

vonnis

RECHTBANK LIMBURG

Burgerlijk recht

Zittingsplaats Maastricht

Zaaknummer: 8842037 CV EXPL 20-5339

Vonnis in kort geding van de kantonrechter van 9 december 2020

in de zaak van:

[REDACTED]
wonend te Maastricht,
eisende partij,
gemachtigde mr. S. Remers,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijk HORECARE B.V.,
gevestigd te Maastricht,
gedaagde partij,
gemachtigde mr. R.A.M. Golsteijn.

Partijen worden hierna [REDACTED] en Horecare genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding van 4 november 2020 met producties 1 tot en met 16
- de mondelinge behandeling op 23 november 2020 en de pleitnotities van beide gemachtigden.

1.2. Tenslotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Horecare leent personeel uit ten behoeve van onder meer de horeca.

2.2. [REDACTED] en Horecare hebben op 6 maart 2017 een arbeidsovereenkomst 'Oproepmedewerker' gesloten voor de duur van één jaar. In de overeenkomst is bepaald dat de oproepmedewerker verplicht is gehoor te geven aan een oproep en de werkgever verplicht is de oproepmedewerker naar evenredigheid op te roepen. De in artikel 1.1. overeengekomen arbeidsduur is gemiddeld drie uur per maand. In artikel 14 van de arbeidsovereenkomst is bepaald dat de cao voor het Nederlands Horeca Gilde van toepassing is.

2.3. De arbeidsovereenkomst is meermalen verlengd, laatstelijk met ingang van 6 maart 2020.

2.4. Naast haar werk voor Horecare was [REDACTED] werkzaam bij café [REDACTED] te Maastricht.

2.5. Gedurende het jaar 2019 is [REDACTED] gemiddeld 17,72 uur per week werkzaam geweest voor Horecare.

2.6. [REDACTED] directeur van Horecare (hierna: [REDACTED]), heeft [REDACTED] en drie andere medewerkers bij e-mail van 16 december 2019 uitgenodigd voor een gesprek op 3 januari 2020 over een vacature voor de functie Job Leader, waarbij ook de lonen en de contracten besproken zouden worden. [REDACTED] was op deze datum verhinderd.

2.7. Tussen [REDACTED] en [REDACTED] heeft in januari 2020 een gesprek plaatsgevonden, tijdens welk gesprek aan [REDACTED] een andere functie is aangeboden. [REDACTED] heeft dit aanbod afgewezen.

2.8. Gedurende de maanden januari en februari 2020 heeft [REDACTED] nog gewerkt voor Horecare. Als gevolg van de uitbraak van het coronavirus en de maatregelen die in verband daarmee zijn genomen is [REDACTED] pas vanaf mei 2020 weer opgeroepen.

2.9. In een e-mail van 6 augustus 2020 aan Horecare heeft [REDACTED] gevraagd waarom Horecare nog geen voorstel had gedaan voor de omvang van haar contract. [REDACTED] heeft vervolgens niets vernomen van Horecare naar aanleiding van deze vraag.

2.10. In augustus 2020 vond een gesprek plaats tussen [REDACTED] en [REDACTED].

2.11. Op 28 augustus 2020 heeft [REDACTED] een WhatsAppbericht gestuurd naar [REDACTED] waarin zij haar verbazing kenbaar maakt omdat zij te horen had gekregen van een collega dat aan [REDACTED] in het hiervoor genoemde gesprek zou zijn medegedeeld dat zij was ontslagen. [REDACTED] heeft [REDACTED] gebeld en gezegd dat zij niet meer zou worden opgeroepen vanwege - kort gezegd - disfunctioneren. In een e-mail van 10 september 2020 heeft [REDACTED] hiertegen geprotesteerd en zich beschikbaar gesteld voor werk. Op deze e-mail ontving [REDACTED] geen reactie.

2.12. Vervolgens heeft mr. Remers met Horecare en mr. Golsteijn gecorrespondeerd en onder meer aanspraak gemaakt op betaling van het loon en loonstroken.

3. Het geschil

3.1. [REDACTED] vordert, na eisvermindering ter zitting, Horecare bij wijze van onmiddellijke voorziening bij voorraad te veroordelen:

1. tot afgifte van de loonstroken over de maand januari 2019 tot en met augustus 2020 en de jaaropgave over 2019 op straffe van een dwangsom;
2. betaling van een loon van € 912,07 exclusief vakantiegeld en verlofdagen vanaf februari 2020, onder aftrek van het reeds betaalde loon;
3. tot betaling van de wettelijke rente en wettelijke verhoging over het loon;
4. tot betaling van buitengerechtelijke kosten;
5. in de proceskosten te vermeerderen met de wettelijke rente bij niet betaling binnen

- zeven dagen na betekening van dit vonnis;
6. in de nakosten.

3.2. Horecare betwist de vordering. Horecare stelt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Verder stelt zij dat geen sprake is van een oproepovereenkomst in de zin van artikel 7:628a BW, dat zij op 16 januari 2020 (onverplicht) een aanbod heeft gedaan voor een vaste uren omvang, maar dat [REDACTED] dit aanbod heeft afgewezen. [REDACTED] had volgens Horecare geen behoefte aan een vaste urenomvang, maar aan flexibiliteit. Naar aanleiding van het verzoek van [REDACTED] in haar e-mail van 6 augustus 2020 om een voorstel voor de omvang van haar contract, stelt Horecare [REDACTED] te hebben uitgenodigd voor een gesprek dat op 11 augustus 2020 plaatsvond. Tijdens dit gesprek is volgens Horecare gezamenlijk besloten dat [REDACTED] niet meer zou worden uitgenodigd voor werk en dat zij zou worden uitgeschreven bij Horecare. Verder stelt Horecare dat de vordering van [REDACTED] in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, doet zij een beroep op rechtsverwerking en vindt zij de zaak niet geschikt voor beoordeling in kort geding.

4. De beoordeling

4.1. De kantonrechter overweegt allereerst dat de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd niet voorligt. Door [REDACTED] is gesteld dat beantwoording van die vraag niet nodig is voor de beoordeling van de vordering en Horecare heeft niet verzocht om de loonvordering, mocht die worden toegewezen, te beperken tot een bepaalde datum.

4.2. Van een spoedeisend belang is sprake wanneer van [REDACTED] niet kan worden gevergd dat zij de beslissing in een bodemprocedure afwacht. Hiervan is naar het oordeel van de kantonrechter sprake, omdat dit volgt uit de aard van de vordering.

4.3. Een vordering tot het treffen van een voorlopige voorziening is slechts toewijsbaar indien het op grond van de thans gebleken feiten en omstandigheden aannemelijk is dat de loonvordering in een bodemprocedure naar alle waarschijnlijkheid zal worden toegewezen. Dat is naar het oordeel van de kantonrechter hier het geval. De kantonrechter motiveert dit oordeel als volgt.

4.4. De vordering van [REDACTED] is gebaseerd op de stelling dat sprake is van een oproepovereenkomst als bedoeld in artikel 7:628a lid 9 BW. In het vijfde lid van artikel 7:628a BW is bepaald dat de werkgever, indien sprake is van een oproepovereenkomst die twaalf maanden heeft geduurd binnen een maand schriftelijk of elektronisch een aanbod doet voor een vaste uren omvang. Deze vaste uren omvang is ten minste gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid in die voorafgaande periode van 12 maanden. Gedurende de periode waarin de werkgever deze verplichting niet is nagekomen (dus geen aanbod heeft gedaan voor een vaste urenomvang) heeft de werknemer op grond van artikel 7:628a achtste lid recht op loon overeenkomstig de gemiddelde omvang van de arbeid in de voorafgaande periode van 12 maanden. Het doel van artikel 7:628a BW is versterking van de positie van de oproepkracht door meer zekerheid te bieden over zijn inkomen en beschikbaarheid.

4.5. Van een oproepovereenkomst als bedoeld in dit artikel 7:628a BW is ingevolge artikel 7:628a lid 9, aanhef en onder a, BW sprake indien de omvang van de arbeid niet is vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid van ten hoogste een maand. De tussen

Horecare en ██████ gesloten arbeidsovereenkomst voldoet aan de in artikel 7:628a lid 9 BW gestelde voorwaarden aan een oproepovereenkomst. De arbeid is immers niet vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid van ten hoogste één maand. In artikel 1.1 van de arbeidsovereenkomst staat namelijk dat de medewerker in dienst treedt voor gemiddeld drie uur per maand. Een gemiddeld aantal uren is iets anders dan 'één aantal uren'. Dit is in lijn met wat is vermeld is de kamerstukken, waarin staat dat ook min/max-contracten als oproepovereenkomst worden beschouwd. Doorslaggevend is dat de werknemer geen duidelijkheid heeft over de arbeidsomvang en de uren waarop gewerkt moet worden (kamerstukken Tweede Kamer, vergaderjaar 2018-2019, 35 074, nr. 3, p. 23). Dat is bij een gemiddeld aantal uren ook het geval. De arbeidsovereenkomst is verder ook uitgevoerd als een oproepovereenkomst. Uit de loonstroken volgt immers dat de gewerkte uren maandelijks sterk verschillen (nog los van de periode die pakweg maart en april 2020 besloeg waarin de lockdown gold). Op de arbeidsovereenkomst zelf staat bovendien 'arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd oproepmedewerker'.

4.6. Er is dus sprake van een oproepovereenkomst als bedoeld in artikel 7:628a lid 9 BW en daarmee geldt ook de verplichting in lid 5 van dit artikel tot het doen van een aanbod voor een vaste urenomvang. Niet in geschil is dat Horecare ██████ een dergelijk aanbod niet schriftelijk of elektronisch heeft gedaan. In de Memorie van Toelichting is het volgende te lezen over lid 5:

Wanneer een werkgever geen aanbod doet dan wel een aanbod doet dat niet aan de vereisten, bedoeld in het vijfde of zesde lid, voldoet, heeft dat tot gevolg dat de werkgever gedurende de periode waarin hij de verplichting tot het doen van een (juist) aanbod voor een vast aantal uren niet nakomt, gehouden is het loon te betalen over het aantal uren waarvoor hij op grond van het vijfde lid verplicht was een aanbod te doen aan de werknemer. Deze verplichting geldt ook als de werknemer niet werkt in die uren, omdat de werkgever hem niet heeft opgeroepen. De werknemer kan het misgelopen loon op deze manier vorderen van de werkgever. Op grond van het voorgestelde artikel 7:628a, achtste lid, BW heeft de werknemer recht op loon zolang de werkgever het aanbod uit hoofde van het vijfde of zesde lid niet heeft gedaan en is derhalve afdeling 2 van titel 7.10 BW van toepassing. (Kamerstukken Tweede Kamer, 2018-2019, 35 074 nr. 3, p. 132)

Het doel van het doen van schriftelijk of elektronisch aanbod is het versterken van de bewijspositie van de oproepkracht (Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 35 074, nr. 4, voetnoot 27). Alleen een aanbod dat voldoet aan de eisen die gesteld zijn in lid 5, waaronder dus de eis van het doen van een schriftelijk of elektronisch aanbod, is rechtsgeldig. Een mondeling aanbod is dus niet rechtsgeldig. Bovendien heeft Horecare ook onvoldoende onderbouwd dat tijdens het gesprek in januari 2020 (mondeling) een aanbod is gedaan tot een vaste urenomvang.

4.7. De loonvordering komt in aanmerking voor toewijzing. Hetgeen Horecare daar verder nog tegenin heeft gebracht slaagt niet.

4.8. De kantonrechter ziet allereerst onvoldoende aannemelijkheid van de stelling van Horecare dat ██████ in augustus 2020 akkoord zou zijn gegaan met een uitschrijving (en dus feitelijk met een beëindiging van de arbeidsovereenkomst). Het ligt op de weg van de werkgever dergelijke belangrijke zaken - ook in zijn eigen belang - op schrift te zetten. Doet de werkgever dat niet, dan neemt hij een (bewijs)risico, nog daargelaten dat aan een ontslagname door een werknemer zorgvuldigheidseisen worden gesteld.

4.9. Beschikbaarheid voor arbeid is voorts geen voorwaarde voor het ontstaan van de loonaanspraak. Dat [REDACTED] opdrachten om arbeid te verrichten heeft afgewezen betekent dus niet dat er geen loonaanspraak ontstaat op grond van artikel 7:628a lid 5 gelezen in samenhang met lid 8 BW. Bovendien kan het [REDACTED] bezwaarlijk worden tegengeworpen door Horecare, die verzuimd heeft om aan [REDACTED] een aanbod te doen voor een vaste urenomvang, dat zij - noodgedwongen - ander werk heeft aanvaard.

4.10. Het beroep op rechtsverwerking van Horecare slaagt ook niet. Horecare heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat sprake van door [REDACTED] gewekt gerechtvaardigd vertrouwen dat zij haar aanspraken op grond van artikel 7:628a BW niet meer geldend zou maken.

4.11. Het restitutie-risico is tot slot niet dusdanig groot dat de vordering niet in kort geding kan worden toegewezen.

4.12. Dit alles betekent dat de vordering (zoals hiervoor reeds is overwogen) kan worden toegewezen. Het gevolg van het niet doen van een aanbod tot een vaste urenomvang door Horecare is dat [REDACTED] recht heeft op een vaste uren omvang - althans dat de kantonrechter aannemelijk acht dat een bodemrechter deze vordering zal toewijzen. Deze vaste urenomvang is ten minste gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid in de voorafgaande periode van 12 maanden. [REDACTED] heeft het gemiddelde loon becijferd op € 912,07 bruto per maand exclusief vakantietoeslag en verlofuren. Dit bedrag is door Horecare niet (onderbouwd) betwist. De vordering tot betaling van het loon vanaf februari 2020 zal, onder aftrek van het al betaalde loon, worden toegewezen. De wettelijke verhoging over dit loon van 50% zal worden toegewezen en de wettelijke rente over het loon vanaf de dag vanaf de verzuimdata tot de dag van volledige betaling.

4.13. De vordering tot afgifte van de (nog niet afgegeven) loonstroken en de jaaropgave zal ook worden toegewezen op straffe van een dwangsom van € 50,- per dag met een maximum van € 5.000,-.

4.14. De vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten zal worden toegewezen. De weigerachtige houding van Horecare loonstroken af te geven, heeft er mede toe bijgedragen dat deze kosten (verder dan nodig) zijn opgelopen. De buitengerechtelijke werkzaamheden zijn in de maand oktober verricht door mr. Remers. Gelet op de hoogte van de vordering op dat moment stelt de kantonrechter de buitengerechtelijke incassokosten op € 725,-.

4.15. Als de in het ongelijk gestelde partij zal Horecare worden veroordeeld tot betaling van de kosten van dit geding, aan de zijde van [REDACTED] tot op heden begroot op:

- dagvaarding	€ 100,89
- griffierecht	€ 83,00
- salaris gemachtigde	€ 720,00
Totaal:	€ 903,89

4.16. De wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten zullen op na te melden wijze worden toegewezen.

5. De beslissing

De kantonrechter

5.1. veroordeelt Horecare tot betaling aan [REDACTED] van een loon van € 912,07 bruto, exclusief vakantietoeslag en verlofuren, per maand vanaf februari 2020 onder aftrek van het reeds betaalde loon;

5.2. veroordeelt Horecare tot betaling aan [REDACTED] van de wettelijke rente vanaf de verzuimdata tot de dag van voldoening en te vermeerderen met de wettelijke verhoging van 50% van het niet betaalde loon tot de dag van volledige betaling;

5.3. veroordeelt Horecare om binnen twee weken na betekening van dit vonnis aan [REDACTED] correcte loonspecificaties van de loonbetalingen en de jaaropgave 2019 te verstrekken op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 50,00 per dag voor elke dag of elk dagdeel dat Horecare hiermee in gebreke blijft tot een maximum van € 5.000,00;

5.4. veroordeelt Horecare tot betaling aan [REDACTED] van een bedrag van € 725,- aan buitengerechtelijke kosten;

5.5. veroordeelt Horecare tot betaling aan [REDACTED] van de kosten van dit geding, aan de zijde van [REDACTED] tot op heden begroot op € 903,89, vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.6. veroordeelt Horecare onder de voorwaarde dat deze niet binnen twee weken na aanschrijving door [REDACTED] volledig aan dit vonnis voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op:
- € 120,00 aan salaris gemachtigde,
- te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met de exploitkosten van betekening van het vonnis;

5.7. verklaart de onderdelen 5.1 tot en met 5.6 van deze beslissing uitvoerbaar bij voorraad;

5.8. wijst af het meer of anders verzochte.

Dit vonnis is gewezen door mr. I.R.A. Timmermans en is in het openbaar uitgesproken.

BM

