

Tvistighedsnævnet

K E N D E L S E

Afsagt af Tvistighedsnævnet den 4. maj 2020 i sag 65.2019

A

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

mod

B

I sagens behandling har som faste medlemmer af Tvistighedsnævnet deltaget landsdommer Ida Skouvig (formand), advokat Tine Benedicte Skyum (DA) og advokat Pernille Leidersdorff-Ernst (FH). Endvidere har som særligt sagkyndige medlemmer deltaget direktør Peder Madsen, udpeget af HORESTA, og konsulent Ilse Werrenrath, udpeget af 3F.

Denne sag drejer sig om betaling af løn mv. og godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis.

Klager, A, har ved sin faglige organisation, 3F Privat Service, Hotel og Restaurant, ved klageskrift modtaget den 3. december 2019, indbragt sagen for Tvistighedsnævnet med påstand om, at indklagede, B skal betale 52.820,72 kr. til ham med procesrente fra den 8. oktober 2018.

Påstanden består dels af et lønkrav på 42.820,72 kr. og et krav om godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis på 10.000 kr.

Lønkravet er opgjort således:

- | | |
|---|--------------|
| • Grundløn (maj 2018 - marts 2019) | - 272,84 kr. |
| • Helligdagstillæg (10. – 21. maj 2018) | 5.995,57 kr. |
| • Over/Merarbejde (maj-september 2018) | 1.461,96 kr. |
| • Turnus overtid (juni 2018-marts 2019) | 3.296,77 kr. |
| • Forskudt tid (maj 2018-marts 2019) | 4.376,42 kr. |
| • Mistede fridøgn (1. juli-17. september 2018) | 6.495,76 kr. |
| • Feriepenge/særligt tillæg (maj 2018-marts 2019) | 1.439,31 kr. |
| • Skole (kost) (4. – 15. marts 2019) | 467,70 kr. |
| • Manglende pension (maj-september 2018) | 7.671,61 kr. |
| • Diverse | 5.718,61 kr. |
| • Feriepenge efterbetaling | 2.719,08 kr. |
| • Pension efterbetaling | 2.145,39 kr. |

- Feriefridagskompensation (pr. 31. marts 2019) 1.305,57 kr.

Kravet på 5.718,61 kr. vedrørende ”Diverse” er opgjort således:

- Transport skole (4. – 14. februar 2019) 492,00 kr.
- Manglende ferie (2019) 4.832,74 kr.
- pension af 4.832,74 kr. (8%) 393,87 kr.

Om kravet på 4.832,74 kr. vedrørende manglende ferie er oplyst, at A manglede at afholde i alt 8 dages ferie.

Formanden for Tvistighedsnævnet har truffet beslutning om, at sagen behandles på skriftligt grundlag.

B er via e-Boks og mail orienteret om sagens anlæg, og Tvistighedsnævnets sekretariat har i den forbindelse telefonisk haft kontakt til direktør N1. Orientering om beslutningen om skriftlig behandling er sendt til virksomhedens e-Boks. Tvistighedsnævnet finder på den baggrund, at virksomheden i fornødent omfang er orienteret om sagen. Virksomheden har ikke udtalt sig i anledning af sagen.

A har efter, at sagen er optaget til kendelse, ønsket at forhøje sin påstand. Tvistighedsnævnet har ikke fundet grundlag for at tage påstandsforhøjelsen under påkendelse.

Sagsfremstilling

Den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet er elevoverenskomsten for hotel-, restaurant- og turisterhvervet mellem HORESTA Arbejdsgiver og 3F Privat Service, Hotel og Restauration.

Virksomheden er ikke via medlemskab af en organisation omfattet af overenskomsten.

Mellem A, født den 31. december 1994, og B, blev der den 5. april 2018 indgået en aftale hvorefter A blev ansat som kokkelev i perioden fra den 17. april 2018 til den 30. oktober 2020. Aftalen blev ikke indgået ved brug af Undervisningsministeriets blanket. Af aftalen fremgik bl.a., at ansættelsesforholdet ikke var omfattet af en overenskomst. Aftalen indeholdt desuden bestemmelser om bl.a. arbejdstid, overarbejde og opsigelse som ikke var i overensstemmelse med erhvervsuddannelsesloven og den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet. A arbejdede herefter i virksomheden fra den 17. april 2018 til den 6. maj 2018.

Den 7. maj 2018 blev der ved brug af Undervisningsministeriets blanket mellem parterne indgået en uddannelsesaftale om et hovedforløb uden grundforløb, hvorefter A skulle uddannes som gastronom, kok med uddannelsesperiode fra den 7. maj 2018 til den 2. marts 2021. I uddannelsesaftalens punkt 8 er den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet angivet som ”Horesta”, og der er sat kryds i rubrikken, hvorefter lønnen udgør den gældende mindstebetaling (sats) for elever fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet. Arbejdstiden er angivet som 37 timer pr. uge.

I efteråret 2018 kontaktede A 3F, da der var problemer med aflønningen. 3F sendte som følge heraf den 8. oktober 2018 et brev til virksomheden med et krav om efterbetaling og med forslag til en drøftelse. Virksomheden reagerede ikke på henvendelsen. Efter gensidig aftale blev uddannelsesaftalen ophævet med virkning fra den 31. marts 2019. Den 19. august 2019 blev der afholdt forligsmøde i Det faglige udvalg for

Gastronomuddannelsen, men virksomheden gav ikke møde. Det faglige udvalg anså derfor forligsmulighederne for udtømt, hvorefter sagen blev indbragt for Tvistighedsnævnet.

Der er for Tvistighedsnævnet fremlagt beregningsark vedrørende opgørelsen af kravet vedrørende løn. Der er endvidere fremlagt lønsedler, oversigter over vagtplaner og faktiske mødetider og udskrifter fra PensionDanmark og Feriefonden for Hotel- og Restaurationserhvervet. Der er desuden fremlagt dokumentation vedrørende kørsel i forbindelse med skoleophold og dokumentation for, at A forud for ansættelsen var omfattet af en arbejdsmarkedspension.

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.”

Anbringender

A har til støtte for sin påstand anført følgende:

” At A’s ansættelse var omfattet af elevoverenskomsten mellem HORESTA-A og 3F PSHR,

At virksomheden ikke har aflønnet efter overenskomsten,

At virksomheden derfor skal efterbetale manglende løn og pension som beregnet,

At A var pensionsberettiget ved uddannelsesaftalens begyndelse,

At der ikke er en korrekt henvisning til gældende overenskomst i uddannelsesaftalen,

At den udleverede ansættelseskontrakt er i direkte modstrid med såvel gældende overenskomst og Erhvervsuddannelsesloven,

At dette har medført en tvist mellem parterne,

At virksomheden derfor skal betale en godtgørelse for brud på Ansættelsesbevisloven.”

Tvistighedsnævnets begrundelse og resultat

Kravet vedrørende løn mv.

B har ikke udtalt sig i anledning af Tvistighedsnævnets behandling. Herefter, og idet det opgjorte krav, der har støtte i det fremlagte materiale, på det foreliggende grundlag må anses for opgjort i overensstemmelse med den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet, jf. erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, tager Tvistighedsnævnet A’s krav vedrørende løn på 42.820,72 kr. til følge. Det bemærkes særligt vedrørende pensionskravet, at A, der forud for sin ansættelse i virksomheden var omfattet af en arbejdsmarkedspension, havde krav på pension fra ansættelsens start, jf. erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, jf. § 28 i elevoverenskomsten for hotel-, restaurant- og turisterhvervet mellem HORESTA

Arbejdsgiver og 3F Privat Service, Hotel og Restauration. Pensionskravet er i overensstemmelse med Højesterets praksis med rette beregnet med 12 %, idet der ikke foreligger oplysninger, der giver grundlag for at antage, at virksomheden med frigørende virkning har kunnet udbetale A's eget pensionsbidrag til ham.

Kravet på 42.820,72 kr. forrentes med procesrente, idet det dog bemærkes, at alene den del af kravet, der var forfaldent den 8. oktober 2018, kan kræves forrentet fra dette tidspunkt. Den del af kravet, der er forfaldent til betaling efter dette tidspunkt, forrentes derfor fra de enkelte ydelsers forfaldstidspunkt.

Godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis

Den uddannelsesaftale, der blev indgået den 5. april 2018, og som fandt anvendelse for perioden fra den 17. april til den 6. maj 2018, var ikke indgået ved brug af Undervisningsministeriets blanket og var behæftet med en række væsentlige mangler, herunder var det blandt andet angivet, at uddannelsesaftalen ikke var omfattet af en overenskomst.

Aftalen af 5. april 2018 blev den 7. maj 2018 erstattet af en uddannelsesaftale, der var indgået ved brug af Undervisningsministeriets blanket, og som fandt anvendelse fra dette tidspunkt. Manglerne ved aftalen af 5. april 2018 kan derfor ikke antages at have haft betydning for tvisten.

Aftalen af 7. maj 2018 indeholdt oplysninger om, at den kollektive overenskomst inden for området var overenskomsten med "Horesta". Overenskomstens fulde navn var således ikke angivet.

3 voterende udtaler:

Vi finder, at der alene foreligger en formel mangel ved uddannelsesaftalen af 7. maj 2018, der ikke kan antages at have givet anledning til tvivl om, hvilken overenskomst der fandt anvendelse. Manglen har således ikke givet anledning til tvisten.

Efter en samlet vurdering stemmer vi derfor for at fastsætte godtgørelsen for mangelfuldt ansættelsesbevis til 1.000 kr.

2 voterende udtaler:

Vi finder, at en mangelfuld henvisning til den relevante overenskomst, hvor hovedparten af elevens løn- og ansættelsesvilkår er reguleret, altid er en alvorlig mangel, hvorfor godtgørelsen bør fastsættes til ikke under 5.000 kr.

Efter stemmeflertallet fastsættes godtgørelsen til 1.000 kr.

Kravet om godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis ses først rejst ved indgivelsen af klagen til Tvistighedsnævnet den 3. december 2019. Kravet forrentes derfor med procesrente fra dette tidspunkt.

A's krav tages herefter til følge med i alt 43.820,72 kr.

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 betale 43.820,72 kr. til A. Heraf forrentes 1.000 kr. med procesrente fra den 3. december 2019. Den øvrige del af kravet forrentes med procesrente fra den 8. oktober 2018 for så vidt

angår de ydelser, der var forfaldne på dette tidspunkt, mens den øvrige del af kravet forrentes med procesrente fra de enkelte ydelsers 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.