

RECHTSPRAAK

Rechtsvermoeden ontstaan arbeidsovereenkomst na ziekmelding van werknemer met nuluren-oproepovereenkomst. Geen afwijking van de wettelijke referteperiode.*Feiten*

Werknemer is vanaf 1 april 2015 bij werkgeefster in dienst op grond van een nuluren-oproepovereenkomst, waarin voor iedere oproep de Cao voor de Evenementen- en Horecabeveiliging 2016/2017 (hierna: de cao) van toepassing is verklaard. Werknemer is werkzaam geweest als servicemedewerker, vanaf 2017 als evenementenbeveiliger en vanaf 2018 als verkeersregelaar. Werknemer had last van mentale problemen. Werkgeefster is hiervan door zijn moeder op de hoogte gesteld. Op 12 augustus 2020 is werknemer weggelopen bij zijn werk als verkeersregelaar en kort erna is hij opgenomen bij de crisisdienst voor zijn mentale problemen. Uit een verzekeringsgeneeskundige rapportage van 31 augustus 2021 blijkt dat werknemer per 12 augustus 2020 als gevolg van ziekte niet geschikt is voor eigen werk. Volgens werknemer is een arbeidsovereenkomst tot stand gekomen met een arbeidsomvang van 38,5 uur per week. Hij stelt dat hij per 1 september 2019 recht heeft op loondoorbetaling van 28,5 uur per week en hij vordert loondoorbetaling vanaf zijn ziekmelding. Volgens werkgeefster is sprake van een oproepovereenkomst met voorovereenkomst. Werkgeefster doet ook een beroep op de cao waarin volgens haar artikel 7:628 lid 1 BW voor 60 maanden is uitgesloten en zij alleen bij ziekte hoeft te betalen.

Oordeel

Aan de kantonrechter wordt de vraag voorgelegd of werknemer een beroep kan doen op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. Tussen partijen was sprake van een nulurencontract en zij hebben de Cao Evenementenbeveiliger van toepassing verklaard op de afspraken tussen hen. Niet in geschil is dat de gemaakte afspraken kunnen worden gekwalificeerd als een zogenoemde 'voor-overeenkomst'. Volgens de kantonrechter is tussen partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan zonder een vastgestelde arbeidsomvang. In de periode van 1 april 2015 tot 1 januari 2019 is voldaan aan de voorwaarden van de ketenregeling, in die zin dat er minimaal zes arbeidsovereenkomsten zijn gesloten tussen partijen met tussentijds periodes van minder dan zes maanden. Werknemer kan een beroep doen op artikel 7:610b BW. Vaststaat dat werknemer van werkgever een aanbod voor een vaste arbeidsomvang van gemiddeld 35,5 uur per week heeft gehad op 25 februari 2020. Met dit aanbod is werknemer niet akkoord gegaan. De kantonrechter oordeelt dat werknemer onvoldoende heeft weerlegd dat hij niet vastgelegd wilde worden op een omvang van 35,5 uur per week. Met werknemer is uitgebreid besproken wat het aanbod inhield en dat werknemer

het aanbod heeft geweigerd, omdat hij geen verplichting wilde hebben om te werken. Met de conclusie dat werknemer het aanbod van 35,5 uur heeft geweigerd vanwege de flexibiliteit is dan niet goed verenigbaar het thans ingenomen standpunt van werknemer dat uit een deel van die periode het vermoeden moet worden afgeleid van een vaste arbeidsomvang van 38,5 uur per week, zelfs nog hoger dan de hem aangeboden 35,5 uur. Werknemer wilde zijn flexibiliteit behouden en heeft werk afgeslagen en in 2019 en 2020 een sterk wisselend aantal uren gewerkt. Voor de eerste zeven maanden van 2019 wordt daarom de loonvordering van werknemer niet toegewezen. Werknemer mag alsnog op een later moment een beroep doen op het rechtsvermoeden. Om aanspraak te maken op zijn loon vanaf zijn ziekmelding heeft werknemer dit gedaan. Werknemer heeft een referteperiode van een jaar als uitgangspunt genomen. De kantonrechter ziet geen aanleiding om af te wijken van de wettelijke referteperiode van drie maanden en neemt de maanden mei, juni en juli 2021 als uitgangspunt. In deze maanden is gemiddeld 23,23 uur gewerkt door werknemer. Werknemer heeft recht op doorbetaling van loon voor 23,23 uur per week vanaf 13 augustus 2020. Tussen partijen is op 1 augustus 2019 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan, met ten tijde van 13 augustus 2020 een omvang van 23,23 uur per week.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 09-03-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:1056

Zaaknummer: 9473461 UC EXPL 21-7009 MdG/51411

Rechters: M.J. Slootweg

Advocaten: A. Kouwenaar-de Coninck en J. Kramer

Wetsartikelen: 7:610a BW, 7:610b BW en 7:628 BW