

RECHTSPRAAK

werknemer/Mama Maria c.s.

Ondertekening ontslagbrief leidt niet tot einde arbeidsovereenkomst wegens ontbreken wil werknemer. Flexwerker met o-urencontract heeft recht op loon ex artikel 7:629 BW over representatieve periode

Werknemer (52 jaar) is op 9 april 2009 als medewerker bediening in dienst getreden bij Mama Maria. Mama Maria exploiteert een restaurant. Het betrof een zogenoemd o-urencontract voor de bepaalde tijd van zes maanden, derhalve eindigende op 8 oktober 2009. In de arbeidsovereenkomst is vermeld dat het brutoloon van werknemer € 8,39 per uur bedraagt. Op de arbeidsovereenkomst was de CAO voor het horeca- en aanverwante bedrijf van toepassing verklaard (hierna: de cao). Op 10 mei 2009 is werknemer arbeidsongeschikt geworden ten gevolge van hartklachten. Hij heeft bij brief van 12 mei 2009 bevestigd dat hij zich die dag telefonisch heeft ziek gemeld. Sedertdien heeft werknemer niet meer voor Mama Maria gewerkt. Werknemer heeft vanaf die periode geen loon meer ontvangen. Hij vordert zowel nakoming van het (hogere) cao-loon alsook uitbetaling van loon tijdens ziekte. Volgens Mama Maria heeft werknemer zelf ontslag genomen. Daartoe heeft Mama Maria twee documenten overgelegd alwaar werknemers handtekening onder staat. Werknemer betwist niet dat de handtekeningen van hem zijn, maar stelt zich op het standpunt in de veronderstelling te verkeren dat hij een arbeidsovereenkomst tekende (en niet een ontslagbrief). Hij spreekt de Nederlandse taal niet goed en partijen voerden op de werkvloer de Engelse taal.

Het hof oordeelt als volgt. Anders dan Mama Maria heeft betoogd is de schriftelijke verklaring van werknemer, zoals die in de ontslagbrief is neergelegd, niet voldoende voor het door haar te leveren bewijs. Van belang zijn immers de omstandigheden waaronder de brief is ondertekend en daarvan blijkt uit de brief zelf niet. Het hof neemt bovendien in aanmerking dat de brief niet door werknemer maar door Mama Maria is opgesteld. Het is aan Mama Maria te bewijzen dat werknemer haar op 9 mei 2009 te kennen heeft gegeven dat hij ontslag wilde nemen en dat zij hem de ontslagbrief heeft laten tekenen nadat zij zich er voldoende van had vergewist dat werknemer werkelijk ontslag wilde nemen. Naar het oordeel van het hof is Mama Maria niet geslaagd in dit bewijs. Nu de arbeidsovereenkomst na 9 mei 2009 heeft voortgeduurd, komt de vraag aan de orde of werknemer aanspraak heeft op loon over de periode dat de arbeidsovereenkomst na die datum heeft voortgeduurd, zoals hij met een beroep op artikel 7:629 BW vordert. Mama Maria betwist niet dat werknemer op 10 mei 2009 arbeidsongeschikt is geworden en stelt evenmin dat die ziekte niet tot en met (in ieder geval) 8 oktober 2009 heeft voortgeduurd. Zij voert aan dat er sprake was van een o-urencontract en

dat zij niet van plan was werknemer na 9 mei 2009 nog in te roosteren. Het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW en het bepaalde in artikel 19 lid 2 sub c van de cao kunnen werknemer niet helpen omdat de arbeidsovereenkomst tussen partijen nog geen drie maanden heeft geduurd. Een flexwerker heeft pas recht op doorbetaling van loon tijdens ziekte als de arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, aldus Mama Maria. Het hof leest evenwel een dergelijke beperking niet in artikel 19 lid 2 sub c cao. Bij de bepaling van de hoogte van het aan de werknemer toekomende loon moet dan worden uitgegaan van het gemiddeld aantal gewerkte uren per week in de periode dat wel is gewerkt tenzij werkgever of werknemer gemotiveerd aangeeft dat het in die periode gewerkte aantal uren niet representatief is. Volgt vernietiging van het vonnis van de kantonrechter en toewijzing vordering werknemer.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-12-2011

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7878

Zaaknummer: 200.087.056/01

Rechters: S.F. Schütz, A.M.A. Verscheure en R.J.M. Smit

Advocaten: M.A.C. Vijn en D. van der Klomp

Wetsartikelen: CAO voor het horeca- en aanverwante bedrijf, 7:629 BW, 3:44 BW en 3:35 BW