

ECLI:NL:RBAMS:2020:4354

□ Rechtspraak.nl, Rechtbank Amsterdam, 03-09-2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4354, 8652571 KK EXPL 20-424

Kort geding. Rechtsvermoeden arbeidsomvang. Samenloop 7:610 en 7:628a BW. Niet werken als toeristengids in verband met coronamaatregelen valt in risicosfeer van werkgever die aanspraak heeft op NOW regeling

GEGEVENS

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	03-09-2020
Datum publicatie	23-09-2020
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:RBAMS:2020:4354
Zaaknummer	8652571 KK EXPL 20-424
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig Kort geding
Rechtsgebied	Burgerlijk procesrecht

UITSpraak

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer: 8652571 KK EXPL 20-424
vonnis van: 3 september 2020
func.: 515

vonnis van de kantonrechterkort geding

In z a k e

[eiser],
wonende te [woonplaats],
eiser,
nader te noemen: [eiser],
gemachtigde: mr. B. Bostancieri-Dinc,

t e g e n

de besloten vennootschap [gedaagde] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],
gedaagde,
nader te noemen: [gedaagde],
gemachtigde: mr. D. Griffiths.

VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Bij dagvaarding van 21 juli 2020, met producties, heeft [eiser] een voorziening gevorderd.

Ter zitting van 27 augustus 2020 heeft de mondelinge behandeling plaatsgevonden. [eiser] is in persoon verschenen, vergezeld door de gemachtigde. [gedaagde] is verschenen bij [betrokkene gedaagde], vergezeld door de gemachtigde. Namens [eiser] zijn op voorhand nog aanvullende stukken in het geding gebracht. Partijen hebben ter zitting hun standpunten toegelicht, mede aan de hand van overgelegde aantekeningen. Na verder debat is vonnis gevraagd en is een datum voor vonnis bepaald.

GRONDEN VAN DE BESLISSING

Uitgangspunten

- Als uitgangspunt geldt het volgende.
 - [eiser] is met ingang van 15 maart 2017 in dienst van [gedaagde] op basis van een oproepovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht. De arbeidsovereenkomst is aangegaan voor onbepaalde tijd.
 - [eiser] is werkzaam in de functie van toeristengids en verricht de werkzaamheden voornamelijk in Amsterdam en omgeving. [eiser] heeft in het verleden

toeristen begeleid naar de Keukenhof.

- 1.3. [eiser] ontvangt een salaris van € 14,28 bruto per uur, exclusief 8% vakantietoeslag
- 1.4. Bij brief van 13 januari 2020 heeft [gedaagde] aan [eiser] op basis van artikel 7:628a van het Burgerlijk Wetboek (BW) een arbeidsovereenkomst aangeboden met een omvang van 28 uur, ingaande 1 februari 2020. In de brief is opgenomen, voor zover hier van belang
"I do/don't agree with this offer of hours on my labour contract. If I don't agree, I'll continue to work under the same labour conditions in 2020."
- 1.5. [eiser] heeft bij e-mail van 28 februari 2020 het aanbod van [gedaagde] niet aanvaard.
- 1.6. Bij brief van 7 maart 2020 heeft [eiser] aan [gedaagde] meegedeeld, voor zover hier van belang
"Sinds 1/3/2016 heb ik een oproepcontract/arbeidsovereenkomst voor 0 uur per maand. Gemiddeld heb ik de afgelopen 13 weken echter meer uren, te weten 18 uren 7 min per week gewerkt. Ik zou deze uren dan ook graag in mijn arbeidsovereenkomst laten opnemen. Ik verzoek u derhalve om wijziging van mijn arbeidsovereenkomst in te wijzigen op 18 uur per week op grond van artikel 7:610b van het Burgerlijk Wetboek en/of eventuele bepaling in toepasselijke cao."
- 1.7. [gedaagde] heeft afwijzend op het verzoek van [eiser] gereageerd.
- 1.8. Namens [eiser] heeft de gemachtigde van [eiser] bij brief van 7 mei 2020 aan [gedaagde] meegedeeld, voor zover hier van belang
"Vanaf halverwege maart 2020, sinds de start van de lockdown in verband met het coronavirus, heeft u cliënt niet meer opgeroepen om te komen werken. Van cliënt begreep ik dat werkgever heeft besloten het salaris van april aan te vullen tot het gemiddeld gewerkte uren in de maand januari, februari en maart 2020. Voor cliënt betekent dit 28,57 uur per maand. Client begreep dat dit ook als basis komt te dienen voor het loon over mei 2020. De periode januari, februari en maart 2020, die nu als referentieperiode wordt genomen voor het salaris van april en mei betreft echter geen representatieve periode. Niet alleen is in maart 2020 al heel weinig gewerkt door de coronamaatregelen maar is in deze maanden in het algemeen sprake van een laagseizoen. Tevens is het voor cliënt in het bijzonder ook geen representatieve periode nu hij in deze periode twee keer verlof heeft opgenomen. Cliënt geeft aan dat een heel kalenderjaar een representatieve periode geeft van de gemiddelde arbeidsomvang. (...) Tevens wil ik u erop wijzen dat cliënt op grond van artikel 7:610b BW recht heeft op een arbeidsovereenkomst met een gemiddelde urenomvang van 28 uur per week en is niet langer sprake van een 0-urenovereenkomst. (...)"
- 1.9. [gedaagde] heeft uit hoofde van de Tijdelijke Maatregel Overbrugging Werkgelegenheid (NOW) een voorschot in de loonkosten ontvangen van € 2.326.146,00.

Vordering

2. [eiser] vordert dat [gedaagde] bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, veroordeeld zal worden tot betaling van € 1.732,59 bruto per maand, vanaf juli 2020, verschuldigd als salaris, gebaseerd op een arbeidsomvang van 28 uur per week, te vermeerderen met de vakantietoeslag en de verhogingen van het loon op grond van de wet en/of cao, zolang de arbeidsovereenkomst voortduurt. Verder vordert [eiser] betaling van [gedaagde] van € 3.973,83 aan achterstallig salaris vanaf april 2020 tot en met juni 2020, € 317,91 bruto aan achterstallig vakantiegeld, € 2.145,87 aan wettelijke verhoging en € 554,17 aan buitengerechtelijke kosten, een en ander vermeerderd met de wettelijke rente en met veroordeling van [gedaagde] in de kosten van dit geding.
3. [eiser] stelt hiertoe dat hij op basis van het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW een arbeidsomvang heeft van 28 uur per week. De arbeidsovereenkomst heeft minimaal drie maanden geduurd en wanneer een referentieperiode van een jaar wordt gehanteerd, is de gemiddelde arbeidsomvang 28 uur per week. Dat is ook in overeenstemming met het aanbod dat [gedaagde] aan [eiser] heeft gedaan in het voorstel van januari 2020 op grond van artikel 7:628a BW. [eiser] bestrijdt dat hem door het afwijzen van het aanbod geen beroep op artikel 7:610 BW toekomt. Door de afwijzing is ook het rechtsvermoeden niet weerlegd. Voor de omvang van het dienstverband moet aansluiting worden gezocht bij het aanbod dat [gedaagde] zelf heeft gedaan. De omstandigheid dat [eiser] door de coronacrisis niet heeft kunnen werken dient voor rekening en risico van [gedaagde] te komen, aldus [eiser].

Verweer

4. [gedaagde] betwist de vorderingen van [eiser] en voert daartoe het volgende aan. Primair stelt [gedaagde] zich op het standpunt dat de arbeidsomvang tussen partijen nul uren bedraagt. [eiser] heeft immers het aanbod van [gedaagde] op grond van de Wet Arbeidsmarkt in Balans om op basis van 28 uur per week afgewezen. Hierdoor werd door toedoen van [eiser] de arbeidsomvang op nul uren gezet. Het beroep van [eiser] op 7:610b BW levert een rechtsvermoeden op over de arbeidsomvang, maar dat kan worden weerlegd. Door de afwijzing van februari 2020 kwam [eiser] geen beroep meer toe op dit artikel en geldt een omvang van nul uur. Als [eiser] al aanspraak heeft op artikel 7:610b BW, dan is die omvang in ieder geval niet gelijk aan de arbeidsomvang over het jaar 2019. Dat had [eiser] immers net afgewezen. Subsidiar betoogt [gedaagde] dat [eiser] op grond van artikel 7:628 BW geen recht op loondoorbetaling heeft, nu [eiser] niet heeft gewerkt. Volgens [gedaagde] dient deze coronapandemie niet voor haar risico te komen. Daarbij dient in aanmerking te worden genomen dat op het moment dat [eiser] eind februari 2020 toen hij het aanbod afwees en koos voor een 0-uren contract, de eerste besmetting al was vastgesteld en hij daarmee wilens en wetens het risico heeft aanvaard dat er minder werk zou zijn voor hem. Bovendien kan [eiser] aanspraak maken op de werkloosheidswet, terwijl [gedaagde] niet verzekerd is.

Beoordeling

5. In dit kort geding dient te worden beoordeeld of de in deze zaak aannemelijk te achten omstandigheden een ordemaatregel vereisen dan wel of de vordering van [eiser] in een bodemprocedure een zodanige kans van slagen heeft dat het gerechtvaardigd is op de toewijzing daarvan vooruit te lopen door het treffen van een voorziening zoals gevorderd. Het navolgende behelst dan ook niet meer dan een voorlopig oordeel over het geschil tussen partijen.

Artikel 7:610b BW

6. Het meest verstrekkende verweer van [gedaagde] dat [eiser] geen beroep op artikel 7:610b BW toekomt, wordt verworpen. Terecht is door [eiser] gesteld dat de regeling van 7:628a BW aan een beroep op het rechtsvermoeden van 7:610b BW niet in de weg staat. Ook het betoog van [gedaagde] dat onder de gegeven omstandigheden door haar het rechtsvermoeden is weerlegd, houdt geen stand. [eiser] heeft in reactie op het aanbod laten weten dat hij niet wenst in te stemmen met een arbeidsovereenkomst met een omvang van 28 uur zoals in het voorstel is geformuleerd. Daarmee heeft hij nog niet ingestemd met een arbeidsomvang van nul uren. In de hiervoor geciteerde brief van [gedaagde] van 13 januari 2020 wordt door [gedaagde] ook zelf meegedeeld dat bij afwijzing van het aanbod de arbeidsovereenkomst wordt voortgezet onder dezelfde condities. Dat [eiser] daarmee heeft bedoeld dat hij vanaf dat moment nul uren voor [gedaagde] zal werken, is niet aannemelijk geworden en dat heeft [gedaagde] ook niet mogen begrijpen. [eiser] heeft in de periode voorafgaand aan de afwijzing van het aanbod daadwerkelijk uren gewerkt. De enkele omstandigheid dat [eiser] en [gedaagde] in 2017 een nul uren arbeidsovereenkomst zijn aangegaan, maakt dat niet anders, nu de feitelijke invulling van partijen de laatste jaren een andere was. Aannemelijk is dat [eiser] die feitelijke invulling heeft willen voortzetten.

Arbeidsomvang

7. Voor het antwoord op de vraag wat de arbeidsomvang van [eiser] is en welke referteperiode bij het beroep van [eiser] op artikel 7:610 BW tot uitgangspunt wordt genomen, geldt dat in beginsel de laatste drie maanden als referteperiode hebben te gelden. Dat de bodemrechter in het onderhavige geval een andere periode zal hanteren, is niet aannemelijk geworden. Ingevolge het arrest van de Hoge Raad van 27 april 2012, (ECLI:NL:HR:2012:BW0017, JAR 2012/149) kan de werknemer een verzoek doen tot vaststelling van de arbeidsduur voor een andere periode dan die onmiddellijk voorafgaand aan dat verzoek. Dat het hele jaar 2019 als referteperiode heeft te gelden, daarvoor heeft het [eiser] in dit geding onvoldoende gesteld. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat [eiser] een maand daarvoor de 28 uur per week geen reden vond om in te gaan op het aanbod van [gedaagde]. De omstandigheid dat in de toeristenbranche sprake is van wisselende periodes is daarvoor evenzeer onvoldoende. Voor het overige zijn door [eiser] geen feiten of omstandigheden aangedragen die de verwachting rechtvaardigen dat de bodemrechter een andere referteperiode zal hanteren. Dat [eiser] actief is in de toeristenbranche en er in die branche pieken en dalen zijn, maakt nog niet dat daarmee de door [gedaagde] gehanteerde periode niet kan worden gebruikt, nu het niet de bedoeling is om alleen de periode dat het meest gewerkt is als referteperiode te gebruiken. Dat [eiser] in de maanden januari, februari en maart 2020 met verlof is geweest, zou aanleiding kunnen zijn voor een andere referteperiode, maar bij gebreke aan duidelijke informatie hierover, kan daar in dit geding niet op vooruitgelopen worden.

Artikel 7:628 BW

8. Het verweer van [gedaagde] dat de aanspraak van [eiser] moet worden afgewezen nu hij niet heeft gewerkt en dit op grond van artikel 7:628 BW voor zijn rekening dient te komen, wordt verworpen. Daarbij wordt allereerst in aanmerking genomen dat het adagium “geen arbeid, geen loon, met de inwerkingtreding van de Wet Arbeidsmarkt in Balans op 1 januari 2020 is komen te vervallen en kort gezegd in 7:628 BW is gewijzigd in “geen arbeid, wel loon, tenzij”. Voor beide partijen geldt dat de coronacrisis als een onvoorziene omstandigheid heeft te gelden. Voor [gedaagde], omdat op grond van overheidsmaatregelen van de ene op de andere dag het toerisme volledig tot stilstand is gekomen en voor [eiser] omdat hij daarmee als toeristengids geen werk meer heeft. De stelling van [gedaagde] dat [eiser] op het moment dat hij het aanbod van [gedaagde] afwees, willens en wetens het risico heeft geaccepteerd dat in verband met de pandemie er minder werk voor hem zou zijn, houdt geen stand. Op dat moment, in februari 2020, was de omvang en de duur van de coronacrisis in Nederland en de gevolgen daarvan voor de toeristenindustrie in Nederland immers op geen enkele wijze voorzienbaar, ook al was er bekendheid met plaatselijke uitbraken van het virus in het buitenland. Dat in redelijkheid de gevolgen van de coronacrisis voor rekening van [eiser] dienen te komen, is in dit geding niet aannemelijk geworden. Daarbij wordt allereerst in ogenschouw genomen dat sprake is van een exceptionele omstandigheid die niet zonder meer in de risicosfeer van [eiser] of [gedaagde] valt. Wel wordt in ogenschouw genomen dat de toeristenbranche uit de aard in belangrijke mate afhankelijk is van ontwikkelingen elders in de wereld, zodat er aanleiding is het risico dat zich op wereldschaal voordoet en gevolgen heeft voor het toerisme in Nederland eerder bij [gedaagde] neer te leggen. Doorslaggevend voor de belangenafweging in het onderhavige geval is echter de omstandigheid dat [gedaagde] in aanmerking is gekomen voor de NOW-regeling van de overheid en daarvoor een substantieel bedrag uitgekeerd heeft gekregen. Verder is gesteld noch gebleken dat [gedaagde] voor de opvolgende maatregelen niet in aanmerking zal komen, terwijl die steunmaatregelen naar verwachting tot in het volgend jaar zullen doorlopen. De bedoeling van deze regeling is nu juist om ervoor te zorgen dat ondernemingen als [gedaagde] daarmee in staat worden gesteld om personeel in dienst te houden en salarissen door te betalen. Indien nu het risico in de gegeven omstandigheden voor het niet kunnen werken niet bij [gedaagde], maar bij [eiser] zou worden neergelegd, mist de NOW-regeling in dit geval haar werking en ontvangt [gedaagde] een vergoeding zonder dat daar een loonprestatie van [gedaagde] jegens [eiser] tegenover staat. Voor het overige zijn door [gedaagde] geen feiten of omstandigheden naar voren gebracht die de verwachting rechtvaardigen dat de bodemrechter het risico van niet werken op dit moment bij [eiser] zal neerleggen. Dat [eiser] aanspraak zou hebben op een WW-uitkering en [gedaagde] een dergelijke verzekering niet heeft, is daarvoor in de gegeven situatie onvoldoende, nog daargelaten dat gelden uit de NOW-regeling als een dergelijke verzekering zouden kunnen worden aangemerkt.

9. Hetgeen hiervoor is overwogen, leidt ertoe dat de vorderingen van [eiser] als in de dagvaarding geformuleerd, niet toewijsbaar zijn omdat hij geen loonaanspraak heeft voor 28 uur per week. Wel heeft [eiser] aanspraak om doorbetaling van zijn loon op basis van het gemiddeld aantal uren over de maanden januari, februari en maart 2020. Uit de ter terechtzitting gegeven toelichting wordt afgeleid dat [gedaagde] jegens [eiser] tot en met juni 2020 aan haar verplichtingen op basis van deze aanspraak heeft voldaan. Bij gebreke van specifieke informatie over de omvang van deze loonaanspraak, zijn de vorderingen van [eiser] in dit geding als na te melden toewijsbaar. Voor wettelijke verhogingen over het eventueel nog verschuldigde bedragen aan loon is geen aanleiding.

10. De vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten wordt afgewezen. De door de gemachtigde uitgevoerde werkzaamheden zijn onvoldoende om een dergelijke vergoeding te rechtvaardigen.

11. Nu partijen over en weer deels in het ongelijk zijn gesteld is er aanleiding de proceskosten tussen partijen als na te melden te compenseren.

BESLISSING

De kantonrechter:

veroordeelt [gedaagde] tot betaling aan [eiser] van het loon vanaf juli 2020 gebaseerd op het gemiddeld aantal uren over de maanden januari 2020, februari 2020 en maart 2020, te vermeerderen met de vakantietoeslag alsmede de verhogingen op grond van de wet en/of cao, vermeerderd met de wettelijke rente hierover vanaf het tijdstip van opeisbaarheid tot aan de dag van voldoening;

verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

compenseert de proceskosten tussen partijen aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. E. Pennink, kantonrechter, en in het openbaar uitgesproken op 3 september 2020 in tegenwoordigheid van de griffier