

RECHTSPRAAK

Arbeidsomvang structureel op hoger niveau dan de overeengekomen arbeidsduur. Als afwezigheid standaard wordt opgevangen door collega's impliceert dat dat structureel sprake is van extra uren ten opzichte van de overeengekomen uren. Referentieperiode van één jaar.*Feiten*

Werkneemster is op 1 mei 2012 bij werkgever in dienst getreden als medewerkster algemeen schoonmaakonderhoud. Zij was aanvankelijk werkzaam voor bepaalde tijd en vanaf 11 december 2013 voor onbepaalde tijd. Werkneemster was van 11 december 2018 tot en met 22 februari 2019 arbeidsongeschikt. Zij heeft vervolgens enkele weken gewerkt, maar zich op 1 april 2019 weer ziek gemeld. Die arbeidsongeschiktheid duurt tot op heden voort. Bij vonnis in kort geding van 12 juli 2019 heeft de kantonrechter geoordeeld dat het er voorshands voor moet worden gehouden dat geen sprake is van een arbeidsomvang op een structureel hoger niveau dan de overeengekomen 19,25 uren per week en dat dus het beroep van werkneemster op artikel 7:610b BW faalt. Werkneemster is in hoger beroep gekomen van dit vonnis en bij arrest van 24 maart 2020 heeft het gerechtshof te Den Haag geoordeeld dat artikel 7:610b BW wel van toepassing is en dat de bedongen arbeid van werkneemster wordt vermoed een omvang te hebben van 27,4 uren per week. De vraag ligt voor of de arbeidsomvang van werkneemster zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur van 19,25 uren per week.

Oordeel

Vast staat dat werkneemster gedurende haar dienstverband extra uren heeft gewerkt, in die zin dat zij meer uren heeft gewerkt dan de overeengekomen 19,25 uren. Naar de stelling van werkgever ging het daarbij steeds om tijdelijke vervanging van zieke, zwangere of afwezige collega's, hetgeen ook als zodanig is geadministreerd, en waarvoor uitdrukkelijk in de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat daarbij sprake is van incidenteel en geen structureel werk. Volgens de arbeidsovereenkomst is pas sprake van structureel werk wanneer dit besproken is met werkneemster, schriftelijk bevestigd en vastgelegd tijdens de (lopende) overeenkomst. Aan deze bepaling in de arbeidsovereenkomst wordt echter geen doorslaggevende betekenis toegekend, gelet op het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610b BW. Ziekte, zwangerschap en afwezigheid van werknemers c.q. collega's zijn inherent aan vrijwel iedere bedrijfsvoering. Als dergelijke afwezigheid standaard wordt opgevangen door collega's impliceert dat dat structureel sprake is van extra uren ten opzichte van de eigen, overeengekomen uren. Voorts geldt dat door de jaren heen een stijgende lijn zichtbaar is in

het totaal aantal uren (inclusief vakantie- en ziekte-uren) van werknemster (1.161,25 in 2016, 1.244 in 2017 en 1.331,75 in 2018). Ook dat duidt erop dat structureel sprake is van meer uren dan het overeengekomen aantal uren. Gelet op de lange duur van de verhoogde arbeidsomvang en de stijgende lijn, kan niet worden volgehouden dat sprake is van incidentele extra uren. De vraag die vervolgens moet worden beantwoord is welke referentieperiode moet worden aangehouden voor het bepalen van de arbeidsomvang van werknemster. De berekening van de arbeidsomvang dient naar het oordeel van de kantonrechter in dit geval niet te worden gebaseerd op de drie maanden voorafgaande aan de laatste ziekmelding van werknemster op 1 april 2019, maar over een langere – meer representatieve – periode. De ziekteperiode van werknemster van 11 december 2018 tot en met 22 februari 2019 valt immers voor een groot gedeelte in genoemde periode van drie maanden en in die periode kon vanwege de ziekte van werknemster geen sprake zijn van extra werk. Dat wordt niet representatief geacht. Voorts geldt dat werknemster in (grotendeels) de maanden januari tot en met maart 2018 ook een langere periode ziek is geweest, zodat het evenmin representatief wordt geacht om slechts uit te gaan van maanden waarin werknemster niet ziek was en wel een bovengemiddeld aantal uren werkte. Gelet daarop wordt een periode waarin zowel sprake was van ziekte als van een bovengemiddeld aantal uren, representatief geacht voor het bepalen van de arbeidsomvang. De kantonrechter acht de meest representatieve periode dan ook de periode van een jaar voorafgaande aan de ziekmelding op 1 april 2019, nu daarin zowel een ziekteperiode valt als een periode van bovengemiddeld veel extra uren. Uit praktische overwegingen wordt daarbij gerekend met de periodes van 24 maart 2018 tot en met 23 maart 2019. Opgeteld is daarbij sprake van 1315,5 uren (werkuren, ziekte-uren en vakantie-uren), hetgeen uitkomt op een gemiddeld aantal uren van 25,3 per week. Nu het gerechtshof in het arrest van 24 maart 2020 de arbeidsomvang heeft bepaald op 27,4 uren per week en werkgever is veroordeeld salaris aan werknemster te betalen op basis van die arbeidsomvang en werkgever dat ook heeft gedaan, zal werknemster thans worden veroordeeld tot (terug)betaling aan werkgever van het te veel betaalde salaris.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 22-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:3669

Zaaknummer: 8616530 CV EXPL 20-3115

Rechters: W.A.M. Schellekens en G.A.F.M. Wouters

Advocaten: E.R. Chel en G. Grijs

Wetsartikelen: 7:610b BW