

# arrest

---

## GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.234.990  
(zaaknummer rechtbank Gelderland 6197225)

arrest van 21 mei 2019

in de zaak van

[REDACTED]

wonende te [REDACTED]  
appellante,  
in eerste aanleg: eiseres,  
hierna: [REDACTED]  
advocaat: mr. A. Wiltink,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[REDACTED]

gevestigd te [REDACTED]  
geïntimeerde,  
in eerste aanleg: gedaagde,  
hierna: [REDACTED]  
advocaat: mr. A.J. Hendriks.

### 1. Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 22 november 2017 dat de kantonrechter (rechtbank Gelderland, locatie Zutphen) heeft gewezen.

### 2. Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep van 16 februari 2018, waarin de grieven tegen het vonnis zijn opgenomen (met producties),
- de memorie van antwoord (met producties),
- de akte aankondiging producties van [REDACTED]
- de antwoordakte van [REDACTED]

2.2 Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

2.3 [redacted] vordert in het hoger beroep, verkort weergegeven, dat het hof het bestreden vonnis van 22 november 2017 zal vernietigen, onder instandhouding van de veroordeling tot betaling van € 144,- netto aan loon vermeerderd met vakantietoeslag, wettelijke verhoging en wettelijke rente, en bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren arrest zal verklaren voor recht dat het rechtsvermoeden van de arbeidsomvang vaststaat voor 122,88 uur per maand, althans een door het hof in goede justitie te bepalen aantal uren per maand en [redacted] te veroordelen tot betaling van:

- het achterstallig loon inclusief vakantietoeslag van € 8.016,59 bruto,
  - de niet genoten vakantiedagen inclusief vakantietoeslag van € 1.337,69 bruto,
  - het bedrag aan toeslagen van de zon- en feestdagen van € 128,38 bruto,
- al deze bedragen te vermeerderen met de wettelijke verhoging en de wettelijke rente zoals in de dagvaarding gespecificeerd, alsmede tot betaling van:
- de kosten ter vaststelling van de hoogte van de schade van € 413,- inclusief BTW, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van dagvaarding in eerste aanleg tot aan die der voldoening,
  - de kosten van de procedure in beide instanties.

### 3. De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in het bestreden vonnis, waartegen geen bezwaren zijn geuit. Deze feiten luiden, met enige aanvulling door het hof, als volgt.

3.1 [redacted] exploiteert een coffeeshop.

3.2 [redacted] is op 7 maart 2016 op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van acht maanden in dienst getreden bij [redacted] tegen een netto uurloon van € 9,00. De overeenkomst is schriftelijk vastgelegd en vermeldt dat de overeenkomst van rechtswege eindigt op 6 november 2016. Verder is in het contract onder meer vermeld:

#### *"Artikel 2 cao*

##### *2.1.1*

*Op deze arbeidsovereenkomst is de Horeca cao (hierna: cao) van toepassing zoals die van tijd tot tijd geldt. Werknemer heeft een exemplaar van de cao ontvangen.*

#### *Artikel 3 Arbeidsduur Min/Max*

*(...)*

##### *3.1.2*

*Werkgever is slechts gehouden Werknemer op te roepen en te werk te stellen, indien en voor zover daartoe gezien het aanbod van werk aanleiding is. Per maand zal Werkgever Werknemer evenwel gedurende minimaal 16 uur oproepen. De arbeidsduur bedraagt derhalve tenminste 16 uur per maand. Naast het genoemde aantal minimum uren kan Werknemer worden opgeroepen voor ten hoogste 40 uren per week.*

*(...)*

#### *Artikel 5 Arbeidsongeschiktheid / ziekte*

##### *5.1.1*

*Indien Werknemer in verband met ziekte de bedongen werkzaamheden niet kan verrichten, zal Werkgever hem salaris betalen overeenkomstig het terzake in de cao bepaalde.*

*(...)"*

3.3 Op 5 november 2016 hebben partijen een tweede contract getekend, waarin onder meer het volgende is opgenomen:

*"A. Werknemer is met ingang van 07 maart 2016 voor bepaalde tijd bij Werkgever in dienst getreden en partijen wensen voormelde arbeidsovereenkomst te verlengen voor bepaalde tijd overeenkomstig de in deze overeenkomst neergelegde voorwaarden.  
(...)"*

**Artikel 1 Duur/aanzegging/functie/standplaats**

1.1

*Werknemer zet zijn werkzaamheden met ingang van 07 november 2016 voort bij Werkgever. De arbeidsovereenkomst is voor bepaalde tijd gesloten, te weten voor de duur van 8 maanden, en eindigt van rechtswege op 06 juli 2017.  
(...)"*

(...)"

Dit contract behelst ook de artikelen 2, 3 en 5 zoals deze in het eerste contract zijn vermeld.

3.4 [redacted] heeft het volgende aantal uren gewerkt in de periode 7 maart 2016 tot 16 december 2016:

maart 2016	94,5
april 2016	140
mei 2016	136,5
juni 2016	131,5
juli 2016	150
augustus 2016	99
september 2016	94,5
oktober 2016	126,5
november 2016	105
december 2016	36.

3.5 Op 16 december 2016 heeft [redacted] zich ziek gemeld. Zij heeft tot het einde van de tweede arbeidsovereenkomst per 6 juli 2016 haar werkzaamheden niet meer hervat.

3.6 [redacted] heeft [redacted] over de maanden januari, februari, maart, mei en juni 2017 achtereenvolgens 22 uur en vier maal 16 uur betaald. Over de maand april 2017 is geen loon betaald.

#### 4. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

4.1 [redacted] heeft bij de kantonrechter gevorderd, verkort weergegeven, dat voor recht zal worden verklaard dat het rechtsvermoeden van de arbeidsomvang vaststaat voor 126,5 uur per maand en dat [redacted] zal worden veroordeeld tot het betalen van het achterstallig loon, inclusief de wettelijke rente, de wettelijke verhoging en de kosten voor de berekening van de loontegoeden boekhouder, met veroordeling van [redacted] in de kosten van de procedure.

3.2 De kantonrechter heeft bij vonnis van 22 november 2017 [redacted] veroordeeld om aan [redacted] aan salaris over de maand april 2017 te betalen een bedrag van € 144,- netto, vermeerderd met vakantietoeslag, wettelijke verhoging en wettelijke rente, de overige vorderingen van [redacted] afgewezen en haar veroordeeld in de proceskosten.

## 5. De motivering van de beslissing in hoger beroep

5.1 [redacted] maakt aanspraak op doorbetaling van loon tijdens haar arbeidsongeschiktheid over de periode vanaf 16 december 2017 tot 6 juli 2017. Zij stelt dat zij over deze periode te weinig salaris heeft ontvangen en beroept zich ter onderbouwing van haar loonvordering op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. Gedurende de periode april tot en met november 2016 heeft [redacted] gemiddeld 122,88 uur per maand (dat is 28,36 uur per week) gewerkt, zodat zij volgens haar op grond van genoemd artikel aanspraak heeft op loonbetaling, corresponderend met dat uren aantal. [redacted] betwist primair dat het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW van toepassing is en betoogt subsidiair dat zij het rechtsvermoeden heeft weerlegd.

5.2 Artikel 7:610 b BW bepaalt dat indien een arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, de bedongen arbeid in enige maand wordt vermoed een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in de drie voorafgaande maanden.

5.3 De eerste vraag die partijen in verband met de toepassing van artikel 7:610b BW verdeeld houdt is of is voldaan aan de voorwaarde van "een arbeidsovereenkomst die tenminste drie maanden heeft geduurd". [redacted] stelt dat daarvan geen sprake is omdat op 5 november 2016 een nieuwe schriftelijke overeenkomst is aangegaan en deze op het moment waarop [redacted] uitviel nog geen drie maanden had geduurd. [redacted] daarentegen betoogt dat de tweede arbeidsovereenkomst een voortzetting is van de arbeidsovereenkomst die per 7 maart 2016 is aangegaan, zodat aan het driemaandencriterium is voldaan.

5.4 Het hof verwerpt het standpunt van [redacted]. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het vermoeden van artikel 7:610b BW van toepassing is op *arbeidsverhoudingen* die tenminste drie maanden hebben geduurd (Kamerstukken II 1996-1997 25 263, nr. 3). In dit geval is weliswaar een nieuwe arbeidsovereenkomst aangegaan, maar deze moet worden gezien als een voortzetting van de arbeidsovereenkomst van 7 maart 2016. Uit de tekst van de tweede arbeidsovereenkomst (3.3) blijkt dat het de intentie van partijen was om deze overeenkomst "te verlengen" (considerans onder A) en dat partijen zijn overeengekomen dat [redacted] haar werkzaamheden met ingang van 7 november 2016 voortzet (artikel 1). De tekst van de tweede arbeidsovereenkomst is daarnaast identiek aan die van de eerste. De arbeidsverhouding tussen partijen bestaat dus vanaf 7 maart 2016 en daarmee is voldaan aan het criterium dat de arbeidsovereenkomst tenminste drie maanden heeft geduurd.

5.5 Partijen twisten bovendien over de vraag of artikel 7:610b BW zich voor toepassing leent omdat zij een min-max overeenkomst hebben gesloten. In dat kader is van belang dat uit de parlementaire geschiedenis (zoals hiervoor geciteerd) blijkt dat het rechtsvermoeden beoogt houvast te bieden in situaties:

- waarin de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is overeengekomen én
- in situaties waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur.

Nu partijen een minimum aantal te werken uren van 16 per maand en een maximum aantal van 40 uren per week zijn overeengekomen, is naar het oordeel van het hof geen sprake van de situatie waarin de omvang van de arbeid "niet of niet eenduidig" is overeengekomen. Het rechtsvermoeden van artikel 7:610 b BW kan ook van toepassing zijn indien de werknemer

gedurende een langere periode structureel meer wordt ingezet dan de overeengekomen arbeidsomvang, dus meer dan het overeengekomen maximum aantal uren. Ook daarvan is in dit geval echter geen sprake.

5.6 Het voorgaande laat onverlet dat in het geval een werknemer gedurende een langere periode structureel veel meer is ingezet dan het minimum aantal uren, goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW, in samenhang met het rechtsvermoeden als bedoeld in artikel 7:610 b BW, kan meebrengen dat de omvang van het overeengekomen aantal minimum aantal uren moet worden verhoogd. Gelet op de specifieke aard van het min-max contract ligt het in dat geval niet in de rede om het minimum aantal uren vast te stellen op het gemiddeld aantal gewerkte uren, omdat daardoor de door partijen beoogde flexibiliteit grotendeels verloren zou gaan. Het gaat daarentegen om het vaststellen – in het kader van de rechtsverhouding tussen partijen en de wijze waarop zij daaraan uitvoering hebben gegeven – van het structureel minimum aantal uren (zie onder meer: Gerechtshof Den Haag, 29 oktober 2013, JAR 2015/9, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 26 mei 2015, JAR 2015/169 en Rechtbank Gelderland 24 januari 2019 (ECLI:NL:RBGEL:2019:390)).

5.7 In deze zaak is de feitelijke situatie dat [redacted] nooit het minimum aantal uren van 16 per maand heeft gewerkt. Zij is van meet af aan voor een fors hoger aantal uren ingezet. Daarmee doet zich de situatie voor dat [redacted] structureel meer werkte dan het overeengekomen aantal minimum uren. Uit de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan de min-max overeenkomst, zoals blijkt uit het feitelijk gewerkte arbeidspatroon zoals weergegeven onder 3.4, volgt dat gedurende de looptijd van de overeenkomst het aantal uren in een normale arbeidsmaand ten minste 95 uur heeft bedragen. Daarom moet worden geoordeeld dat goed werkgeverschap meebrengt dat [redacted] het minimaal aantal overeengekomen uren had moeten aanpassen naar 95 uur per maand, overeenkomend met 22 uur per week. Dit betekent dat [redacted] aanspraak heeft op loondoorbetaling gebaseerd op dat aantal uren en dat de door [redacted] gestelde dalende trend ten aanzien van de inzet van haar personeel na december 2016 daarin geen verandering kan brengen.

5.8 Partijen twisten voorts over de omvang van de loondoorbetalingsverplichting. Het hof verwerpt het standpunt van [redacted] dat zij aanspraak heeft op doorbetaling van 100% van het loon, omdat zij daarop gerechtvaardigd heeft mogen vertrouwen. Aan het enkele feit dat [redacted] gedurende de periode van ziekte het overeengekomen minimum aantal uren van 16 per maand heeft betaald mocht [redacted] niet het gerechtvaardigd vertrouwen ontlenen dat zij aanspraak heeft op uitbetaling van het volledige loon, ook als dat gebaseerd wordt op een ander aantal minimum uren.

5.9 [redacted] maakt subsidiair aanspraak op 95% van het loon, zich daarbij baserend op de arbeidsovereenkomst en de daarin genoemde cao. [redacted] stelt dat de cao niet van toepassing is omdat deze ten tijde van (het sluiten van) de arbeidsovereenkomst niet algemeen verbindend was verklaard en zij de cao voor Horeca- en aanverwante bedrijf uitsluitend toepast over de periodes wanneer deze algemeen verbindend is verklaard, zoals ook blijkt uit de bewoordingen van artikel 2 (“van tijd tot tijd geldende cao”). Het hof verwerpt dit standpunt van [redacted]. Uit de tekst van artikel 5, in relatie tot het incorporatiebeding van artikel 2, heeft [redacted] redelijkerwijs mogen afleiden dat (in elk geval) ten aanzien van de omvang van de loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte “het terzake in de cao bepaalde” bepalend was. In artikel 5 is de gelding of algemeen verbindend verklaring van de cao niet als voorwaarde genoemd. Daarnaast wordt in artikel 2 benoemd dat [redacted] een exemplaar van de cao heeft ontvangen. In die omstandigheden hoefde zij er niet op bedacht te zijn dat er geen cao zou

gelden en mocht zij er redelijkerwijs van uit gaan dat [redacted] bedoelde om voor de omvang van de loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte aan te knopen bij de laatst geldende cao. Niet in geschil is dat daarin is bepaald dat [redacted] gedurende de eerste 52 weken van de arbeidsongeschiktheid aanspraak heeft op doorbetaling van 95% van het loon, zodat de loonvordering tot dat percentage toewijsbaar is.

5.11 Het voorgaande brengt mee dat [redacted] over de periode december 2016 tot 7 juli 2017 recht heeft op uitbetaling van  $(95\%) \times (29 \text{ weken} \times 22 \text{ uur/week} = 638 \text{ uur tegen een (door [redacted] niet betwist) bruto uurloon van € 10,47, is € 6.679,86 bruto, vermeerderd met 8% vakantietoeslag is € 7.214,25), dus in totaal € 6.853,54 bruto. Op voornoemd bedrag strekt in mindering het loon dat [redacted] heeft betaald over deze periode, zijnde (naar [redacted] onbetwist stelt) € 1.978,63 bruto, zodat resteert aan achterstallig salaris € 4.874,91 bruto. Het hof zal de gevorderde wettelijke verhoging in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs matigen tot 10%.$

5.10 [redacted] vordert voorts uitbetaling van niet-genoten vakantieuren. [redacted] de grondslag van de berekening niet betwist, te weten dat [redacted] voor elk gewerkt uur 0,096 uur vakantie heeft opgebouwd. Voor de periode maart tot en met november 2016 (1077,50 uur) resulteert dat in een opbouw van 103,44 uur vakantie. Voor de periode december 2016 tot en met juli 2016 dient de berekening te worden aangepast op de beslissing van het hof ten aanzien van de arbeidsomvang. Dit resulteert in  $29 \text{ weken} \times 2 \text{ uur/week} = 638 \text{ uur} \times 0,096 = 61,25 \text{ uur}$  vakantieopbouw. Het totaal aantal opgebouwde vakantie-uren komt daarmee op 164,69. [redacted] heeft niet gemotiveerd betwist dat [redacted] in 2016 70 uur heeft opgenomen. Dat betekent dat zij nog recht heeft op uitbetaling van  $95\% \times 94,69 \text{ uur, overeenkomend met } 95\% \times € 991,40 = € 941,83 \text{ bruto. De wettelijke verhoging wordt gematigd tot 10%.$

5.11 De door [redacted] gevorderde toeslag voor zon- en feestdagen over 2017 wordt afgewezen. In de arbeidsovereenkomst is ten aanzien van een dergelijke toeslag (anders dan ten aanzien van de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte) niets bepaald en de enkele verwijzing naar de (op dat moment niet bestaande) cao acht het hof onvoldoende ter onderbouwing daarvan.

5.12 De vordering ter zake de gemaakte kosten van de boekhouder wordt eveneens afgewezen. [redacted] heeft, tegenover de betwisting door [redacted] onvoldoende onderbouwd waarom inschakeling van een boekhouder noodzakelijk was. Deze kosten zijn daarom niet toewijsbaar als redelijke kosten ter vaststelling van de schade in de zin van artikel 6:96 lid 2 BW.

## 6. De slotsom

6.1 De grieven slagen gedeeltelijk. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd.

6.2 [redacted] wordt als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep. De kosten voor de procedure in eerste aanleg aan de zijde van [redacted] zullen worden vastgesteld op:

- exploitkosten	€ 101,81
- griffierecht	€ 223,--
totaal verschotten	€ 324,81
- salaris advocaat	€ 500,-

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van [REDACTED] zullen worden vastgesteld op:

- exploitkosten	€ 103,81
- griffierecht	€ 318,--
totaal verschotten	€ 418,81
- salaris advocaat	€ 759,- (1 punt x tarief I)

## 7. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Gelderland, locatie Zutphen, van 22 november 2017 en doet opnieuw recht:

veroordeelt [REDACTED] tot betaling van € 4.874,91 bruto aan achterstallig salaris, te vermeerderen met de wettelijke verhoging van 10% en de wettelijke rente vanaf de diverse vervaldata;

veroordeelt [REDACTED] tot betaling van € 941,83 bruto aan niet genoten vakantie-uren, te vermeerderen met de wettelijke verhoging van 10% en de wettelijke rente vanaf mei 2017;

veroordeelt [REDACTED] in de kosten van de procedure in eerste aanleg, vastgesteld op € 324,81 voor verschotten en € 500,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en in de kosten van de procedure in hoger beroep, tot aan deze uitspraak vastgesteld op € 418,81 voor verschotten en op € 759,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

wijst af het meer of anders gevorderde;

verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin vervatte veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.E.F. Hillen, J.H. Kuiper en H. Manuel en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 21 mei 2019.



Uitgegeven voor grosse  
op 21-5-2019  
door de griffier van het Gerechtshof  
Arnhem-Leeuwarden