

RECHTSPRAAK

werknemer/Restaurant Pizzeria Maria

Werknemer nulurencontract komt beroep toe op artikel 7:610b BW. Vaststellen referteperiode

Werknemer (24 jaar) heeft bij Restaurant Pizzeria Maria werkzaamheden verricht als horecamedewerker, aanvankelijk als pizzakoerier en later ook in de keuken. De overeenkomst is niet schriftelijk vastgelegd en loon is steeds contant aan het eind van de werkdag uitbetaald. Volgens werknemer is hij op 5 november 2009 op staande voet ontslagen, nadat een gerechtsdeurwaarder beslag wilde leggen op zijn 'zwartloot' en werkgever geen pottenkijkers in zijn keuken wenste. Pizzeria Maria stelt zich op het standpunt dat sprake is van een oproepovereenkomst en dat werknemer sinds 5 november 2009 simpelweg niet meer is opgeroepen. Werknemer heeft doorbetaling van zijn loon gevorderd vanaf 5 november 2009, waarbij hij uitgaat van een gemiddeld 25-urige werkweek à € 6 netto per uur tot 1 juni 2010 en à € 7,20 netto per uur vanaf 1 juni 2010, te vermeerderen met wettelijke verhoging en wettelijke rente, vakantiebijslag vanaf indiensttreding. Volgens de kantonrechter is geen sprake geweest van structurele arbeid en in die situatie is er geen ruimte voor een beroep op artikel 7:610b BW.

Het hof oordeelt als volgt. Wanneer, ondanks een nulurencontract, sprake blijkt van structurele oproepen, kan er reden zijn om te oordelen dat de arbeidsrelatie niet meer zo vrijblijvend voor de werkgever is en dat er de facto een arbeidsovereenkomst met een bepaalde minimale omvang is. Daarbij kan het bepaalde in artikel 7:610b BW behulpzaam zijn: het rechtsvermoeden omtrent de omvang van de arbeid. Daarnaast is artikel 7:628 BW met ingang van 1 januari 1999 gewijzigd, waardoor een werkgever, die zijn werknemer geen werk aanbiedt, zich sindsdien niet zonder meer kan beroepen op gebrek aan werk ter afwering van een loonvordering. Anders dan in eerste aanleg heeft werknemer nu een beroep gedaan op het rechtsvermoeden ten aanzien van de omvang van de arbeid, en als referteperiode genomen de eerste negen maanden in 2008 waarin hij gemiddeld 65,5 uur werkte. Zou het hof mogen uitgaan van de door Pizzeria Maria erkende oproepen en de peildatum van 5 november 2009 als einddatum voor de referteperiode van de voorgaande drie maanden, zoals is vermeld in artikel 7:610b BW, dan leidt dat tot de conclusie dat het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW werknemer niet helpt: de omvang van de bedongen arbeid is op grond van dat vermoeden nul. Voor verlenging van die referteperiode met bijvoorbeeld de maanden vanaf april 2009 ziet het hof, uitgaande van de opgave van de werkgever, geen aanleiding, omdat er voorafgaande aan de periode van 4 maanden waarin in 2009 wel gewerkt is door werknemer een periode van een halfjaar is geweest waarin hij niet heeft gewerkt. Over dat halve jaar heeft werknemer,

zo heeft Pizzeria Maria terecht opgemerkt, ook geen aanspraak gemaakt op loondoorbetaling, hetgeen een bevestiging vormt van de juistheid van de opgave van Pizzeria Maria over die maanden. Een arbeidsomvang van gemiddeld 65,5 uur per maand is dan ook het maximum waarop werknemer, uitgaande van het overzicht van Pizzeria Maria, met ingang van 5 november 2009 naar het oordeel van het hof aanspraak zou kunnen maken. Pizzeria Maria heeft geen tegenbewijs geleverd tegen het rechtsvermoeden van een arbeidsomvang van ten hoogste 65,5 uur per maand. Het enkele gegeven dat werknemer in de periode van oktober 2008 tot en met maart 2009 – gelet op het feit dat werknemer over die periode geen salaris heeft gevorderd – kennelijk met wederzijdse instemming niet is opgeroepen, is daarvoor niet voldoende. Ook is de opmerking dat werknemer sterk wisselende inkomsten genoot, niet voldoende als tegenbewijs. Dat is nu eenmaal eigen aan een nulurencontract en vormt ook de achtergrond van de introductie van het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. Het voorgaande brengt mee dat de grieven 1 tot en met 3 in ieder geval gedeeltelijk gegrond zijn. Gelet op de overgelegde loonstroken gaat het hof uit van een netto uurloon van € 5,50. Uitgaande van gemiddeld 65,5 uur per maand komt dat neer op € 360,25 netto per maand, ingaande 5 november 2009.

De zaak wordt aangehouden voor nadere bewijslevering ter zake de vakantiebijslag. Volgens Pizzeria Maria is deze verdisconteerd in het loon, maar dit blijkt niet uit de specificaties. Artikel 17 WMM geeft beperkte afwijkingsmogelijkheden, zodat nadere bewijsvoering geboden is.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 22-10-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:7959

Zaaknummer: 200.118.061-01

Rechters: K.E. Mollema en M.E.L. Fikkers

Advocaten: E.J.M. Brocatus en H.J.F. Dullemond

Wetsartikelen: 7:610b BW en 17 WMM