

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer: 9189447 CV EXPL 21-6570

vonnis van: 14 december 2021

fno.: 561

vonnis van de kantonrechter

I n z a k e

[REDACTED]
wonende te [REDACTED]

eiseres

nader te noemen: [REDACTED]

gemachtigde: mr. N. van Mourik (SRK Rechtsbijstand)

t e g e n

Beapart Nederland B.V.

gevestigd te Den Haag

gedaagde

nader te noemen: Beapart

gemachtigde: mr. M.J. Aantjes.

VERLOOP VAN DE PROCEDURE

De kantonrechter is uitgegaan van de volgende processtukken en proceshandelingen:

- dagvaarding van 21 april 2021, met producties;
- conclusie van antwoord, met producties;
- instructievonnissen;
- dagbepaling mondelinge behandeling.

De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 12 oktober 2021. [REDACTED] is in persoon verschenen, vergezeld door haar gemachtigde. Voor Beapart is verschenen [REDACTED] general manager, vergezeld door de hiervoor genoemde gemachtigde. Partijen zijn gehoord en hebben vragen van de kantonrechter beantwoord. Ten slotte is vonnis gevraagd en is een datum voor vonnis bepaald.

GRONDEN VAN DE BESLISSING**Feiten**

1. Als gesteld en niet (voldoende) weersproken staat het volgende vast:

- 1.1. Beapart exploiteert hotels in diverse landen. Zij heeft één vestiging in Nederland, te weten in Den Haag.
- 1.2. ██████ thans 24 jaar oud, is in april 2018 in dienst getreden van Beapart in de functie van 'polyvalent medewerker'. In die functie was zij werkzaam op de receptie van het hotel in Den Haag. Het salaris bedroeg € 1.050,00 voor 24 uur per week, exclusief 8 % vakantiegeld. Sinds in ieder geval 24 april 2019 betrof het een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.
- 1.3. Op 26 maart 2019 heeft een functioneringsgesprek plaatsgevonden met ██████. In het verslag daarvan is door de leidinggevende vermeld: 'Jammer dat je weggaat'.
- 1.4. In juli 2019 hebben partijen met elkaar gesproken over de wens van ██████ om per september 2019 een HBO-studie te gaan volgen en de consequenties daarvan voor de arbeidsovereenkomst. Daarbij kwamen partijen tot de conclusie dat een nulurencontract de beste oplossing zou zijn. In een WhatsApp-gesprek op 1 augustus 2019 tussen de leidinggevende van ██████ (lg) en ██████ is het volgende gecommuniceerd:

lg: Zou je ook 8 uur contract eventueel willen hebben?

█ Hee schat
8 uur per maand?

lg: 8 uur per week
Maar als je 0 uren wilt, dan geef ik gewoon aan ██████ door

█ Ik doe liever 0 uren contract lieverd want als ik tentamens heb kan ik niet werken

lg: Zal ik doorgeven!
█ Thanks schat

- 1.5. Van half juli 2019 tot begin september 2019 heeft ██████ niet gewerkt.
- 1.6. Op 27 augustus 2019 hebben partijen een nulurencontract ondertekend. Daarin is het volgende vermeld:

Artikel 1 Aard Dienstverband

- 1.1 De oproepkracht treedt met ingang van 2 september 2019 in dienst bij de werkgever.
- 1.2 De arbeidsovereenkomst wordt aangegaan voor onbepaalde duur.
- 1.3 Na een oproep zal de oproepkracht arbeid verrichten tijdens de aangegeven werktijden.
- 1.4 De oproepkracht is beschikbaar om op werkdagen van 'te bepalen' uur tot 'te bepalen' uur te werken voor de werkgever.

(...)

Artikel 4 Salaris

- 4.1 De oproepkracht ontvangt een brutoloon gebaseerd op een basis van € 1.750.00 per maand full time of meer bepaald het loon verschuldigd over de uren waarin de oproepkracht daadwerkelijk werkzaam is geweest, exclusief 8% vakantiegeld.
- 4.2 Indien de oproepkracht tijdens het verrichten van de bedongen arbeid ziek wordt dan heeft zij voor de duur van de oproep aanspraak op doorbetaling van 70% van het loon.
- 4.3 (...).

- 1.7. ██████ heeft in de maand september 2019 (volgens partijen) 22 uur gewerkt. Voor de maand oktober 2019 was zij (volgens partijen) voor 18 uur ingeroosterd.

- 1.8. Op 4 oktober 2019 is [REDACTED] betrokken geraakt bij een verkeersongeval. Als gevolg daarvan is zij arbeidsongeschikt geraakt. [REDACTED] heeft zich per 4 oktober 2019 ziekgemeld.
- 1.9. Beapart heeft over de maand oktober 2019 de uren aan [REDACTED] uitbetaald waarvoor zij voor die maand was ingeroosterd. Vanaf november 2019 heeft Beapart geen loon meer betaald aan [REDACTED].
- 1.10. Vanaf april 2020 heeft de gemachtigde van [REDACTED] Beapart verzocht om uitbetaling van het loon van [REDACTED] vanaf november 2019.
- 1.11. Op 28 juli 2020 is [REDACTED] (voor het eerst) door de bedrijfsarts gezien. Die heeft geconcludeerd dat er op dat moment geen benutbare mogelijkheden voor re-integratie zijn. In december 2020 heeft [REDACTED] voor het laatst een consult met de bedrijfsarts gehad. [REDACTED] is thans nog altijd (volledig) arbeidsongeschikt.

Vordering

2. [REDACTED] vordert, bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis, veroordeling van Beapart tot betaling van:

Primair

- a. het loon bij ziekte over de maanden november 2019 tot april 2021 ter hoogte van € 15.697,50 bruto, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag, gebaseerd op artikel 7.2 en 7.3 van de CAO en uitgaand van een arbeidsomvang van 24 uur per week;
- b. de buitengerechtigde kosten ad € 944,53;

Subsidiair

- c. het loon bij ziekte over de maanden november 2019 tot april 2021 ter hoogte van € 15.697,50 bruto, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag, gebaseerd op artikel 6:248 lid 2 BW en uitgaand van een (redelijke) arbeidsomvang van 24 uur per week;
- d. de buitengerechtigde kosten ad € 944,53;

Meer subsidiair

- e. het loon bij ziekte over de maanden november 2019 tot april 2021 ter hoogte van € 7.527,48 bruto, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag, gebaseerd op artikel 7:610b BW juncto artikel 7:629 BW en uitgaande van een arbeidsomvang van 48 uur per maand, oftewel 11 uur per week;
- f. de buitengerechtigde kosten ad € 851,02;

Meest subsidiair

- g. het loon bij ziekte over de maanden november 2019 tot april 2021 ter hoogte van € 3.136,45 bruto, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag, gebaseerd op artikel 7:610b BW juncto artikel 7:629 BW en uitgaande van een arbeidsomvang van 20 uur per maand, oftewel 4,5 uur per week;
- h. de buitengerechtigde kosten ad € 689,75;

en daarnaast vordert [REDACTED] ten aanzien van alle vorderingen:

- i. het loon bij ziekte over de periode 1 april 2021 tot aan de dag dat de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte rechtsgeldig ten einde is gekomen;
 - j. de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW en wettelijke rente;
 - k. verstrekking door Beapart binnen 14 dagen na betekening van dit vonnis van een bruto-netto specificatie van de berekening en de betaling van de gevorderde bedragen, op straffe van een dwangsom;
 - l. de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente indien de proceskosten niet binnen 14 dagen na betekening zijn betaald.
3. Op de stellingen die [REDACTED] daaraan ten grondslag legt zal hieronder bij de beoordeling nader worden ingegaan.

Verweer

4. Beapart betwist de vordering. Op haar verweer zal hieronder, voor zover voor de beoordeling noodzakelijk, nader worden ingegaan.

Beoordeling

5. Primair legt [REDACTED] aan haar vordering ten grondslag dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een vaste arbeidsomvang van 24 uur per week (zie 1.2) nooit geëindigd is. Er heeft door geen van partijen enige opzeggingshandeling plaatsgevonden en ook is nooit een eindafrekening opgemaakt. [REDACTED] maakt daarom aanspraak op loon op grond van artikel 7:629 BW en de daarvan afwijkende regels in artikel 7.2 en 7.3 van de CAO Horeca, die op de arbeidsovereenkomst van toepassing is: 95% van het loon voor het eerste ziektejaar en 75% van het loon voor het tweede ziektejaar.
6. De kantonrechter overweegt hierover als volgt. [REDACTED] vordert hiermee in feite nakoming van de onder 1.2 bedoelde arbeidsovereenkomst. Vaststaat dat die arbeidsovereenkomst niet door een van partijen schriftelijk is opgezegd. De kantonrechter is echter van oordeel dat die arbeidsovereenkomst op instigatie van [REDACTED] met wederzijds goedvinden is beëindigd per 1 augustus 2019. Dat volgt uit de onder 1.3 tot en met 1.6 genoemde feiten. Daaruit blijkt immers dat partijen uitdrukkelijk hebben besproken of onder ogen hebben gezien dat [REDACTED] in verband met een te volgen studie niet meer op vaste tijden en uren beschikbaar zou zijn, zich ook niet wilde vastleggen voor een bepaald aantal uren per week, en dat een nulurencontract voor deze nieuwe situatie de beste oplossing bood. Dat nieuwe contract hebben zij ook ondertekend. Daarin is vermeld dat [REDACTED] per 2 september 2019 in dienst is. Klaarblijkelijk was zij daarvoor dus uit dienst. Dat strookt ook met het gegeven dat [REDACTED] in augustus 2019 niet heeft gewerkt, terwijl zij evenmin stelt vakantie dagen te hebben opgenomen of ziek te zijn geweest. Ook heeft zij, zoals Beapart onweersproken heeft toegelicht, geen salaris ontvangen over augustus 2019. Zij heeft wel een loonstrook ontvangen, maar dat was een vergissing die is teruggedraaid.
7. Uit de feiten volgt niet dat partijen bedoeld hebben dat de oude arbeidsovereenkomst naast het nieuwe nulurencontract zou blijven bestaan. Dat zou ook zinledig zijn en niet te rijmen met de mededeling van [REDACTED] dat zij zich (zelfs) niet voor 8 uur per week wilde vastleggen (zie 1.4). Dat er geen eindafrekening is opgemaakt na de

beëindiging van het eerste contract heeft volgens Beapart te maken met het feit dat er niets af te rekenen viel: ████████ had in juli 2019 haar resterende vakantiedagen immers opgenomen, aldus Beapart. Ook dit is door ████████ niet meer weersproken.

8. De conclusie uit al het voorgaande is dan ook dat de arbeidsovereenkomst met een arbeidsomvang van 24 uur per week niet langer bestaat. ████████ kan zich niet langer op nakoming van die arbeidsovereenkomst beroepen. De primaire vordering (zie 2.a en 2.b) is dan ook niet toewijsbaar.
9. Subsidiair, voor het geval de arbeidsovereenkomst met vaste arbeidsomvang per 1 augustus 2019 is geëindigd, doet ████████ een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW. Het is volgens haar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar om bij het vaststellen van het loon bij ziekte het nulurencontract aan te houden. In plaats daarvan moet loon worden betaald op basis van het eerdere contract met vaste arbeidsomvang van 24 uur. ████████ wijst er in dit verband op dat zij binnen één maand nadat het nulurencontract inging, werd aangereden en arbeidsongeschikt raakte. Met de kennis van nu had ████████ nooit ingestemd met een nulurencontract, temeer omdat zij niet aan haar HBO-studie heeft kunnen beginnen. Bovendien is het nieuwe contract er een voor onbepaalde tijd. Het kan niet de bedoeling van de wetgever zijn dat ████████ wel verplicht is om aan alle verplichtingen van de Wet Poortwachter te voldoen en mee te werken aan re-integratie, maar geen enkel loon ontvangt. Verder is het ongeval veroorzaakt door een derde en kan de werkgever op die derde regres nemen voor wat betreft de loonkosten.
10. Hierover overweegt de kantonrechter het volgende. Op grond van artikel 6:248 lid 2 BW is een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Bij de toepassing van dit artikellid dient de rechter de nodige terughoudendheid te betrachten.
11. ████████ heeft niet toegelicht welke concrete regel uit de tussen partijen geldende overeenkomst - het nulurencontract - niet van toepassing zou zijn. Blijkbaar bedoelt zij dat die héle overeenkomst niet van toepassing is, en dat in plaats daarvan moet worden teruggegrepen op het onder 1.2 bedoelde contract - dat, zoals hiervoor is geoordeeld, is beëindigd. Dat gaat, zeker gezien de terughoudendheid die bij de toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW in acht moet worden genomen, veel te ver. Daarbij wordt ook in aanmerking genomen dat het, zoals Beapart terecht aanvoert, de wens van ████████ zelf is geweest om afscheid te nemen van (de zekerheid van) een contract met vaste arbeidsomvang en in plaats daarvan te kiezen voor een nulurencontract. Niet valt in te zien waarom ████████ daaraan thans niet gehouden zou kunnen worden. Het enkele feit dat zij dat contract, als zij had geweten dat zij kort na het aangaan daarvan arbeidsongeschikt zou raken, niet zou hebben gesloten, betekent niet dat daarom thans ook moet worden gedaan alsof zij dat contract niet heeft gesloten. ████████ heeft bij het aangaan van het nulurencontract niet gedwaald (althans daarover heeft zij niets gesteld) en heeft er bewust voor gekozen om dat contract aan te gaan, met alle daaraan verbonden lusten en lasten. Dat zij kort daarna arbeidsongeschikt is geraakt is ongelukkig, maar dat is een speling van het lot en niet een omstandigheid die maakt dat alle bepalingen van de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst niet meer van

toepassing zijn omdat dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Hetgeen [REDACTED] in dit verband nog stelt over het voldoen aan re-integratieverplichtingen, kan haar tot slot ook niet baten. [REDACTED] miskent hiermee dat niet alleen [REDACTED] maar ook Beapart moet voldoen aan de verplichtingen uit de Wet Poortwachter.

12. De subsidiaire vordering is, gelet op het voorgaande, derhalve ook niet toewijsbaar.
13. Meer subsidiair stelt [REDACTED] dat er sprake is van recht op loon op grond van artikel 7:610b BW juncto artikel 7:629 BW. In beginsel bestaat er in geval van een nulurencontract buiten de oproepperiode geen recht op loon bij ziekte, tenzij er sprake is van een periode waarin de werknemer regelmatig arbeid heeft verricht. Voor dat laatste biedt artikel 7:610b BW uitkomst, aldus [REDACTED]. De gemiddelde arbeidsomvang kan in dit (uitzonderlijke) geval niet worden bepaald op basis van de drie voorafgaande maanden, omdat [REDACTED] als gevolg van het verkeersongeval niet drie maanden heeft kunnen werken onder het nieuwe contract. Er moet daarom volgens [REDACTED] gekeken worden naar een representatieve periode, te weten de laatste drie maanden waarin gewerkt is: juli 2019 (24 uur per week op basis van vorige contract), september 2019 (5 uur per week) en oktober 2019 (opgeroepen voor 4 uur per week). De gemiddelde arbeidsduur bedraagt, aldus berekend, 11 uur per week.
14. Artikel 7:610b 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. De arbeidsovereenkomst – het nulurencontract – had op het moment van de ziekmelding echter nog geen drie maanden geduurd. Reeds hierom komt [REDACTED] geen beroep toe op artikel 7:610b BW. Aan de vraag naar welke drie 'voorafgaande' maanden gekeken moet worden, komt de kantonrechter dan ook niet toe.
15. Meest subsidiair stelt [REDACTED] dat zij weliswaar strikt genomen niet voldoet aan de referentieperiode van artikel 7:610b BW, maar dat gekeken moet worden naar de vraag of in de maanden waarin zij wel was ingedeeld, sprake was van een vast arbeidspatroon, op grond waarvan zij in de toekomst ook zou zijn ingeroosterd. Dat is volgens [REDACTED] het geval. Op basis van de gewerkte/ingedeelde uren in september en oktober 2019 is sprake van een gemiddelde arbeidsomvang van 20 uur per maand, oftewel 4,5 uur per week.
16. De kantonrechter overweegt hierover het volgende. Tussen partijen is sprake van een nulurencontract. Blijkens de parlementaire geschiedenis (kamerstukken II 1995-1996, 24 439, nr 6, p. 21) moet in dat geval bij de beoordeling van de vraag of er aanspraak bestaat op loondoorbetaling vastgesteld worden of er sprake is van een situatie waarin de werknemer, indien de ziekte niet was opgetreden, arbeid zou hebben verricht.
17. In de arbeidsovereenkomst hebben partijen geen vaste tijden of dagen afgesproken waarop [REDACTED] zou werken. Evenmin is voor het voetlicht gekomen dat het de bedoeling van partijen was dat [REDACTED] altijd een bepaald uren per maand zou werken. Dat sprake was (geworden) van een vast arbeidspatroon op grond waarvan [REDACTED] mocht verwachten dat zij ook na oktober 2019 conform dat patroon zou

worden ingedeeld, is evenmin het geval. In september 2019 was [REDACTED] op de volgende dagen en tijden ingedeeld:

Week 1-8 september:	0 uren
Week 9-15 september:	dinsdag 10 september 14:00-20:00 zaterdag 14 september 08:00-12:00 zondag 15 september 08:00-12:00
Week 16-22 september:	woensdag 18 september 16:30-20:00
Week 23-30 september:	zaterdag 28 september 08:00-12:00 zondag 29 september 08:00-12:00

In oktober 2019 was zij op de volgende dagen ingeroosterd:

Week 1-6 oktober:	vrijdag 4 oktober 16:00-20:00 zaterdag 5 oktober 08:00-12:00
Week 7-13 oktober:	0 uren
Week 14-20 oktober:	zaterdag 19 oktober 08:00-12:00 zondag 20 oktober 08:00-12:00
Week 21-17 oktober:	0 uren
Week 28-31 oktober:	0 uren

Hieruit blijkt slechts dat [REDACTED] vaker in het weekend werkte of werd ingedeeld dan door de week, maar van een vast patroon is naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake.

18. Op de vraag in hoeverre [REDACTED] na oktober 2019 zou zijn opgeroepen als zij niet arbeidsongeschikt was geweest, heeft Beapart ter zitting desgevraagd het volgende geantwoord. Zij deelde [REDACTED] in als er invalkrachten nodig waren. Voor de maand november 2019 heeft Beapart geen invalkrachten nodig gehad. De maanden december tot en met februari zijn normaal gesproken de rustigste maanden voor Beapart omdat zij zich richt op zakenlui die komen voor long stay, en die komen niet in die drie maanden. [REDACTED] zou daarom ook in die maanden niet nodig zijn geweest als invalkracht. Voor de maanden na februari 2020 geldt dat corona inmiddels zijn intrede had gedaan, waardoor de gasten sowieso wegbleven en [REDACTED] ook niet zou zijn opgeroepen, aldus Beapart.
19. Uit deze toelichting volgt derhalve dat allerminst zeker is dat [REDACTED] ook na oktober 2019 zou zijn opgeroepen om te werken.
20. De conclusie uit al het voorgaande is dan ook dat [REDACTED] na haar ziekmelding slechts aanspraak kon maken op de uren van de oproep waarvoor zij reeds was ingedeeld (oktober 2019). Onweersproken is dat Beapart die uren heeft uitbetaald.
21. Uit al het voorgaande volgt dat de vorderingen van [REDACTED] moeten worden afgewezen.
22. [REDACTED] wordt als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de proceskosten.

BESLISSING

De kantonrechter:

- I. wijst de vordering af;
- II. veroordeelt [REDACTED] in de proceskosten die aan de zijde van Beapart tot op heden begroot worden op € 746,00 aan salaris van de gemachtigde, voor zover van toepassing, inclusief btw;
- III. veroordeelt [REDACTED] in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 62,00 aan salaris gemachtigde, te verhogen met een bedrag van € 68,00 en de exploitkosten van betekening van het vonnis, een en ander voor zover van toepassing inclusief btw, onder de voorwaarde dat [REDACTED] niet binnen veertien dagen na aanschrijving volledig aan dit vonnis heeft voldaan en betekening van het vonnis pas na veertien dagen na aanschrijving heeft plaatsgevonden;
- IV. verklaart de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. R. Kruisdijk, kantonrechter, en in het openbaar uitgesproken op 14 december 2021 in tegenwoordigheid van de griffier.

Voor grosse conform
De griffier van de rechtbank Amsterdam