

RECHTSPRAAK

Beroep op artikel 7:628a BW om de arbeidsovereenkomst tussen een tandarts en een mondhygiënist te kwalificeren als een oproepovereenkomst, slaagt niet. Er is sprake van één vast aantal uren per tijdvak tegen een vast basissalaris, waarbij de tijdstippen waarop arbeid wordt verricht zijn vastgelegd.*Feiten*

Werknemer is op 19 april 1999 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) werkgeefster. De laatste functie die hij vervulde, is die van mondhygiënist. Werknemer werkte tot 30 mei 2021 14 uur per week, namelijk op donderdag zeven uur en op vrijdag zeven uur tegen een brutobasissalaris van laatstelijk € 1.390,90 per maand. Werknemer heeft recht op een bonus. Op 27 november 2020 heeft werkgeefster om bedrijfseconomische redenen een ontslagaanvraag ingediend bij het UWV. Het UWV heeft toestemming verleend, waarbij is meegewogen dat werkgeefster heeft gesteld aansluitend aan de rechtsgeldige beëindiging van het dienstverband een arbeidsovereenkomst aan te bieden voor acht uur per week, met overigens gelijkblijvende arbeidsvoorwaarden. Werkgeefster heeft op 22 maart 2021 de arbeidsovereenkomst opgezegd met ingang van 30 mei 2021. In mei 2021 heeft werknemer zich ziekgemeld. De arbeidsovereenkomst tussen partijen is met ingang van 30 mei 2021 vervangen door een arbeidsovereenkomst voor acht uur per week tegen een brutobasissalaris van € 821,03 per maand exclusief 8% vakantiegeld. Werkgeefster heeft aan werknemer een pro rata-transitievergoeding betaald. Werknemer heeft in eerste aanleg verzocht om werkgeefster te veroordelen tot betaling van een (aanvullende) transitievergoeding. Voorts heeft werknemer betaling gevorderd van achterstallig loon, vakantietoeslag, een vergoeding wegens onregelmatige opzegging, de wettelijke rente en de wettelijke verhoging, alsmede een aantal verklaringen voor recht over de hoogte van het loon. De kantonrechter heeft deze verzoeken afgewezen. Werknemer voert in hoger beroep zes grieven aan.

Oordeel

Werknemer komt met grief 1 op tegen de vaststelling van de kantonrechter dat hij de nieuwe arbeidsovereenkomst heeft aanvaard. Volgens werknemer heeft hij weliswaar de nieuwe arbeidsomvang van acht uur per week aanvaard, maar heeft hij niet de hoogte van het variabele loon zoals door werkgeefster is gehanteerd, aanvaard. Naar het oordeel van het hof slaagt deze grief niet omdat niet is gebleken dat met de nieuwe arbeidsovereenkomst wijzigingen zijn gekomen in de grondslag van het variabele salaris van werknemer. Grief 2 is gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat de tussen partijen gesloten

arbeidsovereenkomst niet voldoet aan de in artikel 7:628a lid 9 BW gestelde voorwaarden voor een oproepovereenkomst. Het hof stelt voorop dat krachtens artikel 7:628a lid 9 BW van een oproepovereenkomst in de zin van artikel 7:628a BW sprake is indien de arbeidsomvang niet is vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid van ten hoogste een maand (of jaar). In het geval van werknemer is evenwel sprake van één vast aantal uren per tijdvak van een maand, waarbij de tijdstippen waarop de arbeid wordt verricht zijn vastgelegd. Dat werknemer daarnaast een variabel salaris kan verdienen dat afhankelijk is van de behandelingen die hij kan verrichten, en dat hij geen zekerheid heeft over die behandelingen en daarmee onzekerheid over de hoogte van zijn (variabele) salaris, maakt niet dat sprake is van een oproepovereenkomst in de zin van artikel 7:628a BW. Grief 3 is gericht tegen de afwijzing door de kantonrechter van de verzoeken van werknemer gebaseerd op artikel 7:628 lid 3 BW. Volgens werknemer heeft hij op grond van dat artikel niet alleen aanspraak op zijn basisloon, maar ook op het gemiddelde prestatieloon dat hij had kunnen verdienen, indien werkgeefster hem in staat had gesteld om gedurende de overeengekomen arbeidsuren behandelingen te verrichten. Volgens het hof slaagt deze grief niet omdat artikel 7:628 BW niet ten doel heeft dat de werknemer in dat geval, naast het basissalaris, aanspraak kan maken op betaling voor niet verrichte behandelingen. Het variabele deel van het salaris van werknemer over deze uren is dan ook in die zin niet aan te merken als loon in de zin van artikel 7:628 lid 3 BW, zodat werknemer daarop geen recht kan doen gelden. Grief 4 is gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat het door werkgeefster betaalde bedrag aan transitievergoeding niet gebaseerd is op een te laag loon. Deze grief slaagt naar het oordeel van het hof niet omdat werknemer voorafgaand aan 30 mei 2021 geen aanspraak op een hoger loon had. Met grief 5 bestrijdt werknemer het oordeel van de kantonrechter dat werkgeefster tot verrekening van te veel betaald loon met de transitievergoeding mocht overgaan. Ook aan deze grief legt werknemer ten grondslag dat hij minder loon heeft ontvangen dan dat hij had behoren te ontvangen. Volgens het hof is dat onjuist met als gevolg dat de grief faalt. Hetgeen uiteindelijk tot het oordeel leidt dat ook de grief 6 tegen de opgelegde proceskostenveroordeling faalt.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-12-2022

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2022:3526

Zaaknummer: 200.307.277/01

Rechters: G.C. Boot, M.L.D. Akkaya en A.S. Arnold

Advocaten: B. van Kasteel en A. Tel

Wetsartikelen: 7:628 BW, 7:628a BW, 7:669 lid 3 sub a BW