

RECHTSPRAAK

Kort geding. Arbeidsomvang is niet (eenduidig) overeengekomen. Voor de hoogte van het loon tijdens ziekte mocht werkgever uitgaan van de gemiddelde arbeidsomvang in de twaalf maanden voorafgaand aan de eerste ziektedag, omdat werkneemster werkzaam is in een branche die onderhevig is aan seizoenschommelingen.

Feiten

Werkneemster is op 17 februari 2020 bij werkgever in dienst getreden als chauffeur op basis van een nulurencontract voor de duur van één jaar. De Cao voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen (hierna: Cao BGV) is van toepassing verklaard. Na het einde van de arbeidsovereenkomst hebben partijen overleg gehad over het voortzetten van de arbeidsverhouding en het aantal te werken uren, maar zij hebben daarover geen overeenstemming bereikt. Wel is werkneemster voor werkgever blijven werken, in een arbeidsurenomvang die groter was dan vóór 17 februari 2021. Met ingang van 8 april 2021 heeft werkneemster zich ziekgemeld. Werkgever betaalt met ingang van die datum het loon op basis van de ziekengeldregeling. Partijen verschillen van mening over de hoogte van het door werkgever daarbij te hanteren loon. Werkneemster verzoekt de kantonrechter bij wege van voorlopige voorziening werkgever te veroordelen tot (door)betaling van het (achterstallige) salaris gebaseerd op een arbeidsomvang van 41,50 uur per week. Werkgever voert verweer.

Oordeel

De kantonrechter is van oordeel dat werkneemster een spoedeisend belang heeft bij haar verzoek. Het betreft immers een loonvordering en niet betwist is dat werkneemster voor haar levensonderhoud afhankelijk is van dat loon. Dat op dit moment wel loon wordt betaald, zij het op basis van een beperkt aantal uren van 27,76 basisuren en 1,15 overuren en werkneemster dus niet geheel verstoken is van inkomsten, maakt dat niet anders, temeer daar zij op korte termijn op zoek moet naar andere woonruimte en daarbij de hoogte van haar inkomsten mede bepalend is voor haar mogelijkheden op de woningmarkt. Tussen partijen is niet in geschil dat werkneemster na 17 februari 2021 nog werkte op basis van de arbeidsovereenkomst die na 17 februari 2021 'stilzwijgend' is voortgezet. De omvang van de arbeid is niet of niet eenduidig overeengekomen. Voor deze situatie geeft artikel 7:610b BW een rechtsvermoeden ter zake van de urenomvang, dat weerlegbaar is. In dat verband merkt de kantonrechter op dat sprake is van dwingend recht, maar dat cao's regelingen kunnen bevatten ter zake van overuren en meeruren, welke regelingen kunnen worden gebruikt ter weerlegging van dat rechtsvermoeden. Of het beroep op een cao in een bepaalde situatie

succes zal hebben, is afhankelijk van alle feiten en omstandigheden. Werkgever heeft zich beroepen op artikel 16 Cao BGV. In dit artikel is bepaald dat het loon bij ziekte ingevolge artikel 7:629 BW bestaat uit het functieloon, alsmede een persoonlijke toeslag en bedragen die de werknemer heeft ontvangen vanwege diverse toeslagen, overuren, zaterdag- en zondaguren enzovoort gedurende de periode van 52 weken voorafgaande aan de eerste dag van arbeidsongeschiktheid. Daarnaast heeft werkgever gesteld dat het aangewezen is uit te gaan van een langere periode dan drie maanden omdat sprake is van seizoenschommelingen in het aanbod van werk. De regering heeft bij de invoering van artikel 7:610b BW benadrukt dat de rechter kan uitgaan van een langere referentieperiode als het gaat om arbeid die zich met pieken en dalen aandient. De kantonrechter is van oordeel dat werkgever voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij opereert in een branche die onderhevig is aan seizoenschommelingen, onder andere beïnvloed door feestdagen en dat de periode van drie maanden voorafgaand aan de eerste arbeidsongeschiktheidsdag van werkneemster dus niet representatief was voor de arbeidsomvang waarin zij normaliter werkte. Dit betekent dat de kantonrechter in dit geval van oordeel is dat werkgever mocht uitgaan van de gemiddelde arbeidsomvang in de twaalf maanden voorafgaand aan de eerste arbeidsongeschiktheidsdag van werkneemster. Dit betekent dat werkgever aan werkneemster vanaf 8 april 2021 heeft betaald hetgeen hij op grond van de wet en Cao gehouden was te doen, zodat de vorderingen van werkneemster worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 31-12-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:7711

Zaaknummer: 9497791 KK EXPL 21-742

Rechters: R. Kruisdijk

Advocaten: M.D. Vrolijk en mr. S.L. Smits-Emons

Wetsartikelen: 7:610b BW