

ECLI:NL:GHSHE:2014:4950

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	25-11-2014
Datum publicatie	26-11-2014
Zaaknummer	HD 200.124.063_02
Rechtsgebieden	Arbeidsrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Vordering ter zake van (over)uren. Werknemer moet bewijs leveren van boven de overeengekomen 38 uur per week gemaakte uren.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR 2014/890 AR-Updates.nl 2014-1014 VAAN-AR-Updates.nl 2014-1014

Uitspraak

GERECHTSHOF s-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

zaaknummer HD 200.124.063/02

arrest van 25 november 2014

in de zaak van

1 [vennootschap] v.o.f.,

gevestigd te [vestigingsplaats],

en haar vennoten:

2. [appellant 2],

wonende te [woonplaats 1],

3. [appellante 3],

wonende te [woonplaats 1],

appellanten,

hierna tezamen in vrouwelijk enkelvoud aan te duiden als [vennootschap],

advocaat: mr. Ph.C.M. van der Ven te 's-Hertogenbosch,

tegen

[geïntimeerde],

wonende te [woonplaats 2],

geïntimeerde,

hierna aan te duiden als [geïntimeerde],

advocaat: mr. M. Strijks te Roermond,

op het bij exploit van dagvaarding van 6 februari 2013 ingeleide hoger beroep van het vonnis van de rechtbank Roermond, sector kanton van 7 november 2012, gewezen tussen [vennootschap] als gedaagden en [geïntimeerde] als eisers.

1 Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 327808/CV EXPL 12-39 EPD)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2 Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- het ambtshalve royement d.d. 2 juli 2013 en de hervatting d.d. 13 augustus 2013;
- de memorie van grieven;

- de memorie van antwoord met een productie;
- de (antwoord)akte van [vennootschap];
- de antwoordakte van [geïntimeerde].

Partijen hebben arrest gevraagd. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3 De beoordeling

3.1. De feiten

De door de kantonrechter vastgestelde feiten zijn niet betwist, zodat ook het hof van die feiten uitgaat. Deze komen neer op het volgende.

- [vennootschap] exploiteert een bakkerij en twee winkels in Poolse voedingsmiddelen en brood.
- [geïntimeerde] is per 1 februari 2010 voor bepaalde tijd, tot 31 juli 2010, voor 24 uur per week bij [vennootschap] in dienst getreden in de functie van verkoopster. De werkzaamheden werden verricht in de winkel van [vennootschap] te [plaats]. Het bij de schriftelijke arbeidsovereenkomst overeengekomen loon bedraagt 8,55 bruto per uur (889,01 per maand).
- Bij hernieuwde arbeidsovereenkomst is de arbeidsovereenkomst verlengd tot 1 mei 2011. Bij die overeenkomst zijn partijen overeengekomen dat [geïntimeerde] tot 1 juli 2010 24 uur per week zal werken voor een bedrag van 8,55 bruto per uur (889,01 per maand) en met ingang van 1 juli 2010 tegen een uurloon van 10,53 bruto (1.095,23 bruto per maand). Met ingang van 1 augustus 2010 bedroeg de omvang van de arbeidsovereenkomst minimaal 38 uur per week. Het uurloon bleef 10,53 bruto (1.734,12 bruto per maand).
- Op de arbeidsovereenkomst(en) is de CAO voor het Levensmiddelenbedrijf 1 april 2010 tot 1 april 2011 (hierna: de CAO) van toepassing.
- De arbeidsovereenkomst is inmiddels beëindigd per 31 januari 2011.

3.2. Het geschil in eerste aanleg

[geïntimeerde] heeft, na vermindering van eis, in eerste aanleg gevorderd, kort gezegd, hoofdelijke veroordeling van [vennootschap] tot:

- 1.- betaling van 9.356,70 bruto ter zake van loon (8.156,70) en vakantiegeld (1.200,=), te vermeerderen met de wettelijke verhoging en de wettelijke rente;
- 2.- verstrekking van een bruto-netto-specificatie van de onder 1. gevorderde betaling binnen 28 dagen na betekening van het vonnis op verbeurte van een dwangsom van 200,= per dag of dagdeel dat [vennootschap] daaraan niet zal voldoen;
- 3.- betaling van de buitengerechterlijke incassokosten van 714,=;
- 4.- betaling van de proceskosten, te vermeerderen met de nakosten en de wettelijke rente vanaf 14 dagen na dagtekening van het vonnis.

[geïntimeerde] heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat zij veel meer uren heeft gewerkt dan de omvang van de arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter heeft de vordering ter zake van het loon en het vakantiegeld toegewezen [op 0,05 na; het hof gaat ervan uit dat dat een kennelijke verschrijving is] vermeerderd met de wettelijke verhoging van 10% en de wettelijke rente over een en ander. Verder is de vordering ter zake van de bruto-netto-specificatie toegewezen en is [vennootschap] veroordeeld in de proceskosten. De

vordering ter zake van de buitengerechtelijke incassokosten werd afgewezen.

3.3. Het aantal gewerkte uren

Partijen zijn het niet eens over het aantal door [geïntimeerde] gewerkte uren.

In de periode tot en met juli 2010 was volgens de arbeidsovereenkomst 24 uur per week overeengekomen; in de periode met ingang van augustus 2010 minimaal 38 uur.

De standpunten van partijen zijn in onderstaande tabel opgenomen.

volgens [geïntimeerde] volgens [vennootschap] (cf loonstroken, zie echter ook hierna)

februari 2010 192 uren 96 uren

maart 2010 213 uren 112 uren

april 2010 211 uren 104 uren

mei 2010 205 uren 104 uren

juni 2010 208 uren 104 uren

juli 2010 150 uren 104 uren

1.179 uren 624 uren

augustus 2010 205 uren 168 uren

september 2010 211 uren 166 uren

oktober 2010 208 uren 160 uren

november 2010 205 uren 168 uren

december 2010 171 uren 174 uren

januari 2011 197 uren 84 uren

1.197 uren 920 uren

De op de loonstroken vermelde uren komen volgens [geïntimeerde] niet overeen met de werkelijk gewerkte uren. Zij heeft niet betwist dat de (netto) bedragen op de hiervoor bedoelde loonstroken zijn uitbetaald.

[geïntimeerde] heeft gesteld dat zij in de periode van februari tot en met juli 2010 603 overuren heeft gemaakt en de periode augustus 2010 tot en met januari 2011 285 overuren.

Uit de bovenstaande tabel volgt echter dat dit - in de optiek van [geïntimeerde] - $1.179 - 624 = 555$ uren resp. $1.197 - 920 = 277$ uren zouden moeten zijn. In hoger beroep heeft [geïntimeerde] zich aangesloten bij de berekening van de kantonrechter in r.o. 4.7. van het vonnis waarvan beroep, welke berekening is gebaseerd op de openingstijden van de winkel waar [geïntimeerde] werkte, zie hierna.

[vennootschap] heeft gesteld dat zij conform de arbeidsovereenkomst(en) de uren zoals vermeld op de salarisstroken heeft uitbetaald. In randnummer 18 van de memorie van grieven gaat zij echter uit van 728 uit te betalen uren over februari t/m juli 2010 en 988,02 uren over augustus 2010 tot en met januari 2011.

Nu [vennootschap] ook zelf meent dat de loonstroken niet juist zijn voor wat betreft het aantal gewerkte en uit te betalen uren, kan naar het oordeel van het hof aan de ondertekening van de (meeste) loonstroken door [geïntimeerde] alleen al om die reden geen waarde gehecht worden.

3.3.1. De kantonrechter heeft als gezegd voor de berekening van het aantal door [geïntimeerde] gewerkte uren aansluiting gezocht bij de openingstijden van de winkel te [plaats] waar [geïntimeerde] werkte.

De openingstijden van de winkel waren volgens [geïntimeerde]:

maandag van 13.00 tot 18.00 uur

dinsdag, woensdag en vrijdag van 10.00 tot 18.00 uur

donderdag van 10.00 tot 21.00 uur

zaterdag van 9.00 tot 17.00 uur,

totaal 47 uur per week.

[geïntimeerde] heeft verder gesteld dat zij als enige verkoopster in de winkel werkzaam was, voor de winkel verantwoordelijk was en dat zij ook buiten de openingstijden werkte om de winkel te poetsen, de schappen te vullen en enige administratie te voeren.

[vennootschap] heeft gesteld dat de openingstijden van de winkel waren:

maandag van 12.00 tot 17.00 uur

dinsdag t/m vrijdag van 12.00 tot 19.00 uur

zaterdag van 9.00 tot 14.00 uur,

totaal 38 uur per week.

Verder heeft [vennootschap] erkend dat [geïntimeerde] als enige verkoopster in de winkel werkte, maar gesteld dat [geïntimeerde] vaak op woensdag niet werkte en dat zij op andere dagen soms werd vervangen, bijvoorbeeld door [appellante 3] (conclusie van antwoord randnummer 11).

De kantonrechter is er - wegens onvoldoende weerspreking door [vennootschap] - van uitgegaan dat de winkel 47 uur per week open was. Verder is de kantonrechter ervan uitgegaan dat [geïntimeerde] gedurende al deze uren werkte. Dat [geïntimeerde] wel eens werd afgelost maakt dat volgens de kantonrechter niet anders en verder is gesteld noch gebleken dat sprake is van een structureel rooster waaruit kan worden afgeleid dat [geïntimeerde] andere uren werkte dan de openingsuren van de winkel. [vennootschap] moet als werkgever een goede administratie, waaronder begrepen de uren, bijhouden, aldus de kantonrechter.

3.3.1. [geïntimeerde] heeft 5 grieven aangevoerd. Met de grieven 1 en 2 heeft [vennootschap] bestreden dat de winkel gedurende 47 uur per week was geopend en dat zij dat onvoldoende zou hebben betwist en voorts dat dat zou betekenen dat de arbeidsomvang van [geïntimeerde] dan ook 47 uur per week bedroeg. Met grief 3 heeft [vennootschap] de door de kantonrechter gemaakte berekening bestreden. Het hof zal eerst de grieven 1, 2 en 3 behandelen.

3.3.2. [vennootschap] heeft naar het oordeel van het hof voldoende betwist dat de openingstijden van de winkel 47 uur bedroegen. In zoverre acht het hof het oordeel van de kantonrechter niet juist. Grief 1 slaagt in zoverre.

Uit de specificatie van het aantal gewerkte dagen en uren op de loonstroken kan worden afgeleid dat [vennootschap] [geïntimeerde] in de periode februari 2010 tot en met juli 2010 heeft uitbetaald op basis van 3 dagen per week van 8 uur per dag en in de periode van augustus 2010 tot en met januari 2011 op basis van 5 dagen per week van ca. 7,5 uur per dag. Voor wat betreft de eerstgenoemde periode is dit in tegenspraak met de eigen stelling van [vennootschap] met betrekking tot de openingstijden en de door [geïntimeerde] gewerkte uren. [vennootschap] heeft immers zelf gesteld dat de winkel gedurende 38 uur per week geopend was en dat er in beginsel vanuit moet worden gegaan dat [geïntimeerde] 38 uur per week werkte (memorie van grieven randnummers 10, 12, 17). Het hof gaat daarom van tenminste dat aantal gewerkte uren per week uit gedurende de gehele in het geding zijnde periode. In dat verband is van belang dat [vennootschap] naar het oordeel van het hof onvoldoende heeft betwist dat [geïntimeerde] niet steeds gedurende de openingstijden van de winkel heeft gewerkt. [vennootschap] heeft immers erkend dat [geïntimeerde] de enige verkoopster was. [vennootschap] heeft in dat licht, ook in hoger beroep, onvoldoende concreet en onderbouwd gesteld dat [geïntimeerde] soms, door bijvoorbeeld [appellante 3], werd vervangen. In hoger beroep stelt [vennootschap] overigens slechts dat aangetoond is dat [geïntimeerde] niet steeds alleen in de winkel aanwezig was (memorie van grieven randnummer 13). Die stelling zegt echter niets over afwezigheid van

[geïntimeerde].

Van belang is verder dat vast staat dat [vennootschap] geen urenadministratie heeft bijgehouden, hetgeen wel op haar weg had gelegen, mede gelet op het bepaalde in artikel 6 lid 3 van de CAO.

Gelet op het voorgaande gaat het hof ervan uit dat [geïntimeerde] gedurende de gehele periode in ieder geval 38 uur per week heeft gewerkt. Op basis daarvan komt aan [geïntimeerde] (over de periode van februari 2010 tot en met juli 2010 - over de periode van augustus 2010 tot en met december 2010 is [geïntimeerde] reeds op basis van 38 uur per week uitbetaald - in ieder geval nog toe:

{520 (totaal uitbetaalde uren tot en met juni 2010) : 24 uren = 21,7 weken x 38 uren =} 823,3 uren - 520 uren = 303,3 uren x 8,55 bruto per uur = 2.593,50 *bruto*

en over juli 2010: {104 uren : 24 uren = 4,3 weken x 38 uren} = 164,7 uren - 104 uren = 60,7 uren x 10,53 bruto = 639,17, is totaal 3.232,67.

[vennootschap] heeft er geen verklaring voor gegeven waarom zij in januari 2011 10 dagen niet heeft uitbetaald; in randnummer 18 van de memorie van grieven gaat zij zelf uit van 38 uur per week tot 1 februari 2011. Over januari 2011 komt [geïntimeerde] daarom in ieder geval nog (84 uren : 11 dagen x 21 dagen = 160,4 uren - 84 uren =) 76,4 uren x 10,53 bruto = 804,50 *bruto* toe. Totaal dient [geïntimeerde] derhalve in ieder geval nog te ontvangen

3.232,67 + 804,50 = 4.037,17 bruto.

Het is aan [geïntimeerde] om haar stelling ten aanzien van de gemaakte (over)uren te bewijzen in die zin dat zij dient te bewijzen dat en hoeveel uren zij heeft gewerkt boven 38 uur per week. Het is aan [geïntimeerde] hoe zij dat bewijs wenst te leveren en derhalve of en in hoeverre zij dat bewijs wenst te leveren met de gestelde openingstijden van de winkel gedurende 47 uur per week. De door [geïntimeerde] overgelegde verklaringen (prod. 8 en 9 bij brief aan de kantonrechter van 4 april 2010) acht het hof onvoldoende voor dat bewijs.

3.4. Het vakantiegeld

Het nog te ontvangen vakantiegeld heeft [geïntimeerde] in eerste aanleg geschat op 8% van 15.000,= bruto = 1.200,= bruto.

Onbetwist is dat [geïntimeerde] recht heeft op bruto vakantiegeld van 8% over het bruto loon. [geïntimeerde] heeft niet gesteld dat de berekeningen van het vakantiegeld op de loonstroken van juni 2010 (355,50 bruto) en januari 2011 (periode 1.2; 853,94 bruto) over hetgeen feitelijk aan bruto loon is uitbetaald, onjuist zijn.

Wel heeft zij gesteld nooit vakantiegeld te hebben ontvangen.

[vennootschap] heeft in eerste aanleg gesteld dat zij conform de genoemde loonstroken van juni 2010 en januari 2011 het vakantiegeld heeft uitbetaald.

De kantonrechter heeft wel rekening gehouden met de betaling van het vakantiegeld op de loonstrook van juni 2010, maar niet met de betaling van de eindafrekening van het vakantiegeld op de loonstrook van januari 2011. Hiertegen heeft [vennootschap] niet gegriefd.

[geïntimeerde] heeft naar het oordeel van het hof gelet hierop in ieder geval recht op 853,94 *bruto* en verder, op grond van het in r.o. 3.3.2. overwogene, op 8% van 4.037,17 bruto =

322,97 *bruto*, is samen 1.176,91. Of [geïntimeerde] recht heeft op het restant van haar vordering (1.200,= - 1.176,91 =) 23,09 hangt af van de uitkomst van de bewijzlevering.

3.5. De wettelijke verhoging

Grief 4 is gericht tegen de toewijzing van de (gematigde) wettelijke verhoging. Tegen het door de kantonrechter gehanteerde percentage van 10 aan wettelijke verhoging heeft [vennootschap] op zichzelf niet gegriefd. Ook het hof zal daarom dit percentage toepassen. Dit dient in ieder geval te

worden berekend over de hiervoor in 3.3.2. en 3.4. genoemde bedragen van 4.037,17 en 1.176,91. Over die bedragen en de wettelijke verhoging daarover is ook de wettelijke rente verschuldigd.

3.6. Slotsom

Aan [geïntimeerde] wordt de in het dictum te vermelden bewijsopdracht verstrekt. Het hof merkt in dat verband nog op dat hij niet tegemoet komt aan het verzoek van [geïntimeerde] om [vennootschap] haar administratie te laten overleggen. Vast staat immers dat [vennootschap] geen urenadministratie heeft bijgehouden, terwijl het hof er - op het vakantiegeld op de loonstrook van 2011 na, waartegen door [vennootschap] niet is gegriefd - evenals de kantonrechter vanuit gaat dat de bedragen op de loonstroken aan [geïntimeerde] zijn uitbetaald. Aan de administratie kan derhalve niets ter zake dienende worden ontleend.

Het hof ziet - anders dan [vennootschap] - geen aanleiding voor toepassing van artikel 21 Rv. Volledigheidshalve merkt het hof op deze plaats op, dat, voor zover [vennootschap] bedoeld heeft zich (ook in hoger beroep) te beroepen op rechtsverwerking, dat beroep faalt. Enkel tijdsverloop is voor rechtsverwerking immers niet voldoende.

Iedere verdere behandeling van de grieven 1 tot en met 4 wordt aangehouden. Hetzelfde geldt voor grief 5, waarmee [vennootschap] opkomt tegen de proceskostenveroordeling in eerste aanleg.

Het hof kan echter zich voorstellen dat partijen op basis van hetgeen in dit arrest is overwogen alsnog tot een minnelijke regeling zullen kunnen komen. Mede met dat doel zijn de bedragen van hetgeen door [vennootschap] in ieder geval verschuldigd is in dit arrest opgenomen.

4 De uitspraak

Het hof:

laat [geïntimeerde] toe te bewijzen dat en hoeveel uren zij boven 38 uren per week in de periode februari 2010 t/m januari 2011 voor [vennootschap] heeft gewerkt;

bepaalt, voor het geval [geïntimeerde] bewijs door getuigen wil leveren, dat getuigen zullen worden gehoord ten overstaan van mr. C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden als raadsheer-commissaris, die daartoe zitting zal houden in het Paleis van Justitie aan de Leeghwaterlaan 8 te 's-Hertogenbosch op een door deze te bepalen datum;

verwijst de zaak naar de rol van 9 december 2014 voor opgave van het aantal getuigen en van de verhinderdata van partijen zelf, hun advocaten en de getuige(n) in de periode van 4 tot 12 weken na de datum van dit arrest;

bepaalt dat de raadsheer-commissaris na genoemde roldatum dag en uur van het getuigenverhoor zal vaststellen;

bepaalt dat de advocaat van [geïntimeerde] tenminste zeven dagen voor het verhoor de namen en woonplaatsen van de te horen getuigen zal opgeven aan de wederpartij en aan de civiele griffie;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, J.P. de Haan en I. Bouter en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 25 november 2014.