

Twistighedsnævnet

K E N D E L S E

Afsagt af Twistighedsnævnet den 3. januar 2022 i sag 61.2020

A

v/advokat Klara Hoffritz, HK Privat

mod

B

I sagens behandling har som faste medlemmer af Twistighedsnævnet deltaget landsdommer Ida Skouvig (formand), advokat Tine Benedikte Skyum (DA) og advokat Lene Casadepax (FH). Endvidere har som særligt sagkyndige medlemmer deltaget advokat Steffen Kjøller Jensen, udpeget af Dansk Erhverv Arbejdsgiver, og faglig sekretær Sussi Castellani, udpeget af HK Privat.

Denne sag drejer sig om lønkrav, godtgørelse for ophævelse af uddannelsesaftalen, godtgørelse for overtrædelse af arbejdstidsloven og godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis.

Klager, A, har ved sin faglige organisation, HK Privat, ved klageskrift modtaget den 13. november 2020 indbragt sagen for Twistighedsnævnet med endelig påstand om, at indklagede, B, skal betale 361.786,79 kr. til ham, hvoraf 54.923,40 kr. skal indsættes på klagers pensionsordning og hvor 49.190,75 kr. skal indbetales til Feriekonto, subsidiært et mindre beløb, med tillæg af procesrente af 1.058,40 kr. fra den 28. februar 2019, af 1.058,40 kr. fra den 31. marts 2019, af 1.058,40 kr. fra den 30. april 2019, af 3.998,40 kr. fra den 31. maj 2019, af 3.998,40 kr. fra den 30. juni 2019, af 3.998,40 kr. fra den 31. juli 2019, af 3.998,40 kr. fra den 31. august 2019, af 4.243,20 kr. fra den 30. september 2019, af 4.243,20 kr. fra den 31. oktober 2019, af 4.243,20 kr. fra den 30. november 2019, af 4.243,20 kr. fra den 31. december 2019, af 4.324,80 kr. fra den 31. januar 2020, af 4.324,80 kr. fra den 29. februar 2020, af 4.611 kr. fra den 31. marts 2020, af 68.000 kr. fra den 6. april 2020, af 4.611 kr. fra den 30. april 2020, af 11.479,80 kr. fra den 31. maj 2020, af 53.126,01 kr. fra den 7. juli 2020 samt af 173.316,52 kr. fra den 13. november 2020.

Påstanden er opgjort således:

- Godtgørelse for usaglig afskedigelse (funktionærloven § 2b) 46.905,00 kr.
eller godtgørelse for tab af uddannelsesgode (erhvervsuddannelsesloven) 53.000,00 kr.
- Feriegodtgørelse (2019 og 2020) 53.126,01 kr.

• Fritvalgskonto	18.366,96 kr.
• Pension	39.814,32 kr.
• Feriefritage 2020	9.162,98 kr.
• Overarbejdsbetaling	123.316,52 kr.
• Godtgørelse efter arbejdstidsloven	50.000,00 kr.
• Godtgørelse efter ansættelsesbevisloven	15.000,00 kr.

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

Sagen var berammet til mundtlig behandling på et møde i Tvistighedsnævnet den 2. december 2021 kl. 9.00. N1, der er enejer af den indklagede virksomhed, oplyste i en mail af samme dag kl. 07.31, at han var syg. Da der ikke var fremsendt dokumentation herfor, besluttede nævnet at udsætte mødet til kl. 10.00 med henblik på at give N1 mulighed for at fremsende en lægeerklæring. N1 oplyste herefter, at han efter modtagelsen af nævnets mail om en lægeerklæring, forgæves havde forsøgt at fremskaffe en lægeerklæring, idet han havde fået oplyst af lægesekretæren, at han grundet sine symptomer ikke kunne komme til læge, før han havde en negativ coronatest, og at han i øvrigt skulle ringe dagen efter mellem kl. 8.00 og 9.00 og aftale nærmere med en læge, hvornår han kunne få en tid. Han anmodede derfor om, at sagen blev omberammet.

Efter drøftelse besluttede nævnet, at der ikke var grundlag for at omberamme sagen. Nævnet lagde herved vægt på, at indklagede ikke havde dokumenteret lovligt forfald, og at nævnet anså indklagedes synspunkter for tilstrækkeligt belyst i de afgivne processkrifter, jf. herved bekendtgørelsen om Tvistighedsnævnet §§ 19-20. Nævnet bemærkede i øvrigt, at N1s mail om sygdom først blev sendt 1½ time, før han, hvis virksomhed er hjemmehørende i Z, skulle give møde i Viborg, og at han efter det oplyste ikke havde forsøgt at komme i telefonisk kontakt med sin læge i dennes telefontid mellem kl. 8.00 og 9.00 den 2. december 2021.

Sagsfremstilling

Den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet er Funktionæroverenskomsten for Handel, Viden og Service mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og HK/Privat og HK HANDEL.

Virksomheden er ikke via medlemskab af en organisation omfattet af overenskomsten. Virksomheden har heller ikke i øvrigt tiltrådt overenskomsten.

Mellem A, født den 5. september 1990, og B, blev der den 5. februar 2019 indgået en uddannelsesaftale, hvorefter A skulle uddannes som advokatsekretær med uddannelsesperiode fra den 5. februar 2019 til den 4. februar 2021. I punkt 6, Aftalen, under afsnittet om voksenelever er der sat kryds i rubrikken "Euv med fuld praktikuddannelse og skoleundervisning (euv3)". Det er desuden oplyst, at A har gennemført EUX del 1 og afsluttet denne 18.01.2019. I punkt 7 om løn og andre vilkår var under punktet "Den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet" oprindeligt anført: "Som udgangspunkt HK, men det er forbundet med en vis usikkerhed." Med en stjerne er det markeret, at erhvervsskolen har rettet i teksten. Rettelsen er udført således, at der efter overstregning af den øvrige tekst alene står "HK". Der er desuden under punkt 7 sat kryds i rubrikken, hvorefter lønnen udgør den gældende mindstebetaling (sats) for elever fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet, og den normale arbejdstid er anført som 37 timer pr uge. Der er desuden under punktet "Ansættelsesvilkår i øvrigt" henvist til et særskilt ansættelsesbevis.

Af det særskilte ansættelsesbevis fremgår bla. følgende:

”....

2. Stillingsbeskrivelse

..

2.4. Ansættelsen er ikke omfattet af nogen overenskomst eller kollektiv aftale.

..

4. Arbejdstid

4.1 Selskabets officielle åbningstid er fra kl. 9.00 til kl. 20.00 mandag til torsdag, fredag dog til kl. 16.00. Arbejdstiden er aftalt til 42 timer pr. uge ekskl. frokost, men inkl. aftenpause ved lange arbejdsdage. Medarbejderen har som udgangspunkt følgende arbejdstider, som dog kan tilpasses efter nærmere aftale med kontorets øvrige personale:

Mandag kl. 9.00 til 20.00, tirsdag kl. 9.00 til 20.00, onsdag kl. 9.00 til 17.00, torsdag kl. 9.00 til 17.00 og fredag kl. 9.00 til 16.00.

Medarbejderen er ved ansættelsen gjort opmærksom på, at stillingen i perioder kan kræve en betragtelig indsats udenfor sædvanlig arbejdstid, og at arbejdet må indrettes efter Selskabets behov. Overarbejde må påregnes, og der ydes afspadsering herfor.

..

4.3 Medarbejderen forpligter sig til at foretage registrering af den tid som Medarbejderen udfører arbejde for Selskabet. Selskabet stiller et IT-program til Medarbejderens rådighed og registrering af arbejdstimer skal ske deri i overensstemmelse med nærmere anvisninger.

5. Løn

5.1 Lønnen er aftalt til 24.500 pr. måned.

5.2 Medarbejderen er ikke omfattet af nogen pensionsordning, selskabet vil dog forestå indbetaling til et af medarbejderen selvvalgt pensionsselskab, såfremt medarbejderen ønsker det.

..”

Af en oversigt, som virksomheden har udarbejdet på baggrund af en gennemgang af As kalender, fremgår følgende:

- ”Fri hele dagen den 20. maj 2019
- Ferie i perioden 19. juli til 1. august 2019
- Tandlægebesøg den 14. oktober 2019
- Fri hele dagen den 18. oktober 2019
- Fri hele dagen den 15. november 2019
- Lægebesøg den 9. december 2019...”

Af en oversigt, som virksomheden har udarbejdet på grundlag af mailkorrespondance med A, fremgår følgende:

- ”Mødt senere den 4. juli 2019
- Mødt senere den 9. juli 2019
- Mail af den 10. juli 2019, hvor klager igen har afholdt fridage, og således må arbejde længere øvrige dage
- Halv fridag torsdag den 11. juli 2019
- 20. august til den 25. august 2019 – fri
- Mail af den 10. september 2019 fremgår det, at klager igen holder fri, og således bytter rundt på sine arbejdstiden, for herved at få arbejdstiden til at gå op
- Tirsdag den 15. oktober 2019 fri kl. 16.00(dvs 4 timer før aftale,...)
- Onsdag den 16. oktober 2019 – fri hele dagen”.

Af en oversigt, som virksomheden har udarbejdet på grundlag af sms-korrespondance med A, fremgår følgende:

- ”Sygemelding den 23. april 2019
- Sygemelding den 15. maj 2019
- Melder ind at ville møde senere den 3. juni 2019 – hvorefter at sygemelde sig indtil den 6. juni 2019
- Udebliver fra arbejde den 18. juni 2019
- Får tidligere fri den 15. august 2019 grundet sygdom i familien
- 3. september 2019 melder at møde senere
- Sygemelding den 9. september 2019
- 30. september 2019 melder at møde senere
- 14. oktober 2019 melder at møde senere med forbehold for at måtte blive hjemme grundet tandlægebesøg
- 19. november 2019 melder at møde senere
- 9. december 2019 melder at møde senere, med en efterfølgende sygemelding på ubestemt tid.”

Den 9. december 2019 sygemeldte A sig som følge af stress. Under As sygefravær antog virksomheden som afløser for denne en selvstændig konsulent, N2, der var sagskoordinator, ejendomsmægler MDE og køberrådgiver.

Ved sms af 20. januar 2020 indkaldte N1 A til en mulighedssamtale den følgende uge. A svarede ved sms af 21. januar 2020, at han grundet sin sygdoms karakter ikke var i stand til at deltage i en mulighedssamtale på nuværende tidspunkt. Han spurgte samtidig, om N1 ønskede en lægeerklæring herpå. Ved brev af 28. februar 2020 opsagde virksomheden uddannelsesaftalen. I brevet var anført, at opsigelsen skete med ”gældende varsel”, således at sidste arbejdsdag var den 31. maj 2020.

HK Privat gjorde ved brev af 6. marts 2020 på vegne af A indsigelse mod opsigelsen af uddannelsesaftalen og gjorde i den forbindelse et krav på 94.668,34 kr. gældende for bl.a. mangelfuld uddannelsesaftale og godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b. Desuden var der opgjort et efterbetalingskrav. Virksomheden afviste kravet. Den 13. august 2020 blev der afholdt et forligsmøde i det faglige Udvalg for Kontoruddannelse. Der kunne ikke opnås forlig, og sagen blev herefter indbragt for Tvistighedsnævnet.

Der er for Tvistighedsnævnet fremlagt lønsedler, hvoraf bl.a. fremgår, at A fra den 1. september 2019 modtog en månedsløn på 26.000 kr. og fra den 1. januar 2020 26.500 kr. Af en udskrift fra FeriepengeInfo fremgår endvidere, at der ikke er indbetalt feriepenge. Der er endvidere fremlagt beregningsark vedrørende opgørelsen af kravet.

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.”

Af erhvervsuddannelseslovens § 60 fremgår bl.a. følgende:

”En uddannelsesaftale kan ikke opsiges af aftalens parter.

Stk.2. De første 3 måneder af praktiktiden betragtes dog som en prøvetid, hvori enhver af parterne kan opsiges aftalen uden angivelse af en grund og uden varsel. Skoleophold medregnes ikke i prøvetiden.”

Af erhvervsuddannelseslovens § 61 fremgår bl.a.:

”Misligholder en af parterne i uddannelsesaftalen væsentligt sine forpligtelser, kan den anden part hæve.

Stk. 2. Hvis en væsentlig forudsætning for aftaleindgåelsen viser sig at være urigtig eller senere brister, kan parten hæve aftalen.”

Forklaringer

A har forklaret bl.a., at han forud for sin ansættelse hos B navnlig havde arbejdet i restaurationsbranchen, og at han ikke havde erfaring med kontorarbejde. Han søgte i november 2018 uopfordret en stilling hos virksomheden, som ligger tæt på, hvor han boede. Virksomheden var ikke godkendt til at have elever, og det skulle derfor på plads, inden han kunne blive ansat. Han var til en samtale i januar 2019, men han husker ikke, at der blev talt om pension. Der blev lavet et tillæg til uddannelsesaftalen, hvoraf hans arbejdstider fremgik, og det var mere end de 37 timer, der fremgik af uddannelsesaftalen. Det blev derfor aftalt, at han skulle have en løn, der modsvarede de timer, han skulle arbejde ekstra ifølge tillægget til ansættelsesaftalen. Lønnen blev derfor fra starten aftalt til 24.500 kr.

Under ansættelsen refererede han til advokatfuldmægtig N3, som var ansvarlig for hans uddannelse. Den første måned var der desuden en anden advokatsekretær, som han kunne få hjælp af, men hun stoppede på grund af sygdom, og derefter måtte han selv finde ud af tingene. Det skete på den hårde måde, hvor han måtte lære af sine fejl. Han beskæftigede sig primært med berigtigelse af hushandler. Han havde kun i meget begrænset omfang kontakt til N1, som meget af tiden opholdt sig i Å sammen med sin familie.

Den faktiske arbejdstid var væsentlig højere end den aftalte arbejdstid, formentlig nærmere 50-60 timer om ugen. Han skulle således stå til rådighed i sine pauser, idet det var hans opgave at passe telefonen og døren. Der var ikke mange pauser, hvor han ikke blev forstyrret. Desuden indtog han ofte – navnlig i den sidste del af ansættelsen – sin frokost, mens han sad ved sit skrivebord og arbejdede. Han mødte desuden ofte tidligere og gik senere end de aftalte mødetidspunkter, og han måtte også arbejde, når han kom hjem. Han havde mulighed for at koble sig op fra sin egen computer. Han arbejdede også i weekenden, og når han var på skole, for der var ikke andre end ham til at tage sig af de opgaver, som han havde ansvaret for. Virksomheden stillede ikke et tidsregistreringssystem til rådighed, og derfor noterede han til at begynde med sine arbejdstider ned i et Excel-ark, som han selv havde lavet. På et tidspunkt fik han af en af de andre ansatte at vide, at det ikke var muligt at få udbetalt overarbejde, men at der var en fælles pulje for overarbejde, og at man en gang imellem kunne få en bonus. Han holdt derfor op med at registrere sin arbejdstid. Excel-arket lå på hans arbejdscomputer, som han ikke har haft adgang til, efter at han blev fyret. Han har derfor ikke Excel-arket. Han har aldrig fået en bonus,

men han fik en mindre lønforhøjelse. Det kom i stand, fordi han blev bekendt med, at en af de andre ansatte, N4, som var ansat som advokatsekretærelev d. 1/7 2019, og som arbejdede mindre end ham, fik en højere løn. Det var ikke muligt at afspadsere, idet der ikke var andre til at lave hans arbejde. Til sidst kunne han ikke klare arbejdspresset længere og blev sygemeldt på grund af stress. Han anslår, at han berigtigede ca. 300 ejendomshandler i perioden februar til december 2019. Han var på skole de sidste 14 dage op til sygemeldingen.

Det er rigtigt, at han ved forskellige lejligheder har holdt fri. Det skyldtes bl.a. forskellige problemer i familien, herunder at hans mormor blev syg og døde. Han har også været til læge og tandlæge, og han har desuden haft nogle sygedage. Han har ved disse lejligheder altid aftalt sit fravær med N1 eller orienteret ham derom, og når han kom tilbage, arbejdede han over for at indhente det forsømte.

Da N1 indkaldte ham til en mulighedssamtale, meldte han efter drøftelse med sin læge og psykolog fra, idet han som følge af sin sygdom ikke magtede at møde op i virksomheden. N1 bad ham ikke om en lægeerklæring, selv om han – som det fremgår af sms korrespondancen – havde tilbudt at fremsende en. Derefter hørte han ikke mere fra virksomheden, før han modtog brevet om opsigelse.

Han har netop fået en ny elevplads.

V1 har forklaret bl.a., at hun har arbejdet sammen med A hos B i en kortere perioden. Hun var ansat i virksomheden fra den 1. september – 15. november 2019, hvor hun blev fyret. Den officielle begrundelse for fyringen var, at hun ikke havde den rigtige profil. Hun var ansat som jurist med henblik på senere at blive advokatfuldmægtig. Hun havde ligesom A meget lange arbejdstider. A mødte som regel før hende. Hun gik nok normalt senere end ham, medmindre de begge havde en lang dag til kl. 20. Hun bemærkede, at A havde mange opgaver, som ikke havde noget med jobbet som advokatsekretær at gøre, bl.a. skulle han købe ind, gøre rent og passe kontorets kat. Han skiftedes desuden med en anden ansat til at lave frokost til de andre, og under frokosten skiftedes han og den anden ansatte til at passe telefonerne og døren. Som hun husker det, havde de en uge ad gangen. Hun sagde flere gange til A, at han skulle passe på sig selv på grund af de lange arbejdstider. Hun nævnte for N1, at A arbejdede for meget. Han var enig og håbede, at det ville blive bedre.

Procedure

A har til støtte for påstanden navnlig anført, at erhvervsuddannelsesloven og funktionærloven finder anvendelse på uddannelsesaftalen. Desuden finder Funktionæroverenskomsten for Handel, Viden og Service mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og HK/Privat og HK HANDEL, som er den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet, anvendelse på ansættelsen i medfør af erhvervsuddannelseslovens § 55.

Efter udløbet af prøvetiden på 3 måneder er en uddannelsesaftale uopsigelig og kan kun ophæves, hvis betingelserne i erhvervsuddannelseslovens § 60 om væsentlig misligholdelse eller bristede forudsætninger er opfyldt. Indklagede har ikke bevist, at betingelserne for at bringe uddannelsesaftalen til ophør var opfyldt. Sygefravær er lovligt forfald, og et sygefravær på 2,5 måneder kan ikke begrunde en ophævelse, når det ikke er afklaret, om uddannelsen kunne genoptages. Sygefravær i forhold til en mulighedssamtale er også lovligt forfald. Der gik desuden mere end 1 måned fra klager meldte afbud, til ophævelsen fandt sted, og fristen i erhvervsuddannelseslovens § 61, stk. 3, for påberåbelse af en ophævelsesgrund, er derfor også overskredet. Klager har derfor krav på en godtgørelse for usaglig afskedigelse i henhold til funktionærlovens § 2 b, som passende kan fastsættes til 1,5 månedsløn, alternativt har han krav på en godtgørelse efter erhvervsuddannelseslovens § 65 for tab af uddannelsesgode, som passende kan fastsættes til 53.000 kr., som er den takstmæssige godtgørelse for voksnelever. Klager har efter Højesterets praksis ret til den af de to godtgørelser, der stiller ham bedst, jf. herved UfR 2018.1766 H.

Klagers lønkrav er opgjort i overensstemmelse med funktionæroverenskomsten, hvorefter der er krav på pension, fritvalgslønkonto og feriefridage. Klager har krav på at modtage disse beløb ud over den aftalte løn. Der er intet grundlag for at antage, at klager skulle have fået for meget udbetalt i løn. Under alle omstændigheder er der efter reglerne om *condictio indebiti* ikke grundlag for at stille krav om tilbagebetaling.

Kravet vedrørende feriegodtgørelse er opgjort i overensstemmelse med ferieloven. Det fremgår ikke af de fremlagte udskrifter, at virksomheden har indbetalt beløbet, og virksomheden har heller ikke på anden måde dokumenteret, at beløbet er indbetalt.

Det fremgår af uddannelsesaftalen, at klager var ansat 37 timers arbejde ugentligt, men han har minimum arbejdet 45 timer ugentligt, idet det må lægges til grund, at han stod til rådighed i pauserne. En aftale om, at der fast skal arbejdes mere end 37 timer, må betragtes som beordret overarbejde. I mangel af aftale mellem parterne om, hvilke dele af arbejdstiden der var overarbejde, har klager krav på, at de 37 timer regnes fra ugens begyndelse, hvorfor de sidste 8 timer er opgjort som overarbejde i overensstemmelse med overenskomstens § 3.1. Det har ikke betydning for kravet, at klager har afviklet ferie og haft lovligt forfald under ansættelsen.

Klager har ud over den fastlagte arbejdstid på 45 timer ugentligt haft et betydeligt overarbejde, og det må efter hans forklaring lægges til grund, at han ugentligt arbejdede mere end 48 timer. Indklagede har ikke stillet et tidsregistreringssystem til rådighed, selv om det fremgår af EU- domstolens dom af 14. maj 2019 (C-55/18), at en arbejdsgiver har pligt dertil. Det har derfor ikke været muligt for klager at fastslå den gennemsnitlige ugentlige arbejdstid, og klager har derfor en lempet bevisbyrde. Da det herefter må lægges til grund, at klager har arbejdet i strid med § 4 i lov om gennemførelse af arbejdstidsdirektivet, har han krav på en godtgørelse, der efter Højesteret afgørelse i UfR 2018. 763 passende kan fastsættes til 50.000 kr.

Klager har endvidere krav på en godtgørelse efter ansættelsesbevisloven. Ansættelsesbeviset er mangelfuldt, idet det ikke er angivet, hvilken overenskomst der er gældende inden for uddannelsesområdet, og det er samtidig anført, at der ikke gælder en overenskomst for området. Klager var derfor ikke bekendt med, at han havde krav på overarbejdsbetaling, fritvalgslønkonto, pension feriefridage mv. Oplysningen om, at der ikke gælder en overenskomst, er vildledende og har udsat klager for risiko for et betydeligt tab, hvilket har ført til tvist. Godtgørelsen kan derfor passende fastsættes til 15.000 kr.

Vedrørende rentekravet har klager henvist til sine bemærkninger i processkrifterne.

B har til støtte for sine påstande navnlig anført, at opsigelsen af uddannelsesaftalen var berettiget, idet klager, der havde været sygemeldt i 3 måneder, udeblev fra mulighedssamtalen, hvilket i indklagedes optik og efter retspraksis ikke kan anses for lovligt forfald. Klager havde desuden ikke givet nogen form for orientering om, hvornår han forventede at være tilbage. På samme tid skulle virksomheden afholde omkostninger til en konsulent, og situationen blev derfor uholdbar. Hvis opsigelsen ikke var berettiget, gøres det gældende, at der alene skal betales godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b, og at denne i lyset af den korte ansættelse samt sagens øvrige omstændigheder, herunder klagers mange fridage, utallige forsinkelser og månedlige sygemeldinger, højst kan fastsættes til 1 månedsløn.

Det fremgår af lønsedlerne, hvor mange feriedage klager har optjent, og beløbet er på sædvanligvis indberettet. Klager har ikke dokumenteret, at det ikke er sket.

Opgørelsen af kravet efter Funktionæroverenskomsten bestrides i det hele, idet overenskomsten ikke finder anvendelse. Overenskomsten er således streget ud i uddannelsesaftalen, og det er således på det grundlag, at virksomheden har indgået aftalen med klager. Det fremgår desuden tydeligt af tillægget til uddannelsesaftalen,

at der ikke gælder en overenskomst for aftalen. Det bestrides derfor, at der er krav på pension, fritvalg og feriefritage.

Den aftalte løn på 24.500 kr., der overstiger den gennemsnitlige løn for en advokatsekretærelev med mere end 4.500 kr., blev fastsat på grundlag af en arbejdstid på 45 timer ugentligt, inkl. frokost, svarende til 42 timer ugentligt arbejde. Det bestrides, at der er arbejdet mere end det aftalte, som ikke kan betragtes som overarbejde. Det bestrides også, at der er arbejdet mere end det aftalte, herunder at der skulle være arbejdet i frokostpausen. Der er således hverken krav på overarbejdsbetaling eller godtgørelse efter lov om implementering af arbejdstidsdirektivet. Det er desuden efter funktionæroverenskomsten muligt at indgå aftale om funktionsløn med den virkning, at lønnen også omfatter betaling for overarbejde og eventuelle andre ulemper med den virkning, at der ikke ydes overarbejdsbetaling.

Virksomheden har ikke udarbejdet et mangelfuldt ansættelsesbevis, idet det skyldes klagers uddannelsessted, at der ikke er oplysninger i uddannelsesaftalen om den kollektive overenskomst. Det er efter erhvervsuddannelseslovens § 100 erhvervsskolens ansvar, at uddannelsesaftalen er korrekt. Klager er desuden på intet tidspunkt kommet med indsigelser. Der er derfor ikke grundlag for en godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis

Klager har uberettiget fået udbetalt mere end den aftalte løn på 24.500 kr., og klager har fortiet det. Det må anses for illoyalt, og klager er derfor forpligtet til at tilbagebetale et beløb på 16.000 kr. Beløbet skal derfor fratrækkes i klagers eventuelle krav.

Virksomheden er ikke kommet med bemærkninger vedrørende forrentningen.

Twistighedsnævnets begrundelse og resultat

Opsigelsen af uddannelsesaftalen

En uddannelsesaftale er uopsigelig efter udløbet af prøvetiden, jf. erhvervsuddannelseslovens § 60, stk. 1, jf. stk. 2, og virksomheden kunne derfor kun bringe uddannelsesaftalen med A til ophør, hvis betingelserne for ophævelse efter erhvervsuddannelseslovens § 61 var opfyldt. Bevisbyrden for, at betingelserne for ophævelse, var opfyldt, påhviler virksomheden.

Der er ikke i virksomhedens brev af 28. februar 2020 anført nogen begrundelse for beslutningen om at bringe uddannelsesaftalen til ophør.

As sygdom havde på tidspunktet for opsigelsen varet i under 3 måneder, og et sygdomsforløb af denne varighed kan ikke i sig selv indebære, at der foreligger en væsentlig misligholdelse af uddannelsesaftalen eller bristede forudsætninger for indgåelse af uddannelsesaftalen, jf. herved erhvervsuddannelseslovens § 61, stk. 1 og 2. Tilsvarende gælder den omstændighed, at A meldte afbud til mulighedssamtalen som følge af sygdom. Twistighedsnævnet bemærker herved, at virksomheden efter det oplyste ikke på noget tidspunkt har anmodet om dokumentation for fraværet, heller ikke i forhold til mulighedssamtalen, og at der ikke er grundlag for at tilsidesætte As forklaring om sygdommen. Opsigelsen af uddannelsesaftalen var derfor uberettiget.

A har som følge heraf krav på enten en godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b eller efter erhvervsuddannelseslovens § 65. Efter praksis har A krav på den af de to godtgørelser, der stiller ham bedst.

En godtgørelse efter erhvervsuddannelsesloven skal dels kompensere eleven for det løntab, som denne lider ved en uberettiget ophævelse, dels skal den kompensere for den forstyrrelse af elevens forhold, som ophævelsen

giver anledning til. I den foreliggende situation, hvor eleven har modtaget løn i opsigelsesperioden i det omfang, der følger af funktionærlovens § 3, er der ikke grundlag for at kompensere denne for et løntab, og en godtgørelse efter erhvervsuddannelsen vil derefter efter praksis blive udmålt til 26.500 kr. svarende til halvdelen af den sædvanlige godtgørelse for voksnelever på 53.000 kr.

Herefter, og da nævnet finder, at godtgørelsen efter funktionærlovens § 2 b efter en samlet vurdering af ansættelsens varighed og omstændighederne i øvrigt passende kan fastsættes til 30.000 kr., tillægges A en godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b på dette beløb.

Kravet vedrørende fritvalg, pension og feriefridage

Det følger af erhvervsuddannelsesloven, at lønnen for en elev mindst skal udgøre den løn, der er fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet. Lønbegrebet efter § 55 omfatter efter Højesterets praksis også andre løndelevende løn, herunder pension.

Den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet er Funktionæroverenskomsten for Handel, Viden og Service. A har derfor krav på de løndelevende løn, der fremgår af denne overenskomst. Retten hertil kan ikke fraviges ved aftale mellem parterne.

A har derfor krav på fritvalg, pension og feriefridage.

Særligt vedrørende pension bemærkes, at det fremgår af Højesterets praksis, at en virksomhed ikke med frigørende virkning kan udbetale elevens eget pensionsbidrag til denne, og at virksomheden derfor i den foreliggende situation, hvor elevens eget pensionsbidrag er udbetalt til denne, har pligt til at betale såvel virksomhedens eget pensionsbidrag som elevens pensionsbidrag. Eleven har derfor krav på, at virksomheden betaler pensionen som opgjort i opgørelsen med 12 %. Vedrørende feriefridagene bemærkes, at der ikke er grundlag for at anse dem for afholdt, hverken helt eller delvist, idet hverken A eller virksomheden har været opmærksom på eksistensen heraf.

Herefter, og da kravet på det foreliggende grundlag må anses for opgjort i overensstemmelse med overenskomsten, tages kravene om betaling af 18.366,96 kr. vedrørende fritvalg, 39.814,32 kr. vedrørende pension og 9.162,98 kr. vedrørende feriefridage til følge.

Ferie

Opgørelsen af kravet vedrørende ferie er ubestridt. Det fremgår ikke af det materiale, der er fremlagt af A, at der er sket betaling af beløbet. Herefter, og da virksomheden ikke har dokumenteret, at beløbet er betalt, tages kravet om betaling af 53.126,01 kr. til følge.

Overarbejdsbetaling

Da den ugentlige arbejdstid for en elev som udgangspunkt ikke kan udgøre mere end 37 timer pr. uge, har A krav på overarbejdsbetaling for den del af arbejdstiden, der overstiger 37 timer.

Funktionæroverenskomsten indeholder ikke en fast takst for aflønning af voksnelever, og lønnen fastsættes derfor efter aftale mellem parterne. Efter indholdet af den supplerende ansættelsesaftale sammenholdt med forklaringen fra A lægger Tvistighedsnævnet til grund, at fastsættelsen af lønnen på 24.500 kr. afspejler, at der blev indgået en aftale mellem parterne om, at den ugentlige arbejdstid var 42 timer ekskl. frokostpause, og at A således har modtaget løn for 42 timers arbejde pr. uge med lidt mere end 130 kr./timen.

Det må endvidere på baggrund af forklaringen fra A, der til dels støttes af forklaringen fra V1, lægges til grund, at A har arbejdet mere end 42 timer om ugen og herunder indimellem stod til rådighed i sin frokostpause.

Efter en samlet vurdering tager Tvistighedsnævnet herefter kravet vedrørende overarbejdsbetaling til følge med 50.000 kr.

Godtgørelse efter lov om gennemførelse af dele af arbejdstidsdirektivet

3 voterende udtaler:

Vi finder ikke, at A alene ved sin egen forklaring har bevist, at hans rettigheder i henhold til lov om gennemførelse af dele af arbejdstidsdirektivet er krænket. Vi bemærker herved, at bevisbyrden for, at der er arbejdet i det omfang, som A har forklaret, påhviler ham, og at der ikke efter loven er grundlag for at stille krav om, at en virksomhed stiller et tidsregistreringssystem til rådighed med den konsekvens, at undladelse heraf komme virksomheden bevismæssigt til skade.

2 voterende udtaler:

Vi finder på baggrund af forklaringen fra A, at det er bevist, at hans rettigheder i henhold til lov om gennemførelse af dele af arbejdstidsdirektivet er krænket, idet vi lægger vægt på, at det må komme virksomheden bevismæssigt til skade, at der ikke i virksomheden var et tidsregistreringssystem.

Efter udfaldet af stemmeafgivningen tages kravet om godtgørelse efter lov om dele af arbejdstidsdirektivet ikke til følge.

Godtgørelse efter ansættelsesbevisloven

Af uddannelsesaftalen med tillæg fremgår ikke, hvilken kollektiv overenskomst der er den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet, og i tillægget til uddannelsesaftalen, som virksomheden har udarbejdet, er det i strid med erhvervsuddannelsesloven anført, at ansættelsen ikke er omfattet af nogen overenskomst eller kollektiv aftale, og at der ikke er ret til pension. Oplysningerne herom må anses for vildledende. A har således ikke haft kendskab til sine rettigheder i henhold til overenskomsten, jf. erhvervsuddannelseslovens §§ 55-56. Desuden indeholder ansættelsesaftalerne modstridende oplysninger om arbejdstiden.

Ansættelsesbeviset er derfor behæftet med en væsentlig mangel, der har givet risiko for et betydeligt tab, ligesom manglen har givet anledning til tvisten.

3 voterende stemmer på den baggrund for at fastsætte godtgørelsen efter ansættelsesbevisloven til 15.000 kr., mens 2 voterende stemmer for at fastsætte en godtgørelse, der ikke bør overstige 10.000 kr.

Efter udfaldet af stemmeafgivningen fastsættes godtgørelsen til 15.000 kr.

Der er ikke grundlag for at antage, at A har fået udbetalt en højere løn end aftalt. Der er derfor ikke - som anført af virksomheden - grundlag for at modregne et beløb på i As krav.

As krav tages herefter til følge med 215.470,27 kr., der forrentes som nedenfor bestemt, idet det bemærkes, at rentekravet ikke er bestridt.

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 215.470,27 kr. hvoraf 45.788,84 kr. skal indsættes på klagers pensionsordning og hvoraf 49.190,75 kr. skal indbetales til Feriekonto, med tillæg af procesrente af 1.058,40 kr. fra den 28. februar 2019, af 1.058,40 kr. fra den 31. marts 2019, af 1.058,40 kr. fra den 30. april 2019, af 3.998,40 kr. fra den 31. maj 2019, af 3.998,40 kr. fra den 30. juni 2019, af 3.998,40 kr. fra den 31. juli 2019, af 3.998,40 kr. fra den 31. august 2019, af 4.243,20 kr. fra den 30. september 2019, af 4.243,20 kr. fra den 31. oktober 2019, af 4.243,20 kr. fra den 30. november 2019, af 4.243,20 kr. fra den 31. december 2019, af 4.324,80 kr. fra den 31. januar 2020, af 4.324,80 kr. fra den 29. februar 2020, af 4.611 kr. fra den 31. marts 2020, af 45.000 kr. fra den 6. april 2020, af 4.611 kr. fra den 30. april 2020, af 11.479,80 kr. fra den 31. maj 2020, af 53.126,01 kr. fra den 7. juli 2020 samt af 50.000 kr. fra den 13. november 2020.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part.

Sagen kan inden 8 uger efter, at nævnet har truffet afgørelse, indbringes for domstolene, jf. erhvervsuddannelseslovens § 64, stk. 4. Såfremt sagen indbringes for domstolene, anmoder Tvistighedsnævnet om at blive orienteret.