

## RECHTSPRAAK

***Bepaling in Cao Beroepsgoederenvervoer over loon tijdens ziekte is in strijd met artikel 7:629 BW. Werknemer had tijdens arbeidsongeschiktheid recht op 100% doorbetaling, ook over weekendtoeslagen. Deze zijn een vast en structureel onderdeel van het loon.****Feiten*

Werknemer is op 9 april 2010 in dienst getreden bij werkgever in de functie van chauffeur voor 16 uur per week. Werknemer verrichtte zijn werkzaamheden bij werkgever op de zaterdag en zondag. Op de arbeidsovereenkomst zijn de bepalingen van de Cao Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen van toepassing (hierna: de cao). Per 8 september 2016 heeft het UWV een WIA-uitkering toegekend aan werknemer. Bij brief van 12 april 2017 is werkgever namens werknemer gesommeerd tot betaling van € 32.168,83 bruto aan achterstallig salaris, inclusief vakantiegeld en wettelijke verhoging. Bij brief van 3 mei 2017 is namens werkgever aan werknemer geschreven dat hij niet zal voldoen aan de sommatie, omdat werkgever tijdens ziekte van zijn werknemers het salaris conform de cao uitbetaalt, werknemer niet aan zijn re-integratieverplichtingen heeft voldaan en in strijd heeft gehandeld met artikel 15 van zijn arbeidsovereenkomst (verbod op nevenwerkzaamheden en non-concurrentiebeding), waardoor werknemer boetes heeft verbeurd. Partijen twisten over het voorgaande.

*Oordeel**Nevenwerkzaamhedenbeding*

Uit de overgelegde uittreksels van de Kamer van Koophandel (KvK) blijkt verder dat werknemer op 18 juni 2009 een eenmanszaak heeft opgericht, aldus vóór zijn indiensttreding bij werkgever. Dat werkgever werknemer, ondanks de mededelingen aan leidinggevende, nooit eerder zou hebben aangesproken op zijn eigen onderneming, doet daaraan niet af. Het verweer van werknemer dat hij erop mocht vertrouwen dat het nevenwerkzaamhedenbeding ten aanzien van hem niet zou worden gehandhaafd, wordt aldus verworpen. Alhoewel de kantonrechter met werknemer van oordeel is dat het enkele zich inschrijven in de KvK en het verkrijgen van een NIWO-vergunning niet noodzakelijkerwijs betekent dat werknemer daadwerkelijk werkzaamheden heeft verricht, kwalificeren deze gedragingen wel als overtreding van het nevenwerkzaamhedenbeding, zodat werknemer in beginsel de in artikel 19 van de arbeidsovereenkomst opgenomen contractuele boetes verbeurt. Ten aanzien van de inhoud en strekking van het beding overweegt de kantonrechter dat de boete bij overtreding €

5.000 bedraagt, vermeerderd met een boete van € 500 per dag voor elke dag dat de overtreding voortduurt. De kantonrechter komt tot de conclusie dat de toepassing van het onderhavige boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Daarbij is met name van belang dat werkgever niet heeft aangegeven dat hij daadwerkelijk schade heeft geleden en dat sprake was van een arbeidsovereenkomst van slechts 16 uur per week. Deze omstandigheden nopen tot een vergaande matiging van de boete. De kantonrechter acht een matiging tot nihil echter te ver gaan. Al met al is een matiging van de boete tot een bedrag van € 5.000 op zijn plaats.

#### *Hoogte loon tijdens ziekte*

Vast staat dat werkgever tot 12 september 2014 aan werknemer altijd de weekendtoeslagen uit hoofde van artikel 13 van de cao heeft betaald. Gedurende de arbeidsongeschiktheid van werknemer heeft werkgever die toeslagen niet doorbetaald. Uit artikel 16 van de cao volgt dat het loon bij ziekte – voor zover van belang – bestaat uit (1) het functieloon en (2) het bedrag dat de werknemer gemiddeld gedurende de periode van 52 weken voorafgaande aan de eerste dag van arbeidsongeschiktheid heeft ontvangen aan overuren, zaterdag- en zondaguren voor zover deze de 40 uur per week overschrijden en de toeslagen van 50% en 100% over deze uren. Niet in geschil is dat werkgever het salaris van werknemer gedurende zijn arbeidsongeschiktheid conform de cao heeft uitbetaald. De kantonrechter is met werknemer van oordeel dat onverkorte toepassing van artikel 16 van de cao – gelet op de daarin opgenomen 40-ureneis met betrekking tot de weekenduren – in zijn geval tot strijdigheid met artikel 7:629 BW leidt. De weekendtoeslagen maakten voor werknemer een vast en structureel onderdeel uit van zijn loon. Werknemer werkte bij werkgever immers alleen op de zaterdagen en zondagen, waarvoor hij ook structureel de weekendtoeslagen conform de cao ontving. Omdat het recht van doorbetaling van loon tijdens ziekte zich op grond van het bepaalde in artikel 7:629 lid 8 BW in samenhang met artikel 7:628 lid 3 BW ook uitstrekt tot vaste en structurele onderdelen van het loon, wordt met artikel 16 lid 1 onder d van de cao afgeweken van artikel 7:629 lid 1 BW. Afwijking van dit artikel ten nadele van de werknemer is niet mogelijk, tenzij sprake is van de uitzondering geformuleerd in lid 9 van dat artikel, hetgeen niet het geval is. Een cao-bepaling die in strijd is met een dwingendrechtelijke wettelijke bepaling is nietig. Dit betekent dat werkgever, conform artikel 7:629 BW en 7:628 BW gedurende de arbeidsongeschiktheid van werknemer ook de weekendtoeslagen had moeten betalen. Tussen partijen is verder in geschil of werknemer recht heeft op doorbetaling van 70% van zijn loon tijdens ziekte (conform art. 7:629 lid 1 BW), of op 100% (conform art. 16 lid 2 van de cao). Met werknemer is de kantonrechter van oordeel dat het is toegestaan om ten voordele van de werknemer af te wijken van een dwingendrechtelijke wettelijke bepaling. Uit artikel 16 lid 2 van de cao volgt een aanvulling op het loon tijdens ziekte van artikel 7:629 lid 1 BW. Deze cao-bepaling is dan ook niet nietig. Dat hiermee sprake is van cherrypicking door werknemer, zoals werkgever aanvoert, volgt de kantonrechter niet. Nietigheid van een gedeelte van een cao-bepaling betekent immers niet dat het overige van die bepaling daarmee ook nietig is. Het voorgaande betekent dat werknemer tijdens zijn arbeidsongeschiktheid recht had op 100% doorbetaling van zijn loon, inclusief de weekendtoeslagen.

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland  
**Datum uitspraak:** 02-12-2020  
**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2020:10692  
**Zaaknummer:** 8098233 \ CV EXPL 19-15379  
**Rechters:** R.I.V. Scherpenhuijsen Rom  
**Advocaten:** C.A.B. Zeevenhooven en M. Westhoeve  
**Wetsartikelen:** 7:629 BW en 6:94 BW