

RECHTSPRAAK

Werkneemster maakt onvoldoende aannemelijk dat ook na uitbreiding van de arbeidsduur tot 31 januari 2019 een arbeidsovereenkomst voor de duur van 34 uur per week bestond. Werkgeefster kan het door haar nadien te veel betaalde bedrag alsnog in de maanden daarop verrekenen.

Feiten

Werkneemster is per 1 april 2008 op basis van een arbeidsovereenkomst BBL in dienst getreden bij HappyKids voor 16,5 uur per week in de functie van pedagogisch medewerker in opleiding voor de duur van de opleiding. Op de arbeidsovereenkomst is de cao Kinderopvang 2018-2019 voor kindercentra en gastouderbureaus (hierna: de cao) van toepassing verklaard. Sinds 1 april 2010 is werkneemster op basis van een aanvulling op voormelde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij HappyKids in dienst voor 25,5 uur per week in de functie van teamleidster. Partijen zijn op 12 september 2017 overeengekomen dat de arbeidsduur voor de periode van één jaar, van 1 november 2017 tot en met 31 oktober 2018, werd uitgebreid van 25,5 tot 30,12 uur per week. Partijen zijn op 5 februari 2018 overeengekomen dat de arbeidsduur voor de periode van één jaar, van 1 februari 2018 tot en met 31 januari 2019, werd uitgebreid tot 34 uur per week. Werkneemster heeft zich op 1 februari 2019 ziek gemeld. Op grond van artikel 5.10 van de cao dient bij ziekte en arbeidsongeschiktheid over de eerste zes maanden 100% van het loon te worden doorbetaald. HappyKids heeft werkneemster over de maanden februari 2019 tot en met juli 2019 (100%) loon uitbetaald op basis van een arbeidsduur van 34 uur per week. Over augustus 2019 heeft HappyKids werkneemster geen loon uitbetaald. HappyKids heeft zich beroepen op verrekening met hetgeen zij stelt werkneemster te veel te hebben betaald over de periode februari 2019 tot en met juli 2019. Op het salaris over september 2019 heeft tevens een gedeeltelijke inhouding plaatsgevonden. Als gevolg van dit een en ander is werkneemster uiteindelijk tot en met september 2019 loon betaald op basis van een arbeidsduur van 25,5 uur per week. In eerste aanleg in kort geding heeft werkneemster gevorderd dat HappyKids bij wege van voorlopige voorziening zou worden veroordeeld tot onder meer voortzetting van de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 februari 2019 met een omvang van 34 uur per week en betaling van achterstallig loon over de maanden augustus en september 2019. De kantonrechter heeft de vorderingen toegewezen.

Oordeel

Voortzetting arbeidsovereenkomst met een omvang van 34 uur per week

Happykids stelt onder meer dat werkneemster vanaf 1 februari 2019 niet meer inzetbaar was als pedagogisch medewerker op de onderhavige 'bso-uren' (de extra-uren per 1 februari 2018) en dat werkneemster de extra uren slechts ter overbrugging heeft ingevuld, omdat zij tijdelijk vrijvielen. HappyKids stelt voorts dat werkneemster vestigingsmanager is en geen pedagogisch medewerker en dat het voor haar te duur is om werkneemster structureel in laatstgenoemde functie te werk te stellen. Bovendien kon werkneemster de vacature, waarvoor zij volgens de kantonrechter op grond van artikel 4.1 lid 8 van de cao in aanmerking kwam, feitelijk niet per 1 februari 2019 vervullen, omdat zij toen ziek was. Werkneemster, die in eerste aanleg de door de kantonrechter toegepaste cao-bepaling niet aan haar vorderingen ten grondslag had gelegd, heeft op deze stellingen niet gereageerd en ze dus evenmin betwist. Bij deze stand van zaken acht het hof het onvoldoende aannemelijk dat de bodemrechter op deze grondslag zal oordelen dat tussen partijen ook na 1 februari 2019 een arbeidsovereenkomst voor de duur van 34 uur per week bestond. Werkneemster heeft zich in eerste aanleg tevens beroepen op het in artikel 7:610b BW neergelegde rechtsvermoeden. Dit beroep slaagt niet. In de aanvulling van 5 februari 2018 op de arbeidsovereenkomst is immers uitdrukkelijk opgenomen dat de in de arbeidsovereenkomst overeengekomen arbeidsduur voor de periode van 1 jaar van 1 februari 2018 t/m 31 januari 2019 zal worden gewijzigd naar 34 uur per week. Hiermee is voormeld vermoeden genoegzaam weerlegd. De conclusie uit al het voorgaande is dat de bij het bestreden vonnis uitgesproken veroordelingen, voor zover deze zijn gebaseerd op een tussen partijen geldende arbeidsovereenkomst met een duur van 34 uur per week, alsnog moeten worden afgewezen omdat voorshands dient te worden uitgegaan van een arbeidsduur van 25,5 uur per week.

Loonvorderingen augustus en september 2019

Resteert de vraag of werkneemster in verband met het door HappyKids niet betalen van het loon over augustus 2019 en het gedeeltelijk niet betalen van het loon over september 2019 nog aanspraken jegens HappyKids kan doen gelden, zulks op basis van een overeengekomen arbeidsduur van 25,5 uur. Dat is niet het geval. Op zich is duidelijk dat HappyKids het loon over genoemde maanden in strijd met het bepaalde in artikel 7:632 lid 2 BW heeft verrekend tot onder het wettelijk minimumloon. Met de loonvordering over augustus en (pro resto) september 2019 op basis van een arbeidsduur van 25,5 uur per week zijn echter, voor zover het loon over die maanden door HappyKids niet verrekend mocht worden, slechts geringe bedragen gemoeid. Bovendien kan HappyKids bij toewijzing van enig bedrag ter zake vervolgens het per saldo door haar over de periode 1 februari 2019 tot en met 31 juli 2019 aan werkneemster te veel betaalde bedrag alsnog in de maanden daarop verrekenen. Werkneemster heeft in appèl geen feiten en omstandigheden gesteld op grond waarvan moet worden geoordeeld dat zij bij een loonvordering over genoemde maanden op basis van een arbeidsduur van 25,5 uur per week een voldoende spoedeisend belang heeft. Om die reden zal het hof ook de desbetreffende vorderingen alsnog afwijzen. De slotsom is dat het bestreden vonnis zal worden vernietigd, dat de door werkneemster gevraagde voorlopige voorzieningen alsnog zullen worden geweigerd en dat werkneemster zal worden veroordeeld tot terugbetaling aan HappyKids van al hetgeen laatstgenoemde haar uit hoofde van het

bestreden vonnis heeft betaald.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-10-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:2886

Zaaknummer: 200.274.496/01

Rechters: R.J.M. Smit, A. van Zanten-Baris en I.A. Haanappel-van der Burg

Advocaten: B.M. Sadza

Wetsartikelen: 7:610b BW, 7:632 BW, 7:668 BW, 7:668a BW en art. 4.1 cao Kinderopvang 2018-2019