

Artikel 69 Rv scheidt de mogelijkheid tot herstel van een fout die erin bestaat dat, in weerwil van een wettelijk voorschrift, een procedure is ingeleid met een verzoekschrift in plaats van met een dagvaarding of met een dagvaarding in plaats van met een verzoekschrift. In zoverre hoeft een verkeerde procesinleiding niet (automatisch) tot niet-ontvankelijkheid te leiden. Op grond van artikel 7:686a lid 3 BW kunnen in een verzoekschriftprocedure over het einde van de arbeidsovereenkomst bovendien ook daarmee verband houdende andere vorderingen worden ingediend. De kantonrechter zal op grond van het bepaalde in artikel 69 Rv, en te meer nu partijen hier ter mondelinge behandeling geen bezwaar tegen hebben gemaakt, overgaan tot toepassing van de zogenoemde spoorwissel. In dat kader wordt in het hiernavolgende de door [REDACTED] ingediende dagvaarding als verzoekschrift aangemerkt, de door [REDACTED] ingediende conclusie van antwoord tevens houdende voorwaardelijke vordering in reconventie als het verweerschrift tevens houdende een voorwaardelijk zelfstandig tegenverzoek en de door [REDACTED] ingediende conclusie van antwoord in voorwaardelijke reconventie als het verweerschrift tegen het voorwaardelijk zelfstandig tegenverzoek.

1.4 De uitspraak van deze beschikking is door de kantonrechter op heden bepaald.

2. De verzoeken van [REDACTED]

2.1 [REDACTED] verzoekt bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, [REDACTED] te veroordelen tot betaling van:

- I. achterstallig loon over de periode oktober 2020 tot en met december 2020 van € 2.473,48 netto;
- II. het bruto equivalent van de wettelijke verhoging van 50% ex artikel 7:625 BW van het nettobedrag van € 1.236,74;
- III. de transitievergoeding van € 101,32 netto;
- IV. de wettelijke rente over het achterstallige loon en de wettelijke verhoging alsmede de transitievergoeding vanaf de vervaldatum tot aan de dag der algehele voldoening;
- V. [REDACTED] te veroordelen in de kosten van de procedure;

alsmede voor wat betreft het provisionele verzoek [REDACTED] te veroordelen tot betaling van het achterstallig loon over de periode oktober 2020 tot en met januari 2021 van € 2.473,48 netto, het bruto equivalent van de wettelijke verhoging van 50% ex artikel 7:625 BW van het nettobedrag van € 1.236,74 alsmede de transitievergoeding van € 101,32 netto alsmede [REDACTED] te veroordelen in de kosten van de procedure.

2.2 Aan het verzoek heeft [REDACTED] – samengevat weergegeven en voor zover hierna van belang – het volgende ten grondslag gelegd.

2.3 [REDACTED] is op 22 juni 2020, op grond van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, bij [REDACTED] in dienst getreden in de functie van Allround Brow & Lash stylist op basis van een 32-urige werkweek tegen een maandelijks salaris van € 1.580,80 bruto (zijnde € 1.456,97 netto), te vermeerderen met vakantiegeld en emolumenten. Na daartoe verkregen toestemming van het UWV, heeft [REDACTED] de arbeidsovereenkomst van [REDACTED] opgezegd tegen 31 januari 2021.

2.4 [REDACTED] heeft over de periode oktober 2020 tot en met januari 2021 niet het volledige salaris aan [REDACTED] voldaan. [REDACTED] maakt ter zake aanspraak op een totaalbedrag van € 2.473,48 netto, zijnde € 361,37 over de maand oktober 2020, € 712,57 over de maand november 2020, € 712,57 over de maand december 2020 en € 686,97 over de maand januari 2021.

2.6 Nu [REDACTED] de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd is zij de transitievergoeding verschuldigd ad € 321,65 bruto/€ 202,32 netto. [REDACTED] heeft ter zake van de transitievergoeding aan [REDACTED] een bedrag van € 101,- netto betaald, zodat zij nog gehouden is het restant van € 101,32 netto aan [REDACTED] te voldoen.

2.7 Omdat [REDACTED] het salaris niet tijdig heeft betaald is zij de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW ad 50% verschuldigd, hetgeen neerkomt op een bedrag van € 1.236,74 netto. [REDACTED] is daarnaast op grond van het bepaalde in artikel 6:119 BW de wettelijke rente verschuldigd over het achterstallige salaris, de wettelijke verhoging en de transitievergoeding vanaf de vervaldata tot aan de dag der algehele voldoening.

2.8 [REDACTED] maakt bij wijze van een provisionele verzoek aanspraak op betaling van het achterstallige salaris, de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW en het restant van de transitievergoeding. [REDACTED] heeft recht en belang dat op korte termijn op haar verzoeken wordt beslist en van haar kan niet gevergd worden dat zij de uitspraak in een bodemprocedure afwacht. Ter onderbouwing daarvan brengt [REDACTED] naar voren dat zij slechts een deel van haar salaris, zijnde een salaris onder bijstandsniveau, heeft ontvangen. [REDACTED] heeft slechts recht op drie maanden WW-uitkering. Nadien zal zij verstoken zijn van inkomsten. Daarnaast bestaat er, gelet op de gevolgen van de corona-pandemie, een aanmerkelijke kans dat [REDACTED] gaat failleren.

3. Het verweer en de voorwaardelijke zelfstandige tegenverzoeken van [REDACTED]

3.1 [REDACTED] verzoekt primair om [REDACTED] in haar verzoeken niet ontvankelijk te verklaren, dan wel subsidiair om al haar verzoeken af te wijzen c.q. te ontzeggen en meer subsidiair om de loonvorderingen te matigen tot nihil, dan wel een in goede justitie te bepalen op een ander bedrag, met veroordeling van [REDACTED] in de kosten van de procedure.

3.2 [REDACTED] verzoekt bij voorwaardelijk zelfstandig tegenverzoek:

- I. om in het geval [REDACTED] geen verklaring als bedoeld in artikel 7:629a lid 1 BW overlegt, op grond van de artikelen 21, 22 dan wel 843a Rv [REDACTED] te veroordelen om gegevens in het geding te brengen, zodat de inkomsten in de periode van 12 november 2020 tot en met 31 januari 2021 duidelijk worden, een en ander op straffe van een dwangsom van € 100,- per dag dat [REDACTED] in gebreke mocht blijven aan zodanige veroordeling geheel of gedeeltelijk te voldoen;
- II. om in het geval dat mocht blijken dat [REDACTED] in de periode van 12 november 2020 tot en met 31 januari 2021 inkomsten uit ander werk heeft genoten, [REDACTED] te veroordelen om die ontvangen inkomsten op grond van artikel 7:629 lid 5 BW aan [REDACTED] te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 12 november 2020 tot aan de dag der algehele voldoening;
- III. om [REDACTED] te veroordelen in de kosten van de procedure.

3.3 [REDACTED] heeft daartoe het volgende aangevoerd. Op 12 november 2020 heeft [REDACTED] zich ziek gemeld. [REDACTED] plaatst echter vraagtekens bij de door de bedrijfsarts geoordeelde ernst van de aanwezige klachten en het oordeel dat [REDACTED] volledig arbeidsongeschikt zou zijn. [REDACTED] wijst er daarbij op dat [REDACTED] op 3 oktober 2020 op social media heeft bericht dat zij op 5 oktober 2020 voor zichzelf zou gaan beginnen, zij op 1 december 2020 een bericht heeft geplaatst met de vraag of iemand haar kon helpen een behandelstoel in Steenberghe op te halen en zij daarnaast een klant heeft aangeboden om op 22 december 2020 wimpers eraf te halen. Daarnaast was [REDACTED] tot driemaal toe niet thuis tijdens een door de bedrijfsarts gebrachte huisbezoek. Ingevolge het bepaalde in artikel 7:629a lid 1 BW dient de rechter een loonvordering als bedoeld in artikel 7:629 BW af te wijzen, indien bij de eis niet een

verklaring is gevoegd van een zogenoemde UWV-deskundige omtrent de verhindering van de werknemer om de bedongen of andere passende arbeid te verrichten. Niet gebleken is dat een verklaring als voornoemd door [REDACTED] is overgelegd, terwijl dit gelet op het voorgaande redelijkerwijs wel van [REDACTED] kan worden gevegd. [REDACTED] dient primair dan ook niet ontvankelijk te worden verklaard in haar verzoek.

3.4 [REDACTED] stelt zich daarnaast op het standpunt dat [REDACTED] geen vordering ter zake van achterstallig salaris op haar heeft. [REDACTED] was aanvankelijk in dienst op basis van een arbeidsduur van 32 uur per week. Tijdens een gesprek op 23 september 2020 heeft [REDACTED] gevraagd of het mogelijk was dat zij vanaf oktober 2020 drie dagen per week werkzaam kon zijn en vanaf november 2020 twee dagen per week. Reden van dat verzoek was dat [REDACTED] voor zich zelf zou gaan beginnen. Voorgaande volgt onder meer uit de door [REDACTED] overgelegde opname van het gesprek. [REDACTED] heeft voornoemd verzoek tot aanpassing van de arbeidsduur ingewilligd waarmee de arbeidsduur is gewijzigd. Op basis van deze aanpassing heeft betaling van het salaris van [REDACTED] plaats gevonden. [REDACTED] behoeft ter zake van salaris dan ook niets meer aan [REDACTED] te voldoen.

3.5 [REDACTED] heeft de door haar verschuldigde transitievergoeding aan [REDACTED] betaald. De vergoeding dient gebaseerd te zijn op het laatstelijk verdiende loon. Dat is in het geval van [REDACTED] het loon op grond van een tweedaagse werkweek.

3.6 Nu [REDACTED] geen vordering op [REDACTED] heeft, dient ook de vordering van [REDACTED] ter zake de betaling van de wettelijke rente en wettelijke verhoging afgewezen te worden. Subsidiair verzoekt [REDACTED] om de wettelijke verhoging te matigen tot nihil.

3.7 Artikel 7:629 lid 5 BW bepaalt dat het tijdens ziekte door te betalen salaris wordt verminderd met inkomsten uit ander werk dat de werknemer heeft verricht in de tijd dat hij – als hij niet ziek was geweest – zijn eigen werk had kunnen verrichten. Naar de mening van [REDACTED] heeft [REDACTED] onwaarheden gesproken over door haar tijdens de periode van volledige arbeidsongeschiktheid verrichte werkzaamheden voor zichzelf dan wel een derde en dient [REDACTED] inzage te geven in door haar verdiende inkomsten in de periode van 12 november 2020 tot en met 31 januari 2021, zodat een door [REDACTED] aan [REDACTED] op grond van artikel 7:629 lid 5 BW te betalen bedrag vastgesteld kan worden.

4. Het verweer van [REDACTED] ten aanzien van het voorwaardelijk zelfstandig tegenverzoek

4.1 [REDACTED] verzoekt bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad, [REDACTED] haar verzoek te ontzeggen als zijnde ongegrond en of onbewezen met veroordeling van [REDACTED] in de kosten van de procedure.

4.2 Voor wat betreft de verklaring als bedoeld in artikel 7:629a lid 1 BW wijst [REDACTED] erop dat haar arbeidsongeschiktheid niet eerder een punt van discussie is geweest. [REDACTED] heeft de ziekmelding van [REDACTED] geaccepteerd en het salaris doorbetaald. De adviezen van het UWV zijn opgevolgd, [REDACTED] heeft niet geageerd tegen het advies van de bedrijfsarts en [REDACTED] is ook ziek uit dienst gegaan.

4.3 [REDACTED] betwist dat zij in de periode 12 november 2020 tot en met 31 januari 2021 buiten het salaris van [REDACTED] andere inkomsten uit arbeid en/of uitkering heeft genoten. [REDACTED] wijst er daarbij op dat zij in die periode volledig arbeidsongeschikt was.

5. De beoordeling van het verzoek van [REDACTED] alsmede van het voorwaardelijk zelfstandig tegenverzoek van [REDACTED]

De verzoeken van [REDACTED]

5.1 [REDACTED] heeft aanspraak gemaakt op achterstallig salaris over de periode oktober 2020 tot en met december 2020 van € 2.473,48 netto. Ten aanzien van voornoemd verzoek heeft [REDACTED] zich primair op het standpunt gesteld dat [REDACTED] niet ontvankelijk dient te worden verklaard vanwege het ontbreken van een verklaring als bedoeld in artikel 7:629a lid 1 BW.

5.2 Uit het bepaalde in artikel 7:629a lid 1 BW volgt dat de kantonrechter een vordering tot betaling van salaris als bedoeld in artikel 7:629 BW afwijst, indien bij de eis niet een verklaring is gevoegd van een deskundige, benoemd door het UWV omtrent de verhindering van de werknemer om de bedongen of andere passende arbeid te verrichten respectievelijk diens nakoming van de verplichtingen, bedoeld in artikel 7:660a BW. Met de verplichte overlegging van de verklaring is beoogd de rechtsbescherming van de werknemer te versterken en efficiënte geschilbeslechting te bevorderen. Het is aan de werknemer of hij een verklaring van een UWV-deskundige aanvraagt ten einde een loonvordering te kunnen instellen. Artikel 7:629a lid 1 BW heeft niet (mede) tot doel om de werkgever een hulpmiddel in het re-integratieproces te bieden (HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2128, NJ 2016/182). In lid 2 is voorts bepaald dat lid 1 niet geldt indien de verhindering respectievelijk nakoming niet wordt betwist of het overleggen van de verklaring in redelijkheid niet van de werknemer kan worden gevergd.

5.3 De kantonrechter is van oordeel dat in de gegeven omstandigheden van een situatie als bedoeld in artikel 7:629a lid 2 BW sprake is. Daarbij wordt erop gewezen dat vast staat dat [REDACTED] zich op 12 november 2020 ziek heeft gemeld. Door de bedrijfsarts is eerst op 9 december 2020 geoordeeld dat [REDACTED] arbeidsongeschikt was als gevolg van ziekte en later op 4 januari 2021 en 20 januari 2021 dat [REDACTED] nog onvoldoende hersteld was om haar werkzaamheden bij [REDACTED] weer te hervatten. Niet gebleken is dat [REDACTED] hiertegen heeft geageerd en evenmin is van een algehele loonstop sprake geweest. [REDACTED] heeft over de periode vanaf de ziekmelding op 12 november 2020 tot aan het einde dienstverband immers telkens wel gewoon het salaris (over de volgens haar overeengekomen arbeidsduur) voldaan. Weliswaar heeft [REDACTED] zich voorafgaande aan de onderhavige procedure op het standpunt gesteld dat [REDACTED] mogelijk nevenwerkzaamheden verrichte, doch niet gebleken is dat zij de arbeidsongeschiktheid van [REDACTED] op een eerder moment dan pas in de onderhavige procedure als zodanig heeft betwist. Onder deze omstandigheden kan van [REDACTED] in redelijkheid dan ook niet gevergd worden om een verklaring als bedoeld in artikel 7:629a lid 1 BW te overleggen. [REDACTED] is dan ook ontvankelijk in haar verzoek.

5.4 Als onweersproken staat vast dat [REDACTED] met [REDACTED] bij aanvang van haar dienstverband een arbeidsduur van 32 uur per week is overeengekomen. Op basis van de in de onderhavige procedure overgelegde stukken staat daarnaast naar het oordeel van de kantonrechter voldoende vast dat partijen in september 2020 een vermindering van de arbeidsduur zijn overeengekomen, inhoudende dat [REDACTED] vanaf oktober 2020 nog maar drie dagen per week werkzaam zou zijn voor [REDACTED] en vanaf november 2020 twee dagen per week. Uit de opname van het gesprek dat op 23 september 2020 tussen partijen heeft plaatsgevonden, alsmede de schriftelijke vastlegging daarvan, volgt duidelijk dat [REDACTED] om een vermindering van haar arbeidsduur zoals voornoemd verzoekt alsmede dat [REDACTED] haar akkoord daarvoor geeft. Anders dan door [REDACTED] tijdens de mondelinge behandeling gesteld, volgt uit de mededelingen van [REDACTED] tijdens voornoemd gesprek dat haar plannen om voor zichzelf te beginnen al zeer concreet zijn en niet dat deze op een nog onbepaalde en

verder in de toekomst gelegen periode zien. Op 23 september 2020 verzoekt [REDACTED] immers om al per oktober respectievelijk november minder te gaan werken en desgevraagd deelt zij voorts mede in oktober te willen gaan verbouwen en per 1 november open te willen. Dat [REDACTED] nadien op de overeengekomen vermindering van de arbeidsduur zou hebben willen terugkomen is door [REDACTED] onder meer onder verwijzing naar door [REDACTED] via social media gedane uitingen, gemotiveerd betwist en vervolgens door [REDACTED] in het geheel niet onderbouwd. De kantonrechter gaat hier daarom aan voorbij. De kantonrechter volgt [REDACTED] daarnaast evenmin in haar stelling dat [REDACTED] had behoren te waarschuwen voor de gevolgen van een vermindering van de arbeidsduur. Daartoe wordt er in de eerste plaats op gewezen dat van een algehele opzegging van de arbeidsovereenkomst door [REDACTED] geen sprake is geweest. De gevolgen van een verkorting van de arbeidsduur zijn beduidend minder verstrekkend dan bij een algehele opzegging, zodat de zorgplicht van de werkgever ook minder verder reikt. Bovendien ging het om een verzoek in het kader van het kennelijke voornemen van [REDACTED] om voor zichzelf te beginnen en als zodanig eigen inkomsten te genereren. Niet gesteld of gebleken is daarnaast dat de wil en verklaring van [REDACTED] ten tijde van haar verzoek op 23 september 2020 niet overeenstemden en/of dat zij in een zodanige geestelijke/emotionele toestand verkeerde dat zij geen adequate beslissingen kon nemen. [REDACTED] mocht er dan ook gerechtvaardigd op vertrouwen dat de wil en verklaring van [REDACTED] overeenstemden en op [REDACTED] rustte dan ook in de gegeven omstandigheden geen verplichting om zich van de juistheid van die verklaring te vergewissen en/of haar te waarschuwen voor de gevolgen van haar verzoek tot vermindering van de arbeidsduur.

5.5 Niet weersproken is dat het salaris van [REDACTED] over de verminderde arbeidsduur wel gewoon is voldaan, zodat [REDACTED] ter zake van achterstallig salaris niets meer rest te voldoen. Het door [REDACTED] gevorderde bedrag van € 2.473,48 netto aan achterstallig salaris wordt dan ook afgewezen.

5.6 Nu van het niet (tijdig) voldoen van salaris aan [REDACTED] geen sprake is, bestaat voor toewijzing van de door [REDACTED] gevorderde wettelijke verhoging en wettelijke rente daarover evenmin aanleiding.

5.7 [REDACTED] heeft voorts aanspraak gemaakt op een bedrag van € 101,32 netto aan resterende transitievergoeding. Niet in geschil is tussen partijen dat aan [REDACTED] op grond van het bepaalde in artikel 7:673 lid 1 sub a onder 1 BW een transitievergoeding toekomt, nu de arbeidsovereenkomst door [REDACTED] is opgezegd. Vast staat daarnaast dat door [REDACTED] reeds een bedrag van € 101,- netto ter zake van transitievergoeding aan [REDACTED] is betaald. De kantonrechter begrijpt dat [REDACTED] haar aanspraak op de resterende transitievergoeding baseert op haar stelling dat zij bij de beëindiging van het dienstverband voor 32 uur in dienst was. Zoals hiervoor is overwogen, mocht [REDACTED] er echter van uitgaan dat [REDACTED] toen voor twee dagen in dienst was. [REDACTED] heeft niets aangevoerd op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat de transitievergoeding, uitgaande van een dienstverband van twee dagen, onjuist is berekend. Dat betekent dat het verzoek tot betaling van de resterende transitievergoeding wordt afgewezen.

De voorlopige voorziening van [REDACTED]

5.8 Nu in deze beschikking een einduitspraak wordt gegeven op de verzoeken van [REDACTED] in de hoofdzaak zullen de door [REDACTED] verzochte voorlopige voorzieningen reeds om die reden worden afgewezen.

Het voorwaardelijk zelfstandig tegenverzoek van [REDACTED]

5.9 Vastgesteld kan worden dat door [REDACTED] geen verklaring als bedoeld in artikel 7:629a lid 1 BW is overgelegd, zodat aan de beoordeling van het door [REDACTED] ingediende zelfstandige tegenverzoek wordt toegekomen.

5.10 [REDACTED] heeft verzocht om [REDACTED] te veroordelen om gegevens in het geding te brengen, zodat haar inkomsten in de periode van 12 november 2020 tot en met 31 januari 2021 duidelijk worden, en voorts, om in het geval dat mocht blijken dat [REDACTED] in voornoemde periode inkomsten uit ander werk heeft genoten, [REDACTED] te veroordelen om die ontvangen inkomsten op grond van artikel 7:629 lid 5 BW aan [REDACTED] te betalen.

5.11 Door [REDACTED] is uitdrukkelijk betwist dat zij in de periode 12 november 2020 tot en met 31 januari 2021 nevenwerkzaamheden heeft verricht, evenals dat zij daaruit inkomsten zou hebben genoten. Vooralsnog zijn er naar het oordeel van de kantonrechter onvoldoende aanwijzingen om aan te nemen dat dit anders is geweest. De door [REDACTED] op social media gedane uitlatingen en het enkele vermoeden van [REDACTED] zijn daarvoor onvoldoende. Voor toewijzing van het door [REDACTED] op grond van de artikelen 21, 22 en 843a Rv verzochte bestaat dan ook geen aanleiding. In dit oordeel ligt besloten dat ook het verzoek tot betaling van de ontvangen inkomsten aan [REDACTED] wordt afgewezen. Ten overvloede wordt er nog op gewezen dat [REDACTED] er kennelijk zelf mee heeft ingestemd dat [REDACTED] per oktober 2020 voor zichzelf werkzaamheden zou gaan verrichten, zodat dit [REDACTED] in beginsel was toegestaan, alsmede dat de arbeidsongeschiktheid van [REDACTED] voor de werkzaamheden bij [REDACTED] nog niet automatisch met zich brengt dat [REDACTED] ook arbeidsongeschikt was voor het verrichten van werkzaamheden elders.

De proceskosten

5.12 Nu partijen over en weer in het ongelijk zijn gesteld ziet de kantonrechter aanleiding om de proceskosten te compenseren, in die zin dat ieder der partijen de eigen kosten draagt. De kantonrechter ziet, gezien de samenhang en de gelijktijdige behandeling van de voorlopige voorziening en de hoofdzaak, eveneens aanleiding om de proceskosten in het incident te compenseren.

6. De beslissing

De kantonrechter:

beveelt dat de procedure wordt voortgezet volgens de regels die gelden voor de verzoekschriftprocedure;

in het verzoek van [REDACTED] in de hoofdzaak en in het incident

wijst het door [REDACTED] verzochte af;

in het voorwaardelijk zelfstandig tegenverzoek van [REDACTED]

wijst het door [REDACTED] verzochte af;

in de verzoeken van [REDACTED] en in het voorwaardelijk zelfstandig tegenverzoek van [REDACTED]

compenseert de proceskosten in die zin dat ieder der partijen de eigen kosten draagt;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Deze beschikking is gegeven door mr. A.M. Kalmthout en uitgesproken ter openbare terechtzitting.

495

Voor eensluidend afschrift,
De Griffier van de rechtbank te Rotterdam

