

RECHTSPRAAK

Arbeidsongeschikte werknemer met oproepovereenkomst heeft recht op loondoorbetaling ex artikel 7:629 BW. Werknemer heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat zijn inzet structureel was en hij niet slechts incidenteel werd opgeroepen, zodat hem een beroep op artikel 7:610b BW toekomt.*Feiten*

Werknemer is op 18 juli 2018 als beveiligers op oproepbasis in dienst getreden bij VGN Security B.V. (hierna: VGN). De arbeidsovereenkomst is tweemaal verlengd, laatstelijk tot en met 10 juli 2020. In de arbeidsovereenkomst is geen arbeidsomvang vastgelegd. Wel is bepaald dat werknemer werkzaamheden zal verrichten na oproep door VGN en dat hij niet verplicht is aan een oproep gehoor te geven. Op 15 januari 2020 heeft werknemer zich na een auto-ongeluk ziek gemeld bij VGN. Daarna heeft VGN werknemer niet meer opgeroepen en heeft zij werknemer geen loon doorbetaald. Op de overeenkomst zijn de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de CAO voor de Particuliere Beveiliging (hierna: de cao) van toepassing. Een aanvraag door werknemer tot toekenning van een Ziektewetuitkering is op 1 mei 2020 door het UWV afgewezen op grond van het feit dat werknemer een arbeidsovereenkomst met VGN had. Werknemer vordert in kort geding doorbetaling van loon totdat een rechtsgeldig einde komt aan de arbeidsovereenkomst. Werknemer heeft zijn primaire vordering tot betaling van loon gebaseerd op artikel 7:629 lid 1 BW. Hij heeft een beroep gedaan op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW en stelt dat de gemiddelde arbeidsomvang 79 uur per vier weken bedraagt. VGN heeft daartegen aangevoerd dat zij slechts gehouden is tot betaling van loon, indien de ziekte zich voordoet in een oproepperiode en dat is volgens VGN niet het geval.

*Oordeel**Rechtsvermoeden*

De kantonrechter overweegt als volgt. Vast staat dat partijen een arbeidsovereenkomst hebben gesloten waarin geen vaste arbeidsomvang is overeengekomen. In beginsel betekent dit dat werknemer geen recht heeft om opgeroepen te worden, tenzij een structuur in de oproepen is ontstaan en/of de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt. Daar is in dit geval sprake van. VGN stelt het rechtsvermoeden te hebben weerlegd omdat werknemer volgens haar slechts voor één enkele dienst werd opgeroepen en het hem vrij stond om een oproep te weigeren. Dit betoog faalt. Weerlegging van het rechtsvermoeden kan plaatsvinden indien het werken van meer uren dan is overeengekomen niet structureel

van aard is. VGN heeft echter niet betwist dat het aantal door werknemer gewerkte uren in periode 7 tot en met 13 gemiddeld 79 uur per vier weken bedroeg. Werknemer heeft dus voldoende aannemelijk gemaakt dat zijn inzet structureel was en hij niet slechts incidenteel werd opgeroepen. Daarbij geldt dat ook als wel sprake zou zijn van een fluctuerende inzet, dit niet zonder meer het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW weerlegt. Voorts heeft VGN aangevoerd dat werknemer geen beroep kan doen op het rechtsvermoeden, omdat VGN hem in december 2019 een aanbod voor vaststelling van de arbeidsomvang ex artikel 7:628a lid 5 BW heeft gedaan en werknemer dit aanbod niet heeft aanvaard. De vraag nog daargelaten of het weigeren van een aanbod ex artikel 7:628a lid 5 BW ertoe leidt dat een werknemer geen beroep kan doen op artikel 7:610b BW, geldt dat werknemer heeft betwist dat hij een dergelijk aanbod heeft ontvangen.

Referteperiode

De door werknemer geopperde referteperiode acht de kantonrechter niet representatief. De kantonrechter sluit voor het vaststellen van de arbeidsomvang aan bij de referteperiode zoals die in artikel 14 van de cao is bepaald. Uit die referteperiode blijkt dat de arbeidsomvang gemiddeld 70 uur per vier weken bedraagt.

Loonvordering ex artikel 7:629 BW

VGN is op de voet van artikel 7:629 BW gehouden het loon door te betalen overeenkomstig artikel 72 van de cao. Gelet op het uurloon van werknemer wordt een bruto vierwekelijks loon van € 871,50 toegewezen vanaf 15 januari 2020 tot 10 juli 2020.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 27-07-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2020:3707

Zaaknummer: 8531197 \ CV EXPL 20-2497

Rechters: E. Loesberg

Advocaten: I. Rhodes en V.A.E. levels

Wetsartikelen: 7:610b BW, 7:628a BW en 7:629 BW