

## RECHTSPRAAK

***Kort geding. Werkgever moet aan kelner achterstallig salaris betalen, omdat hij aan hem geen aanbod voor een vaste arbeidsomvang heeft gedaan (art. 7:628a BW).****Feiten*

Werknemer is op 4 februari 2019 bij Sumo, een Aziatisch restaurant, op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in dienst getreden in de functie van kelner. Het betrof een arbeidsovereenkomst met een gemiddelde arbeidsduur van vijf uur per week. Deze arbeidsovereenkomst is tweemaal stilzwijgend verlengd. Op 8 mei 2020 zijn partijen een vaststellingsovereenkomst aangegaan. Daarin is opgenomen dat in de maanden april en mei 2020 het loon op basis van 50 uur per maand zou worden betaald en dat vanaf juni 2020 alleen de opgeroepen en gewerkte uren werden uitbetaald in afwijking van de overeengekomen vijf uur per week. Na september 2020, als de coronamaatregelen zouden worden versoepeld, zou verder worden overlegd. Op 1 oktober 2020 heeft Sumo het einde van de derde arbeidsovereenkomst aangezegd per 4 november 2020. Vervolgens is werknemer opnieuw voor bepaalde tijd in dienst getreden op 5 juni 2021. Sumo heeft de arbeidsovereenkomst opgezegd op 7 juli 2021. Werknemer heeft telkens een verschillend aantal uren per maand gewerkt. Werknemer vordert in kort geding dat de kantonrechter Sumo veroordeelt tot betaling van achterstallig salaris. Hieraan legt werknemer ten grondslag dat hij werkzaam was op basis van een oproepovereenkomst, waardoor Sumo hem na twaalf maanden een aanbod voor een vaste arbeidsomvang had moeten doen, die ten minste gelijk is aan de gemiddelde arbeidsomvang in de voorafgaande periode van twaalf maanden (art. 7:628a lid 5 BW). Sumo heeft dit nagelaten en is daarmee het loon verschuldigd als bedoeld in artikel 7:628a lid 8 BW. Werknemer meent verder dat de gesloten vaststellingsovereenkomst nietig is, omdat deze in strijd is met dwingend recht. Sumo houdt vast aan de afspraken die zijn vastgelegd in de vaststellingsovereenkomst.

*Oordeel*

De kantonrechter merkt op dat tussen partijen niet in geschil is dat sprake is van een oproepovereenkomst als bedoeld in artikel 7:628a lid 9 BW. Sumo is daarom ingevolge artikel 7:628a lid 5 BW verplicht om aan werknemer een aanbod voor een vaste arbeidsomvang te doen. Vast staat dat Sumo een dergelijk aanbod niet heeft gedaan. Werknemer heeft daarom recht op loon over de arbeidsomvang in de voorafgaande periode van twaalf maanden. De vaststellingsovereenkomst van 8 mei 2020 met afwijkende afspraken brengt daarin geen

verandering. Uit de stellingen, overgelegde stukken en zijn verklaring ter zitting is voldoende aannemelijk geworden dat werknemer deze afspraken niet zou hebben gemaakt als hij op de hoogte zou zijn geweest van de verplichting van Sumo om een aanbod voor een vaste arbeidsomvang te doen op het moment dat de arbeidsovereenkomst twaalf maanden had geduurd. Gesteld noch gebleken is dat Sumo werknemer op deze verplichting harerzijds heeft gewezen, zodat werknemer daarvan niet wist en derhalve ook niet besepte van welke rechten hij afstand deed door het sluiten van de overeenkomst met Sumo. Dat is een wezenlijk verschil met de door Sumo geschetste situatie dat wel een aanbod voor een vaste arbeidsomvang was gedaan en werknemer vervolgens tot andere afspraken was gekomen met Sumo. Het verweer van Sumo dat als gevolg van de overeenkomst werknemer geen aanspraak kan maken op loon als bedoeld in artikel 7:628a lid 8 BW slaagt dan ook niet. Sumo is dan ook gehouden het loon te betalen over het aantal uren waarvoor zij verplicht was dat aanbod te doen aan werknemer. Het gevorderde achterstallige loon wordt toegewezen over de periode van 1 maart 2020 tot 4 november 2020.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 08-10-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2021:5723

**Zaaknummer:** 9399966 KK EXPL 21-586

**Rechters:** C.W. Inden

**Advocaten:** J.F. Overes en J. van der Voet

**Wetsartikelen:** 7:628a BW en