

RECHTSPRAAK

Rechtsvermoeden arbeidsomvang door referteperiode vastgesteld. Niet werken als toeristengids in verband met coronamaatregelen valt in de risicosfeer van werkgever die aanspraak heeft op NOW-regeling.*Feiten*

Werknemer is met ingang van 15 maart 2017 in dienst getreden van werkgeefster op basis van een oproepovereenkomst voor onbepaalde tijd met uitgestelde prestatieplicht. Bij brief van 13 januari 2020 heeft werkgeefster aan werknemer op basis van artikel 7:628a BW een arbeidsovereenkomst aangeboden met een omvang van 28 uur. In de brief is opgenomen dat indien werknemer het aanbod niet accepteert, hij onder zijn oude arbeidsovereenkomst werkzaam blijft. Werknemer heeft het aanbod niet aanvaard en bij brief van 7 maart 2020 aan werkgeefster verzocht zijn arbeidsovereenkomst te wijzigen naar 18 uur per week op grond van artikel 7:610b BW. Werkgever heeft afwijzend op dit verzoek gereageerd. Werknemer heeft vervolgens op 7 mei 2020 aan werkgever meegedeeld het niet eens te zijn met de hoogte van zijn loon. Werknemer is sinds de start van de lockdown in verband met het coronavirus, halverwege maart, niet meer opgeroepen om te komen werken, waarna werkgeefster heeft besloten het salaris van april aan te vullen tot het gemiddeld aantal gewerkte uren in de maanden januari, februari en maart 2020. Werknemer geeft in de brief aan het niet eens te zijn met deze referteperiode, nu dit volgens hem geen representatieve periode betreft, doordat deze maanden in het laagseizoen vielen en werknemer in die periode twee keer verlof heeft opgenomen. Werknemer vordert dat werkgeefster bij vonnis veroordeeld wordt tot betaling van het salaris gebaseerd op een arbeidsomvang van 28 uur per week zolang de arbeidsovereenkomst voortduurt. Ook vordert hij betaling van achterstallig salaris vanaf april 2020 tot en met juni 2020. Daartoe stelt hij dat op basis van het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW sprake is van een arbeidsomvang van 28 uur per week.

*Oordeel**Arbeidsomvang*

Het verweer van werkgeefster dat de regeling van artikel 7:628a BW een beroep op het rechtsvermoeden in de weg staat, wordt door de kantonrechter verworpen. Dat werknemer niet wenste in te stemmen met een arbeidsovereenkomst met een omvang van 28 uur maakt niet dat hij heeft ingestemd met een arbeidsomvang van nul uren. De enkele omstandigheid dat werknemer en werkgeefster in 2017 een nulurenarbeidsovereenkomst zijn aangegaan, maakt dit niet anders, nu de feitelijke invulling van partijen de laatste jaren anders was. Aannemelijk is volgens de kantonrechter dat werknemer de feitelijke invulling heeft willen voortzetten. Werknemer heeft voorts onvoldoende gesteld dat het hele jaar 2019 als referteperiode heeft te gelden. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat werknemer een maand daarvoor de 28 uur per week geen reden vond om in te gaan op het aanbod van werkgeefster. De omstandigheid dat in de toeristenbranche sprake is van wisselende periodes is daarvoor evenzeer onvoldoende, nu het niet de bedoeling is om alleen de periode waarin het meest gewerkt is als referteperiode te gebruiken. Dit maakt dat geen feiten en omstandigheden in het geding zijn gebracht die een andere referteperiode rechtvaardigen.

Artikel 7:628 BW

Het verweer van werkgeefster dat de aanspraak van werknemer moet worden afgewezen nu hij niet heeft gewerkt en dit op grond van artikel 7:628 BW voor zijn rekening dient te komen, wordt verworpen. Met ingang van de Wet arbeidsmarkt in balans geldt namelijk het adagium 'geen arbeid, wel loon, tenzij'. Voor beide partijen geldt dat de coronacrisis als een onvoorziene omstandigheid heeft te gelden. De stelling van werkgeefster dat werknemer op het moment dat hij het aanbod van werkgeefster afwees, willens en wetens het risico heeft geaccepteerd dat in verband met de pandemie er minder werk voor hem zou zijn, houdt geen stand. Dat in redelijkheid de gevolgen van de coronacrisis voor rekening van werknemer dienen te komen, is in dit geding niet aannemelijk. Hier is immers sprake van een exceptionele omstandigheid die niet zonder meer in de risicosfeer van werknemer of werkgeefster valt. Doorslaggevend voor de belangenafweging is de omstandigheid dat werkgeefster in aanmerking is gekomen voor de NOW-regeling van de overheid. De bedoeling van deze regeling is om salarissen door te betalen. Indien nu het risico in de gegeven omstandigheden voor het niet kunnen werken niet bij werkgeefster, maar bij werknemer zou worden neergelegd, mist de NOW-regeling in dit geval haar werking en ontvangt werkgeefster een vergoeding zonder dat daar een loonprestatie van werkgeefster jegens werknemer tegenover staat. Dit alles leidt ertoe dat de vorderingen van werknemer niet toewijsbaar zijn omdat hij geen loonaanspraak heeft voor 28 uur per week. Wel heeft werknemer aanspraak op doorbetaling van zijn loon op basis van het gemiddelde aantal uren over de referteperiode van januari, februari en maart 2020.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 03-09-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:4354

Zaaknummer: 8652571 KK EXPL 20-424

Rechters: E. Pennink

Advocaten: D. Griffiths en B. Bostancieri-Dinc

Wetsartikelen: 7:61o BW, 7:61ob BW, 7:628 BW en 7:628a BW