

RECHTSPRAAK

Werknemer heeft tijdens arbeidsongeschiktheid op grond van de cao recht op doorbetaling van 95% van het overeengekomen loon. De bewijslast voor de in de cao opgenomen uitzondering voor deze aanvulling ligt bij de werkgever.

Feiten

Werkgever exploiteert een restaurant/pizzeria. Werknemer heeft op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden verricht voor werkgever als restaurantmanager vanaf 1 september 2017 parttime en vanaf 1 januari 2018 fulltime. Voordat werknemer op 1 januari 2018 fulltime in dienst kwam, werkte hij ook 20 uur per week voor Horizon B.V. Deze arbeidsovereenkomst is per 1 januari 2018 beëindigd, maar per 1 februari 2018 is werknemer daar weer in dienst getreden voor vijf uur per week. Vanaf 26 juni 2018 was op de arbeidsovereenkomst de algemeen verbindend verklaarde cao KHN Horeca van toepassing. In Artikel 7.2. en artikel 7.3 van deze cao zijn bepalingen opgenomen over de hoogte van het loon bij ziekte. Op 26 juli 2018 is werknemer arbeidsongeschikt geraakt. Op 7 augustus 2018 heeft werkgever werknemer op staande voet ontslagen. De kantonrechter heeft dit ontslag op staande voet vernietigd. In de onderhavige procedure vordert werknemer onder meer een verklaringen voor recht dat werkgever vanaf zijn eerste ziekte dag tot aan het eind van het dienstverband 95% van het overeengekomen loon moet betalen. Het verweer van werkgever berust op de stellingname dat de arbeidsongeschiktheid van werknemer het gevolg is geweest van opzet, grove schuld en/of verwijtbare nalatigheid van de zijde van werknemer, een en ander als bedoeld in artikel 7.3, onder 1.e van de cao. Ter onderbouwing van dit verweer heeft werkgever aangevoerd dat werknemer met klachten van een burn out is uitgevallen en dat deze klachten hun oorzaak vonden in de omstandigheid dat werknemer meer arbeidsuren werkte dan toegestaan door de Arbeidstijdenwet, mede doordat hij naast zijn werkzaamheden voor werkgever na 1 januari 2018 ook (weer) in dienst was getreden van Horizon B.V. Bij de wijziging van de arbeidsovereenkomst in een fulltime dienstverband was volgens werkgever overeengekomen dat werknemer niet langer voor dat bedrijf zou werken. Door per 1 februari 2018 daar toch weer in dienst te treden heeft werknemer die afspraak en een verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden geschonden.

Oordeel

Het hof is van oordeel dat het voor de beoordeling van het geschilpunt niet beslissend is of tussen partijen een afspraak bestond dat werknemer na wijziging van de bestaande arbeidsovereenkomst in een fulltime dienstverband niet langer meer voor Horizon B.V. zou

werken. Een tekortschieten in de nakoming van een dergelijke afspraak hoeft immers nog niet te betekenen dat de arbeidsongeschiktheid van werknemer een gevolg is van die tekortkoming. Of een dergelijke, partijen bindende, afspraak heeft bestaan en hetgeen werkgever daarover in de toelichting op grief 3 aanvoert, is dan ook verder voor de beoordeling niet relevant. Het beding waarover partijen met elkaar van mening verschillen staat niet op zichzelf, maar moet gelezen worden in de hele context van het thema “Vitaliteit”, hoofdstuk 7 van de cao. Het hof is van oordeel dat, gezien in de context van de cao en de aangehaalde bijlage III met de daarop gegeven toelichting, artikel 7.3 met zich brengt dat bij ziekte in beginsel een recht bestaat op een bovenwettelijke aanvulling van het loon tot 95% van het overeengekomen loon. Uit de aangehaalde toelichting bij bijlage III volgt dat een recht op aanvulling *vervalt* wanneer de werknemer zich niet aan de regels houdt die in de bijlage zijn opgenomen. Hier staat dus niet vermeld dat het recht op aanvulling pas *ontstaat* wanneer een werknemer wel aan de in de bijlage opgenomen regels heeft voldaan. In lijn met deze toelichting ligt de tekst van lid 2 van artikel 7.3. Ook de formulering van dit beding, meer in het bijzonder de toevoeging van ‘(meer)’, duidt op het bestaan van een recht dat vervalt bij het niet nakomen van de voorwaarden die daarvoor in lid 1 zijn gesteld. Een dergelijke uitleg sluit ook aan bij de wettelijke regeling in artikel 7:629 BW. Wanneer een werkgever zich op deze wettelijke uitzondering wil beroepen, zal het de werkgever zijn die de opzet aan de zijde van de werknemer moet stellen en aantonen. Zonder nadere verklaring in de cao of in een toelichting daarop, welke verklaring ontbreekt, valt niet in te zien waarom in geval van een discussie over de vraag of is voldaan aan de voorwaarden voor een aanspraak op een bovenwettelijke aanvulling een andere, hiervan afwijkende, bewijslastregeling zou moeten gelden. Tot slot betreft het hof bij zijn oordeel dat een andersluidende uitleg met zich zou brengen dat een werkgever de aanvulling op het loon tot 95% kan weigeren, wanneer een zieke werknemer ook niet zou kunnen aantonen (en eventueel in rechte zou hebben bewezen) dat hij heeft voldaan aan alle andere voorwaarden van artikel 7.3 lid 1. Het hof is van oordeel dat dit rechtsgevolg van een dergelijke uitleg zo niet onaanvaardbaar, dan in elk geval hoogst onwenselijk is.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 12-04-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:1176

Zaaknummer: 200.279.187_01

Rechters: R.J.M. Cremers, L.S. Frakes en B. Kloppert

Advocaten: K. van Overloop en P.H. Pijpelink

Wetsartikelen: 7:629 BW