

RECHTSPRAAK

werknemer/O&A Detachering

Referteperiode bij vermoede arbeidsomvang ex artikel 7:610b BW na ontslag op staande voet. Geen matiging loonvordering, ondanks verrichten van werk voor derden.

Werknemer (geboren 1958) is sinds 2005 werkzaam voor O&A Detachering (detachering in de bouw). Vanaf 16 februari 2010 is werknemer arbeidsongeschikt. Op 8 maart 2010 heeft werkgever in een gesprek met werknemer en een aantal andere collega's gesproken over de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten wegens economische omstandigheden in de bouw. Op 11 maart is werknemer op staande voet ontslagen, omdat hij werkgever (meermalen) zou hebben beledigd en bedreigd.

Het hof oordeelt als volgt. Van bedreiging of belediging is niets komen vast te staan. Daarmee is de dringende reden ongegrond. Werknemer heeft derhalve recht op loon. Te beoordelen is dan of die loonaanspraak moet worden gebaseerd op een arbeidsomvang van 40 uren per week zoals werknemer stelt, of op basis van 29,75 uren per week zoals O&A verdedigt. Aangezien de omvang van de arbeidsduur niet eenduidig is overeengekomen in een vast aantal uren per week is er aanleiding het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW toe te passen. Hoewel juist is dat dit rechtsvermoeden is bedoeld om de processuele positie van de werknemer te versterken kan ook de werkgever daar een beroep op doen (*Handelingen I* 1997/98, 29, p. 1513 en een bijlage 'Reactie op door mr. Kuip gesignaleerde knelpunten in de wet Flexibiliteit en Zekerheid' (p. 16 onder a) bij de nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 1998/99, 26257, nr. 7). Op basis van artikel 7:610b BW is de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in de drie voorafgaande maanden aan het ontslag door O&A berekend op 29,75 uren per week. Die berekening is cijfermatig onvoldoende door werknemer betwist. Het rechtsvermoeden is dus dat de arbeid gemiddeld een omvang had van 29,75 uren per week. Het hof is echter van oordeel dat dit rechtsvermoeden door werknemer is weerlegd. Hij heeft aan de hand van de laatste loonstrook van 2009 – dat een cumulatief overzicht geeft over het hele jaar 2009 van de gewerkte dagen, salaris enzovoort – berekend dat hij dat jaar gemiddeld meer dan 40 uren per week heeft gewerkt. Dit is onvoldoende gemotiveerd weersproken door O&A. Naar het oordeel van het hof geeft dat overzicht een beter en representatiever beeld van de gemiddelde omvang van de arbeid kort voor het ontslag dan de loonstroken van 1 januari 2010 tot en met 11 maart 2010. Die laatste (korte) periode kenmerkt zich door relatief veel afwezigheid wegens ziekte, terwijl er in de weken waarin werknemer niet ziek was ook regelmatig 40 uren werd gewerkt, en er daarnaast sprake was van een serieuze afname van het beschikbare werk. Om die laatste reden heeft O&A begin maart 2010

gestreefd naar beëindiging op korte termijn van de arbeidsovereenkomst van werknemer en vier van zijn collega's. Gelet op het voorgaande zal de loonaanspraak van werknemer worden gebaseerd op een arbeidsomvang van 40 uren per week.

Met betrekking tot de matiging van de loonvordering oordeelt het hof aldus. Dat de nieuwe dienstbetrekking (per mei 2010) een grond voor matiging is acht het hof onvoldoende onderbouwd. Daarbij is van belang dat werknemer onweersproken heeft gesteld dat O&A van zijn nieuwe dienstbetrekking reeds ten tijde van het kort geding in juli 2010 op de hoogte was, hetgeen bevestiging vindt in het proces-verbaal van dat kort geding. Gesteld noch gebleken is dat O&A toen (1) werknemer alsnog heeft opgeroepen te komen werken of te re-integreren en hij daar geen gehoor aan gaf, of (2) de rechter tevergeefs heeft verzocht de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden. Van belang is voorts dat de stelling van O&A dat toewijzing van de volledige loonvordering vanwege haar financiële situatie tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden, gemotiveerd en met stukken onderbouwd door werknemer is weersproken en O&A daar onvoldoende op is ingegaan.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 23-09-2014

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2014:3545

Zaaknummer: 200.112.978/01

Rechters: R.S. van Coevorden, V. Disselkoen en H.M. Wattendorf

Advocaten: S.J.E. Loontjes en W.H.J.W. de Brouwer

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:680a BW