

84

Werknemer heeft aanspraak op betaling vakantiedagen ondanks all-in loon

Kantonrechter Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp Tilburg

12 december 2018, nr. 6520333 CV EXPL 17-7438

(mr. Rouwen)

Noot mr. M. Faber, onder «JAR» 2019/82

All-in loon. Deel reservering vakantieloan niet voldoende duidelijk gemaakt. Geen aanspraak op betaling vakantietoelag.

[BW art. 7:639, 7:641; WML art. 17 lid 2; Richtlijn 2003/88/EG art. 7]

De werknemer is van 10 september 2009 tot 1 december 2015 in dienst geweest bij de werkgever in de functie van therapeut. De werknemer ontving een variabel salaris per behandeling. In de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat de vakantietoelag onderdeel uitmaakt van het variabel salaris en dat de werknemer recht heeft op 31 vakantiedagen bij een voltijds dienstverband. De werknemer meent dat geen rechtsgeldig all-in loon is overeengekomen en vordert betaling van vakantietoelag en achterstallig loon over de vakantiedagen.

De kantonrechter overweegt dat uit art. 7 Richtlijn 2003/88/EG volgt dat vakantietoelag alleen in het loon kan worden geïncorporeerd indien dat voldoende transparant is overeengekomen en uit de bruto- en nettospecificaties blijkt. Art. 17 lid 2 Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML) bepaalt dat bij schriftelijke overeenkomst kan worden afgeweken van uitbetaling ineens in juni met dien verstande dat uitbetaling ten minste eenmaal per kalenderjaar dient te geschieden. Daarvan is hier sprake, nu in de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat de vakantietoelag onderdeel uitmaakt van het variabele salaris dat maandelijks wordt betaald. Derhalve heeft de werknemer geen aanspraak op betaling van de vakantietoelag. Wat betreft de betaling van de vakantiedagen dient de vraag te worden beantwoord of het deel van het loon dat is gereserveerd

voor de loonbetaling tijdens vakantie op een voldoende transparante en begrijpelijke wijze duidelijk is gemaakt. In de arbeidsovereenkomst staat niets over de vergoeding voor vakantiedagen. Over het loon wordt in de arbeidsovereenkomst slechts opgemerkt dat het garantieloan wordt betaald. Dat de werknemer zelf zou kunnen uitrekenen welk deel van het loon is gereserveerd voor doorbetaling tijdens vakantie, maakt niet dat sprake is van een transparante en duidelijke regeling. Dit geldt temeer nu de werknemer geen vast aantal uren per week werkte en een variabel salaris ontving. De vordering tot betaling van vakantiedagen wordt toegewezen.

NB. In «JAR» 2019/82 oordeelde de kantonrechter dat wel voldoende transparant was dat het loon over de vakantiedagen was inbegrepen in het maandsalaris. Ook zouden de werknemers in die zaak daadwerkelijk vakantie hebben opgenomen. Zie over het all-in loon en de daaraan te stellen eisen ook «JAR» 2017/162 en «JAR» 2014/29, m.nt. Funke.

De werknemer te (...),

eiseres,

gemachtigde: R. van Lieshout, werkzaam bij DAS Legal Services BV te Amsterdam,

tegen

1. de maatschap te (...),

en haar vennoten:

2. vennoot 1 te (...), en

3. vennoot 2 te (...),

gedaagden,

gemachtigde: mr. S.S. Pesak, advocaat te Amsterdam.

Hierna zal eiseres worden aangeduid als de werknemer en zullen gedaagden gezamenlijk, voor zoveel mogelijk, worden aangeduid als de maatschap.

1. Het verloop van de procedure
(...; red.)

2. De verdere beoordeling van het geschil

2.1. Het gaat in deze procedure kort gezegd om het volgende.

In de periode van 10 september 2009 tot 1 december 2015 is de werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dienst

geweest van de maatschap. Haar functie was therapeut zonder specialisatie.

In de per 1 juli 2013 gewijzigde arbeidsovereenkomst zijn onder andere de volgende bepalingen opgenomen:

“Artikel 5 Arbeidsduur, werkrooster, garantie werkuren

5.1. Met werknemer zijn minimaal 29,5 werkuren per week overeengekomen

Artikel 7 Salaris

7.1. Werknemer ontvangt een variabel salaris wat gekoppeld is aan de eigen specialisatie en het adendum in zake ‘het salarishuis’.

Het percentage per 1-7-2013 bedraagt 65% van € 23,50

7.2. De vakantietoelage maakt onderdeel uit van de tarieven zoals vermeld in artikel 7 lid 7.1.

Artikel 9 Vakantiedagen

9.1. Werknemer heeft bij een voltijds dienstverband van 40,75 uur (gemiddeld) per week recht op 31 (eenendertig) onbetaalde vakantiedagen (252,62 uur) per kalenderjaar, exclusief feestdagen. (...)

9.2. Bij een parttime dienstverband wordt de aanspraak op vakantiedagen naar rato berekend.”

Op vragen van de werkneemster schreef de maatschap in een e-mail van 9 september 2009 onder meer:

“Bij een variabel salaris zit je vakantiegeld en pensioenbijdrage in je salaris verwerkt. Als daar vanaf geweken wordt is dat ten gunste van de werknemer maar wij houden het nu gewoon volgens CAO. Je krijgt dus geen vakantiegeld of pensioenbijdrage.”

2.2. De werkneemster heeft gevorderd om bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, gedaagden hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan haar van € 22.328,02 bruto, althans € 14.269,07 bruto ter zake van achterstallig loon over vakantiedagen, alsmede vakantietoelage met betrekking tot de periode van 1 juni 2012 tot 1 december 2015, te vermeerderen met de maximale wettelijke verhoging en de wettelijke rente vanaf de dag van het opeisbaar worden van deze bedragen. Tevens heeft zij gevorderd gedaagden hoofdelijk te veroordelen tot betaling van € 1.207,92 inclusief btw ter zake van buitengerechtelijke incassokosten en heeft zij gevorderd gedaagden hoofdelijk te veroordelen in de kosten van deze procedure, waaronder nakosten.

2.3. Aan die vordering heeft de werkneemster samengevat het volgende ten grondslag gelegd.

De maatschap heeft aan haar nooit de vakantietoelage uitbetaald, noch het loon over de vakantiedagen.

De maatschap stelt zich op het standpunt dat een all-in loon is overeengekomen. Dit is echter niet, althans niet rechtsgeldig overeengekomen. Ingevolge het arrest van het Europese Hof van Justitie van 16 maart 2006 dient een all-in loon te worden overeengekomen in de arbeidsovereenkomst en dient in de salarisspecificaties duidelijk zichtbaar te zijn welk deel van de betaling het reguliere loon betreft, welk deel vakantietoelage en welk deel betaling voor vakantiedagen. Op de aan haar verstrekte loonstroken ontbreekt een dergelijke specificatie. Hierdoor heeft de maatschap gehandeld in strijd met artikel 7 van de Richtlijn betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (Richtlijn 2003/88/EG).

Zij had geen voltijds dienstbetrekking. Op grond van artikel 7:634 BW en artikel 10.1.1 Cao bouwde zij per gewerkt uur 0,0768 uur betaalde vakantie op. Gedurende het dienstverband heeft zij vakantieverlof opgenomen. De maatschap heeft de door haar genoten vakantiedagen ten onrechte als onbetaald verlof aangemerkt. Immers zou dit voor haar financieel nadeel met zich brengen, hetgeen haaks staat op de essentie van artikel 7:639 lid 1 BW en artikel 7 van Richtlijn 2003/88/EG. Uitgaande van het cumulatieve loon dat zij elk jaar ontving en rekening houdend met het (geïndexeerde) uurloon maakt zij aanspraak op uitbetaling van genoten vakantiedagen tot het bedrag van in totaal € 9.770,98 bruto exclusief vakantietoelage, zijnde € 10.552,66 bruto inclusief vakantietoelage. In het geval echter dat de maatschap haar standpunt dat zij eerst de onbetaalde vakantiedagen heeft genoten handhaaft, dan geldt dat zij redelijkerwijs niet in staat is geweest om de wettelijke vakantiedagen te genieten, zodat de aanspraak daarop niet al na 6 maanden is vervalten, maar de gewone verjaringstermijn geldt.

In het geval dat haar standpunt niet wordt aanvaard, dan maakt zij subsidiair aanspraak op uitbetaling van in 2015 opgebouwde en niet genoten 74,48 vakantie-uren. Die vertegenwoordigen een waarde van € 2.308,99 bruto exclusief vakantietoelage, zijnde € 2.493,71 bruto inclusief vakantietoelage.

Eveneens op grond van artikel 10.1.1 Cao heeft zij recht op 3 bovenwettelijke vakantiedagen per jaar bij een voltijds dienstverband. Omgerekend naar arbeidsomvang komt dit gedurende het gehele

dienstverband voor haar neer op in totaal € 1.465,65 bruto exclusief vakantietoeslag, zijnde € 1.582,90 bruto inclusief vakantietoeslag.

Op grond van artikel 15 lid 1 van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag heeft zij recht op een vakantietoeslag van ten minste 8% van het loon. De maatschap heeft die nooit aantoonbaar voldaan. Ook voor deze toeslag geldt op grond van artikel 7 van Richtlijn 2003/88/EG dat die alleen in het loon begrepen mag zijn wanneer dit voldoende transparant is overeengekomen en uit de bruto-nettospecificaties blijkt wanneer die betaalbaar is gesteld. Hiervan is echter geen sprake geweest. Zij heeft nog recht op een bedrag van € 10.192,46 bruto.

Door haar brief van 29 mei 2017 is de verjaring van haar vorderingen gestuit.

Naast bovenstaande bedragen maakt zij aanspraak op de wettelijke verhoging overeenkomstig artikel 7:625 BW en op de wettelijke rente vanaf de dag van het opeisbaar worden van haar vorderingen. Tevens vordert zij een vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten.

Ondanks haar verzoek van 29 mei 2017 en latere sommaties door haar gemachtigden is de maatschap niet tot betaling overgegaan, zodat zij er recht op, en belang bij heeft om in rechte betaling van het achterstallige loon en de vakantietoeslag te vorderen, aldus de werkneemster.

2.4. De maatschap heeft verweer gevoerd en heeft geconcludeerd de werkneemster in haar vorderingen niet ontvankelijk te verklaren, dan wel die vorderingen aan haar te ontzeggen of af te wijzen, met veroordeling van de werkneemster in de kosten van de procedure.

Op het verweer van de maatschap zal hieronder, voor zover dit voor de beoordeling van belang is, worden ingegaan.

2.5. De kantonrechter overweegt het volgende.

2.6. Vakantietoeslag

Anders dan de werkneemster stelt volgt niet uit artikel 7 van de Richtlijn 2003/88/EG dat vakantietoeslag alleen in het loon kan worden geïncorporeerd indien dat voldoende transparant is overeengekomen en uit de bruto- en nettospecificaties blijkt. Artikel 7 van de Richtlijn ziet op het recht van 4 weken betaald verlof. De Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag bepaalt in artikel 17, tweede lid dat bij schriftelijke overeenkomst kan worden afgeweken van uitbetaling in eens in juni, met dien verstande, dat uitbetaling ten minste eenmaal per kalenderjaar dient te ge-

schieden. Daarvan is hier sprake nu in artikel 7 van de arbeidsovereenkomst van 2013 is opgenomen dat vakantietoeslag onderdeel uit maakt van het variabele salaris dat maandelijks wordt betaald. Dit onderdeel van de vordering moet daarom worden afgewezen.

2.7. Vakantiedagen

De maatschap wijst de loonvordering ter zake de genoten vakantiedagen af, omdat een all-in loon is overeengekomen waarin de vergoeding voor vakantiedagen is geïncorporeerd. Bij de vraag of een all-in loon toelaatbaar is op het punt van de vergoeding voor vakantiedagen, is van belang of voldoende duidelijk is welk deel van het loon gereserveerd is voor doorbetaling bij het opnemen van vakantie en of de werknemer ook daadwerkelijk in de gelegenheid wordt gesteld om vakantie te genieten (Vgl. gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1387; kantonrechter Heerenveen, 9 februari 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BP5796; kantonrechter Amsterdam, 10 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:67; kantonrechter Eindhoven, 27 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1239 en kantonrechter Groningen, 25 april 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1908). Dat de werkneemster daadwerkelijk vakantie heeft genoten staat hier niet ter discussie. Wel dient de vraag te worden beantwoord of het deel van het loon dat is gereserveerd voor de loondoorbetaling tijdens vakantie op een voldoende transparante en begrijpelijke wijze aan de werknemer duidelijk is gemaakt. De kantonrechter beantwoordt die vraag ontkennend. In artikel 7 van de per 1 juli 2013 geldende arbeidsovereenkomst staat niets over de vergoeding voor vakantiedagen. Het tweede lid ziet enkel op de vakantietoeslag. In de andere overgelegde arbeidsovereenkomsten staat zelfs niets over vakantietoeslag en het recht op betaalde (of onbetaalde) vakantiedagen. Over loon wordt in die arbeidsovereenkomsten slechts opgemerkt dat het garantieloan wordt betaald. Dat de werknemer zelf zou kunnen uitrekenen welk deel van het loon is gereserveerd voor doorbetaling tijdens vakantie, maakt niet dat sprake is van een transparante en duidelijke regeling. Dit geldt temeer nu de werkneemster geen vast aantal uren per week werkte en een variabele vergoeding per behandeling ontving. De conclusie moet daarom zijn dat in strijd met de wet en de richtlijn, de maatschap de werkneemster niet in staat

heeft gesteld betaald vakantieverlof op te nemen, zodat de vordering ter zake vakantiedagen moet worden toegewezen.

De werkneemster heeft daartoe een berekening opgenomen in de dagvaarding (randnummers 25 en 35). Daarbij is uitgegaan van het aantal uren verlof dat op basis van de Cao Vrijgevestigde Fysiotherapiepraktijk 2003 is bepaald (23 dagen). Hoewel deze Cao is verlopen en geen nieuwe Cao in werking is getreden, is er evenwel voldoende aanleiding om bij de berekening aansluiting te zoeken bij die Cao, nu in een e-mail van 9 september 2009 (productie 4 bij dagvaarding) van een vennoot namens de maatschap aan de werkneemster is bericht dat zij zich willen houden aan de Cao. Dit standpunt is ook verder niet, althans onvoldoende gemotiveerd betwist. De werkneemster is uitgegaan van een opbouw aan betaalde vakantie-uren per gewerkt uur van 0,0768, zoals dat volgt uit een wettelijke minimum van 160 uur per jaar (4 weken x 40 uur per week) en 2088 werkuren per jaar (uitgaande van 261 werkbare dagen x 8 uur per dag). De maatschap heeft ter zitting kunnen instemmen met een gemiddeld uurloon zoals genoemd onder randnummer 25 van de dagvaarding: € 30,56 voor 2012 en 2013, € 30,70 voor 2014 en € 31,= voor 2015. In zoverre heeft zij haar verweer zoals verwoord in de conclusie van antwoord, laten vallen. De berekening, voor wat betreft de wettelijke (20) en bovenwettelijke vakantiedagen (3) van de werkneemster kan dus worden gevolgd.

Het voorgaande betekent dat de vordering kan worden toegewezen tot een bedrag van € 9.770,98 (bruto) voor wettelijke vakantiedagen en € 1.465,65 (bruto) voor de bovenwettelijke vakantiedagen, *exclusief* vakantietoeslag, nu dit laatste reeds in het (uur-)loon is opgenomen. De som van beide bedragen is € 11.236,63 (bruto).

2.8. Verval

De maatschap betoogt dat de vergoeding voor wettelijke vakantiedagen is vervallen, zes maanden na het voorafgaande jaar waarin deze zijn opgebouwd. Dit betoog volgt de kantonrechter niet. Verval van wettelijke vakantiedagen is, kort weergegeven, in het leven roepen om opsparen van vakantiedagen tegen te gaan en de recuperatiefunctie van vakantieverlof onaangetaast te laten. Niet in het geding is dat de werkneemster daadwerkelijk verlof heeft genoten, zodat van verval van aanspraken geen sprake is. Hiervoor is overwogen en beslist dat deze daadwerkelijk opgeno-

men vakantie-uren onbetaald zijn gelaten, zodat er een loonvordering is ontstaan. Geen rechtsregel bepaalt dat deze loonvordering het vervalregime van de wettelijke vakantiedagen dient te volgen.

2.9. Verrekening

De maatschap betoogt voorts dat zij het bedrag dat thans voor genoten vakantiedagen wordt toegewezen, kan verrekenen met het uitbetaalde loon, nu het minst genomen de bedoeling was in het loon de vergoeding voor vakantiedagen te incorporeren. Ook dit betoog volgt de kantonrechter niet. Zoals hiervoor is overwogen heeft rechte te gelden dat in het loon geen deel was opgenomen voor vakantie-uren, nu niet transparant en duidelijk is beschreven welk deel van het loon dit dan betrof. De loonvordering ter grootte van de vakantieaanspraken betreft dus nog uit te betalen loon voor de genoten vakantie-uren die, zoals ook in de arbeidsovereenkomst is opgenomen, onbetaald zijn gebleven. Van verrekening kan derhalve geen sprake zijn.

2.10. Wettelijke verhoging

De door de werkneemster gevorderde wettelijke verhoging zal worden afgewezen. Uit artikel 7:625 BW volgt weliswaar dat wanneer het in geld vastgestelde loon door de werkgever niet tijdig wordt voldaan en dit aan de werkgever is toe te rekenen, de werknemer aanspraak heeft op een verhoging wegens vertraging, maar dit is bedoeld om te dienen als prikkel voor de werkgever om het loon tijdig te voldoen. In de omstandigheden van het geval, waarbij naar het oordeel van de kantonrechter aannemelijk is dat de maatschap zich er niet van bewust was dat zij nog loon verschuldigd was en ook overigens de werkneemster pas geruime tijd na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst om uitbetaling daarvan is gaan vragen, bestaat onvoldoende grond om een verhoging wegens vertraging toe te kennen.

2.11. Wettelijke rente

De vordering van de werkneemster tot betaling van wettelijke rente vanaf de dag van opeisbaar worden van haar vorderingen acht de kantonrechter te onbepaald, zodat die rente zal worden toegewezen vanaf de dag van dagvaarding.

2.12. Buitengerechtelijke incassokosten

De werkneemster heeft bij dagvaarding correspondentie in het geding gebracht (producties 5, 6 en 7) waaruit blijkt dat (ook door haar gemachtigde) is getracht om buiten rechte voldoening van haar vordering te verkrijgen. Gelet op artikel 6:96

lid 2, onder c BW, de hoogte van het hierna toe te wijzen bedrag en artikel 2 van het Besluit voor vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten zal voor die werkzaamheden een bedrag van € 1.073,72 inclusief btw worden toegewezen.

2.13. Hoofdelijkheid

De maatschap en haar beide vennoten zullen hoofdelijk worden veroordeeld om aan dit vonnis te voldoen. Dit betekent dat wanneer een van hen een betaling verricht, de ander van die verplichting (tot hetzelfde bedrag) is bevrijd.

3. De proceskosten

3.1. Gezien de uitkomst van de procedure zullen de maatschap en haar vennoten hoofdelijk worden veroordeeld in de proceskosten van de werknemers. Die kosten bedragen in totaal € 1.182,91 en bestaan uit € 106,91 voor de dagvaarding, € 476,= voor het griffierecht en € 600,= (2 punten, gerelateerd aan de hoogte van de toe te wijzen som) voor het salaris van de gemachtigde van de werknemers.

3.2. De in de dagvaarding begrepen “kosten info DBR” zijn niet toewijsbaar nu daarvoor een wettelijke grondslag ontbreekt. Niet valt in te zien dat kosten in verband met (het raadplegen van) het digitaal beslagregister waarvoor deze vergoeding wordt gevorderd, noodzakelijk zijn gemaakt voor de goede verrichting van de betreffende ambtshandeling, in casu het uitbrengen van de dagvaarding, zoals bedoeld in artikel 9 lid 1, onder a van het Besluit tarieven ambtshandelingen gerechtsdeurwaarders.

3.3. Ten slotte wordt overwogen dat de kantonrechter over onvoldoende gegevens beschikt om eventuele nakosten (voorwaardelijk) te begroten. De vordering tot betaling van nakosten kan daarom in deze procedure niet worden toegewezen.

4. De beslissing

De kantonrechter:

- veroordeelt gedaagden hoofdelijk om ter zake van loon aan de werknemers te betalen een bedrag van € 11.236,63 bruto, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 5 december 2017 tot de dag van algehele voldoening;
- veroordeelt gedaagden hoofdelijk om ter zake van buitengerechtelijke incassokosten aan de werknemers te betalen een bedrag van € 1.073,72 inclusief btw;

– veroordeelt gedaagden hoofdelijk in de proceskosten van de werknemers, vastgesteld op € 1.182,91;

– verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

– wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Onder «JAR» 2019/82

mr. M. Faber

advocaat bij Wijn & Stael Advocaten

85

Niet-naleven van spelregels maakt staking niet onrechtmatig

Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht

24 januari 2019, nr. C/16/474010 / KG ZA 19/44 LH/1040

(mr. Slootweg)

Niet-naleven “spelregels” maakt staking niet onrechtmatig. Stakingsmiddel niet prematuur nu oude cao verlopen is en belang bestaat bij een nieuwe.

[ESH art. 6 aanhef en onder 4, G; BW art. 6:2]

FNV en CNV zijn partij bij de ondernemings-cao van de werkgever, die gold tot en met 31 december 2018. Er hebben onderhandelingen plaatsgevonden over een nieuwe cao voor de duur van 18 maanden. Over een deel van de onderwerpen is overeenstemming bereikt, maar niet over loonsverhoging, aanpassing van de overwerkvergoeding en een resultaatsafhankelijke bonus. Na het laatste overleg van 12 december 2018 heeft de werkgever aangekondigd pas op 20 februari 2019 verder te willen praten. De vakbonden weigeren deze opschorting en stellen voor op 7 en 11 januari 2019 verder te onderhandelen, bij gebreke waarvan collectieve acties volgen. CNV heeft uiteindelijk besloten nog geen actie te gaan voeren; FNV wil dat wel. In dit kort geding vordert de