv pr. telefon. Han havde undervejs talt med HK, der havde nævnt, at virksomheden ikke var godkendt som praktikvirksomhed for elever på kontoruddannelsen, og det er rigtigt, at han på den baggrund har nævnt for A, at uddannelseskontrakten ikke længere var gyldig. Han søgte dog i forlængelse af samtalen med HK om godkendelse, og virksomheden blev godkendt som praktikvirksomhed i september 2017.

Det var D, der gav A advarslen den 21. juni 2017, mens det var ham, der gav hende advarslen den 26. juni 2017. På baggrund af forløbet vedrørende søndag den 18. juni og advarslen den 21. juni 2017 havde han den 26. juni 2017 om morgenen en samtale med A om vigtigheden af, at butikken blev holdt åben, og at man mødte til tiden. Den 26. juni 2017 havde han om eftermiddagen en fremvisning i by 4, og derfor hentede han nøglen til ejendommen på kontoret på vej 4. På det tidspunkt var butikken åben. Da han kl. 16.20 ville aflevere nøglen i butikken igen, var kontoret lukket, selv om det skulle holde åbent til kl. 17. N1, der var på nedsat tid, havde som altid fri kl. 16, mens A skulle være der til kl. 17.00. Han kontaktede derfor A telefonisk for at få oplyst, hvor hun var. A oplyste, at hun var kørt ud til en ejendom, der var solgt før virksomhedsoverdragelsen, for at aflevere en nøgle. Det var ikke As opgave, og han mente ikke, at N1 ville have bedt hende om det, fordi N1 selv skulle gå kl. 16.00. Forklaringen om, at N1 blev tilbage, kom desuden først frem, da han talte med A i anden omgang. Han har ikke talt med N1 om episoden, fordi han ikke mente,

at det var nødvendigt. Søndag den 2. juli 2017 havde A meldt sig syg, og det betød, at butikken endnu engang måtte holde lukket en søndag, da der ikke var andre på kontoret den dag. Den 3. juli 2017 havde han en samtale med A med henblik på at få tingene til at fungere bedre. Derefter havde A ferie i tre uger. Den 3. august 2017 fik enten han eller D en besked fra N2 om, at A ikke var mødt ind. De fik derefter kl. 10.25 en sms, om at hun nu var mødt. Han kørte derfor ud for at tale med A, som sagde, at hun ikke havde kunnet give besked tidligere om forsinkelsen, fordi hendes telefon manglede strøm. Han ophævede derefter uddannelsesaftalen. Det, som stod i brevet om illoyalitet, byggede han på oplysninger fra N3 om hendes samtaler med pizzamanden og A. N2 havde desuden fortalt ham, at A havde udtalt sig mindre flatterende om ham, herunder havde hun sagt, at han var ude af stand til at arbejde med mennesker. Det er ham, der har underskrevet blanketten om ophævelse af uddannelsesaftalen. Det er rigtigt, at den er udfyldt med navnet på Fs butik og hans CVR-nr. Han går ud fra, at det er skolen, der har udfyldt blanketten. Han har orienteret skolen om de ændrede forhold, men han fik ikke en ny blanket. Hvis A ikke har fået den pension, som hun har aftalt med F, at hun skal have, er han naturligvis indstillet på at betale den. Virksomheden har kun et CVR-nr., som gælder for alle butikker. De enkelte butikker har ikke et p-nummer.

D har forklaret bl.a., at han den 21. juni 2017 blev kontaktet af A, der oplyste, at hun var blevet hasteindkaldt som vidne af politiet. Efter at A var taget afsted, ringede han til X Politi for at kontrollere oplysningen, fordi han syntes, at det lød mærkeligt, at hun var nødt til at komme med det samme, når kontoret sejlede. Han oplyste As cpr-nr. og blev stillet om til den politiassistent på politistationen, der stod for afhøringen. Politiassistenten sagde til ham, at de ikke foretog hasteindkaldelser, medmindre det drejede sig om mord, og at der ikke var nogen sag. Politiassistenten opfordrede ham til i stedet at tage en samtale med sin ansatte om, hvad det egentlig var hun skulle. Han ringede derfor til A og sagde til hende, at hun skulle holde op med at lyve, og han fik den opfattelse, at det, hun i virkeligheden skulle, bare var at holde veninden i hånden. De havde inden ophævelsen gentagne gange holdt forsoningsmøder med A, og det endte med, at de aftalte med hende, at hun kunne skifte arbejdssted, så hun kom til at sidde sammen med ham i stedet for sammen med E. Problemerne fortsatte imidlertid. Der er ikke andre af de ansatte, som blev overtaget fra F, der har givet problemer. Blanketten om meddelelse til erhvervsskolen om ophævelsen var udfyldt, da de fik den tilsendt, og de skulle bare skrive under. Da E den 26. juni 2017 konstaterede, at butikken igen var lukket i åbningstiden, havde E en samtale med A derom, men han kan ikke genkende, at A skulle være blevet bortvist den dag. Da hun den 3. august 2017 igen kom for sent, besluttede de, at det nu var nok, og uddannelsesaftalen blev derfor hævet. A var også kommet for sent den første dag efter ferien. De havde hørt fra N3, at A talte illoyalt om E, og at A bl.a. skulle have sagt, at han ikke skulle have med mennesker at gøre. Alle ansatte undtagen N1, der var på nedsat tid, skulle være til stede i butikkernes åbningstid. Hvis man skulle arbejde søndag, havde man en ugentlig fridag, der blev fastlagt ved aftale i den enkelte butik. Arbejdstiden var ikke nedskrevet i kontrakten.

F har forklaret bl.a., at han ejede C, som blev overdraget til B. Han indgik uddannelsesaftalen med A, og det var aftalen, at hun skulle aflønnes efter HK-overenskomsten, herunder at hun skulle have pension. Hun skulle selv betale 4 %, og virksomheden skulle betale 8 %, sådan som han har skrevet i mailen til B. Mens A var ansat hos ham, fungerede hun som alle andre ansatte, og hun kom ikke mere for sent end alle andre. Han sad ikke selv i samme butik som A, men han havde aldrig vanskeligheder med at komme i kontakt med hende, og han ville have fået det at vide, hvis hun ikke var til stede. A sad sammen med N1, og de havde samme arbejdstider. Efter overdragelsen har han talt i telefon med hende. Det er på baggrund heraf hans indtryk, at hun var udsat for en vis form for chikane. Han tog ikke kontakt til virksomheden i den anledning.

N4 har forklaret bl.a., at han var ansat som ejendomsmægler hos C, og at han sammen med de øvrige medarbejdere blev overdraget til B, hvor han var ansat indtil den 29. juni 2017. Han valgte at forlade virksomheden, da han ikke kunne nå til enighed med ledelsen om løn og de krav, der blev stillet til ham. Som ejendomsmægler havde han flekstid. Han var der normalt mellem 9 og 17. Han kender ikke As arbejdstider, men han vil mene, at det må have været fra kl. 9 til 16 eller 17. Han arbejdede selv om søndagen, og på et

tidspunkt kom A også til det, idet hun skulle passe kontoret. Han tror, at han nåede at være sammen med A 2-3 søndage, inden han stoppede. Før overdragelsen var der ikke nogen, der passede kontoret om søndagen. Efter overdragelsen var stemningen dårlig i virksomheden. Det skyldtes, at E, der styrede kontoret, ikke var nogen god leder, og han talte heller ikke pænt til folk.

N5 har forklaret bl.a., at hun er veninde med A. Hun overhørte den 26. juni 2017 en telefonsamtale mellem A og E, idet As telefon var på medhør. E sagde, at A var bortvist, og hans tone var meget hård, da han sagde det. A var ked af det, og A spurgte E, om de ikke kunne snakke om det. A sagde bl.a., at N1 fortsat var på kontoret, da hun forlod det, og til det svarede E, at A skulle være der, fordi N1 skulle gå. Hun husker ikke, hvordan samtale sluttede, men de sagde ikke pænt farvel til hinanden. Samtalen fandt sted ved 16-tiden, og hun var med i bilen, fordi hun skulle hjælpe A med at dele nogle flyers ud. Hun var mødtes med A kort før samtalen fandt sted.

N6 har forklaret bl.a., at hun i juni 2017 anmeldte et strafbart forhold til politiet. Da vidnet kom ud fra afhøringen hos politiet, var A kommet til stede og var ved at blive afhørt. De blev ikke afhørt i samme rum. Vidnet fik af politiet at vide, at hun skulle til en undersøgelse på hospitalet for at få taget nogle prøver, og politiet bad A om at tage med hende.

N7 har forklaret bl.a., at A nu er ansat hos hende som elev. A sendte en uopfordret ansøgning og blev efter en samtale ansat. Hun er sød og omgængelig, hun gør hvad der bliver sagt, og hun kan sagtens have kundekontakt. Hun spørger, hvis der er tvivl, og hun retter sig efter de anvisninger, hun får. Hun er kommet for sent enkelte gange. Vidnet har ikke oplevet, at A nogensinde har løjet.

N2 har forklaret bl.a., at han fortsat er ansat hos B. Han startede i virksomheden den 1. juli 2017 som vikar for N1 og var sammen med A i ca. 1 måned, inden hun blev bortvist. Han var ansat som sagsbehandler og skulle kun varetage administrative opgaver. Han har ikke fået at vide, at han skulle være uddannelsesansvarlig for A. A skulle bistå ham med sagsbehandlingen. Han mødte selv kl. 8. Butikken åbnede kl. 9. Han går ud fra, at A skulle arbejde i butikkens åbningstid. Den 3. august 2017 mødte han kl. 8. A kom omkring kl. 10.15. Hun havde ikke givet ham besked om, at hun var forsinket, og derfor kontaktede han D for at høre, om hun havde fri. Det havde hun ikke. Da hun kom, fortalte hun, at hun havde sovet over sig, og at hun havde været forbi sine forældre med en hund. Han hørte ikke samtalen, hvorunder hun blev bortvist. Han snakkede dagligt med A i den tid, hvor de var sammen i butikken, og der var ikke tvivl om, at hun og E ikke var gode venner. A sagde blandt andet, at E ikke burde arbejde med mennesker. Han og E havde tidligere været kolleger i en anden virksomhed, og de arbejdede godt sammen. Han er ikke ven med E.

## **Procedure**

A har til støtte for sin påstand navnlig anført, at de to advarsler er givet med urette. Dels er de givet på et urigtigt grundlag, dels kan de forhold, der er omtalt i advarslerne, ikke begrunde, at der er givet en advarsel. Episoden den 3. august 2017, hvor hun kom for sent, kan ikke i sig selv begrunde en ophævelse, og det er ikke bevist, at hun har handlet illoyalt. Det var derfor uberettiget at ophæve uddannelsesaftalen, og hun har som følge deraf krav på erstatning efter funktionærlovens § 3. Betingelserne for en godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b er desuden opfyldt, ligesom betingelserne for en godtgørelse efter erhvervsuddannelsesloven er til stede. Godtgørelsen efter erhvervsuddannelsesloven, der ikke har været reguleret i mange år, bør under hensyn til prisudviklingen, sættes til 42.000 kr. I overensstemmelse med Højesterets dom af 19. februar 2018 i sag 151/2017 skal hun have tillagt den af de to godtgørelser, der stiller hende bedst. Hun har desuden krav på løn mv. som anført i opgørelsen af kravet. B var ikke godkendt som praktikvirksomhed. Ansættelsen kan derfor ikke forventes godkendt, og da hendes uddannelse som følge af virksomhedens forhold må forventes at blive forsinket, har hun i medfør af overenskomstens § 7, stk. 4, krav på løn som faglært under ansættelsen. Det er aftalt mellem hende og F, at hun har krav på pension, og den aftale er B indtrådt i. Hun har derfor også krav på pension. Ansættelsesbeviset er mangelfuldt, idet



overenskomsten ikke er korrekt angivet, ligesom de aftalte lønvilkår ikke fremgår af aftalen. Det har givet anledning til tvist om bl.a. pensionen. Der er endvidere ikke lavet et tillæg til uddannelsesaftalen i anledning af overdragelsen med angivelse af bl.a. navn og CVR-nr. på den overtagende virksomhed, og det har skabt tvivl om, hvem rette arbejdsgiver er. Erhvervsskolen har således ikke været bekendt med ændringen og har derfor udfyldt ophævelsesblanketten med oplysninger om den tidligere arbejdsgiver.

B har til støtte for sin påstand navnlig anført, at ophævelsen var berettiget. De to advarsler var berettigede, og herudover har der været andre episoder, hvor A undlod at møde på arbejde eller kom for sent. Det var derfor berettiget at hæve, da hun den 3. august 2017 endnu engang kom for sent. Det er desuden bevist, at hun havde tilsidesat sin loyalitetsforpligtelse. Hvis ophævelsen er uberettiget, skal erstatningen efter funktionærlovens § 3 beregnes på baggrund af elevlønnen, idet det ikke er bevist, at den manglende godkendelse har haft betydning for As færdiggørelse af sin uddannelse. I erstatningen skal ikke medregnes feriegodtgørelse, idet A, der fik ny ansættelse fra den 1. september 2017, derved bliver overkompenseret. Der er ikke grundlag for godtgørelse herudover, hverken efter funktionærlovens § 2 b eller efter erhvervsuddannelsesloven. Der er under alle omstændigheder ikke grundlag for godtgørelse efter begge regelsæt, jf. herved Højesterets dom af 19. februar 2018. Godtgørelsen efter erhvervsuddannelsesloven udmåles efter fast praksis til 30.000 kr. Ansættelsesbeviset er alene behæftet med helt formelle mangler, idet der ikke på noget tidspunkt har været tvivl om, hvilken overenskomst der var gældende for ansættelsesforholdet, ligesom der ikke har været tvivl om, at B havde overtaget uddannelsesaftalen. Der kan derfor højst blive tale om en godtgørelse på 1.000 kr. A har ikke krav på pension efter overenskomsten, og Fs forklaring om aftalen om pension stemmer ikke med det, der fremgår af lønsedlerne. A har som elev ikke krav på fritvalgslønkonto. Det bestrides desuden, at A har krav på renter som påstået.

## **Tvistighedsnævnets begrundelse og resultat**

### *Ophævelsen*

3 voterende udtaler:

På baggrund af As forklaring, der støttes af forklaringen fra N6, lægger vi til grund, at X Politi den 21. juni 2017 anmodede A om samme dag at afgive en vidneforklaring i anledning af, at N6 havde indgivet en anmeldelse om voldtægt. Uanset om det af politiet blev betegnet som en hasteindkaldelse eller ej, finder vi ikke, at det kan bebrejdes A, at hun – efter at have fået tilladelse dertil af D – imødekom denne anmodning i arbejdstiden. Vi bemærker herved, at B ikke heroverfor alene ved forklaringen fra D om dennes telefoniske kontakt med X Politi har bevist, at As forklaring om indkaldelsen var usand. Advarslen af 21. juni 2017 var dermed uberettiget.

A har om baggrunden for advarslen af 26. juni 2017 forklaret, at hun efter aftale med N1, der må anses for hendes overordnede, forlod butikken før lukketid for at aflevere en nøgle til en kunde. E, der var bekendt med, at A var af den opfattelse, at hun havde handlet efter aftale med sin overordnede, kontaktede ikke N1, inden han gav A en advarsel. B har desuden ikke indkaldt N1 til at afgive vidneforklaring under nævnets behandling af sagen. Under disse omstændigheder har B ikke bevist, at advarslen af 26. juni 2017 var berettiget.

Selvom A den 3. august 2017 mødte for sent på arbejde og forinden undlod at orientere sin arbejdsgiver om forsinkelsen, finder vi herefter ikke, at forsinkelsen den 3. august 2017 kunne give grundlag for at bortvise A. Vi stemmer derfor for at anse bortvisningen for uberettiget.

2 voterende udtaler:

Vi er enige i, at ophævelsen af As uddannelsesaftale var uberettiget. Vi mener imidlertid, at en opsigelse ud fra en samlet vurdering af bevisførelsen ville have været rimeligt begrundet i elevens forhold, hvis der ikke

havde været tale om en uopsigelig uddannelsesaftale. Vi lægger herved særligt vægt på, at A udeblev fra søndagsarbejde den 18. juni 2017 uden at sikre sig, at arbejdsgiveren var indforstået hermed, at hun forlod kontoret på vej 4 den 26. juni 2017 før kl. 16 uden at sikre sig, at kontoret ville være bemandet til kl. 17, og at hun kom for sent den 3. august 2017 og først orienterede arbejdsgiveren 1½ time efter normal mødetid.

Efter udfaldet af stemmeafgivningen var det uberettiget at ophæve uddannelsesaftalen.

#### *Erstatning og godtgørelse i anledning af ophævelsen*

Alle voterende:

Som følge af, at ophævelsen var uberettiget, har A, der var funktionær, krav på erstatning efter funktionærlovens § 3.

Kravet skal opgøres på baggrund af elevlønnen i overenskomsten, allerede fordi det ikke er bevist, at As uddannelse er blevet forsinket som følge af den manglende godkendelse af B som praktikvirksomhed.

Da A opnåede ansættelse som elev i en anden virksomhed med virkning fra den 1. september 2017, skal der ikke tillægges erstatningen feriegodtgørelse fra den 1. september 2017, jf. Højesterets dom, gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2001 side 1993.

Erstatningskravet efter funktionærlovens § 3, der i øvrigt må anses for opgjort i overensstemmelse med overenskomsten, kan derfor opgøres til i alt 60.404,68 kr.

3 voterende udtaler herefter:

Som følge af, at ophævelsen var uberettiget, er betingelserne for såvel en godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b som efter erhvervsuddannelsesloven opfyldt. A har beregnet sit krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b på baggrund af 1½ månedsløn. B er ikke kommet med bemærkninger hertil. Vi lægger derfor til grund, at § 2 b godtgørelsen kan opgøres til 22.224,79 kr.

Efter Tvistighedsnævnets praksis reduceres en godtgørelse efter erhvervsuddannelsesloven med det halve, hvis der samtidig skal betales erstatning efter funktionærlovens § 3. Uanset om der under hensyn til prisudviklingen måtte være grundlag for at forhøje den sædvanlige godtgørelse efter erhvervsuddannelsesloven, således som A har gjort gældende, vil den godtgørelse, som A måtte have krav på efter erhvervsuddannelsesloven, ikke overstige den godtgørelse, som A har krav på efter funktionærlovens § 2 b.

I overensstemmelse med Højesterets dom af 19. februar 2018 i sag nr. 151/2017, hvorefter A har krav på det godtgørelsesbeløb, der er størst, stemmer vi derfor for, at A tillægges en godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b på 22.224,79 kr.

2 voterende udtaler:

Med henvisning til vores betragtninger ovenfor om, at en opsigelse ville have været rimeligt begrundet, hvis A ikke havde været omfattet af erhvervsuddannelsesloven, mener vi ikke, at hun har krav på godtgørelse efter § 2 b i funktionærloven. Det bemærkes i denne forbindelse, at det fremgår af Betænkning nr. 1112/1987 om grundlæggende erhvervsuddannelser, side 296 nederst, at "Udgangspunktet bør herefter være, at der gælder samme retsstilling for elever som for andre arbejdstagere." Derfor mener vi ikke, at en elev, der er omfattet af funktionærloven, skal have en bedre retsstilling i relation til funktionærlovens § 2 b end andre funktionærer. Vi finder derfor, at A skal tilkendes en godtgørelse i henhold til § 65 i erhvervsuddannelsesloven, som passende kan fastsættes til højest 15.000,- kr.

Efter stemmeflertallet tillægges A en godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b på 22.224,79 kr.

*Lønkrav mv.*

I overensstemmelse med det ovenfor anførte opgøres lønkravet på baggrund af elevlønnen.

A blev bortvist den 3. august 2017, og hun har derfor krav på løn til og med denne dato. B har ikke påvist et krav vedrørende for meget udbetalt løn, der giver grundlag for modregning i As krav på løn for perioden 1. - 3. august 2017. As krav på 664,80 kr. tages derfor til følge.

Det fremgår ikke af de fremlagte lønsedler fra ansættelsen hos C, at der er beregnet feriegodtgørelse for optjeningsåret 2017, og det er ikke på anden måde dokumenteret, at dette beløb er afregnet. Kravet herfor på 10.122,63 kr. tages derfor til følge.

Efter forklaringen fra F er det bevist, at der mellem parterne blev indgået en aftale om, at A havde krav på pension, således at hun af sin egen løn betalte 4 %, og således at arbejdsgiveren betalte 8 %. De fremlagte lønsedler fra ansættelsen hos C er i overensstemmelse hermed. Da B ved virksomhedsoverdragelsen indtrådte i forpligtelserne i henhold til uddannelsesaftalen, er B forpligtet til at betale pension i overensstemmelse med denne aftale. Opgørelsen af pensionskravet er ikke i øvrigt bestridt, og kravet på 1.112,80 kr. tages derfor til følge.

Herefter, og da As krav i øvrigt må anses for opgjort i overensstemmelse med den overenskomst, der finder anvendelse på uddannelsesforholdet, tages opgørelsen over lønkrav mv. til følge med i alt 19.613,14 kr.

*Godtgørelse efter ansættelsesbevisloven*

Alle voterende:

Ansættelsesbeviset er mangelfuldt, idet den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet er mangelfuldt angivet, ligesom uddannelsesaftalen ikke indeholder oplysninger om den aftale om pension, der blev indgået mellem A og C. Der blev endvidere ikke udarbejdet et tillæg til uddannelsesaftalen i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen med oplysning om den nye ejers navn og CVR nr. samt om det fremtidige arbejdssted.

3 voterende udtaler herefter:

Vi finder på baggrund af de konstaterede mangler ved ansættelsesbeviset, der har haft betydning i forhold til den foreliggende tvist, at godtgørelsen passende kan fastsættes til 7.500 kr.

2 voterende udtaler:

Vi finder, at manglerne ved ansættelsesbeviset er af formel karakter og uden nævneværdig betydning for den foreliggende tvist. Vi stemmer derfor for at fastsætte godtgørelsen til 2.500 kr.

Efter stemmeflertallet fastsættes godtgørelsen til 7.500 kr.

B skal herefter til A betale i alt 109.742,58., hvoraf 1.112,80 kr. skal indsættes på As pensionsopsparing.

Kravene vedrørende erstatning og godtgørelse på 90.129,44 kr. forrentes med procesrente fra den 18. august 2017. Kravet på løndele på i alt 19.613,14 kr. forrentes med procesrente fra de enkelte ydelsers forfaldstidspunkt.

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 109.742,58 kr., hvoraf 1.112,80 kr. skal indsættes på As pensionsopsparing. Af beløbet på 109.742,58 kr. forrentes 90.129,44 kr. med procesrente fra den 18. august 2017, mens 19.613,14 kr. forrentes med procesrente fra de enkelte lønendes forfaldstidspunkt.

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.