

# ECLI:NL:RBROT:2020:9951

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	03-11-2020
Datum publicatie	05-11-2020
Zaaknummer	8689030 VV EXPL 20-303
Rechtsgebieden	Arbeidsrecht
Bijzondere kenmerken	Kort geding
Inhoudsindicatie	Loonvordering medewerkster bediening. Sluiting restaurant i.v.m. corona in beginsel voor risico werkgever. Opgedragen werkzaamheden in afhaalgedeelte onder omstandigheden redelijk. Werkgever hoeft alleen gewerkte uren te betalen. Geen wettelijke verhoging
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR-Updates.nl 2020-1321 JAR 2020/281

## Uitspraak

### RECHTBANK ROTTERDAM

zaaknummer: 8689030 VV EXPL 20-303

uitspraak: 3 november 2020

**vonnis in kort geding ex artikel 254 lid 5 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van de kantonrechter, zitting houdende te Rotterdam,**

in de zaak van

**[eiseres]** ,

wonende te [woonplaats eiseres] ,

eiseres bij exploit van dagvaarding van 14 augustus 2020,

gemachtigde: mr. N. Slingerland, advocaat te Capelle aan den IJssel,

tegen

**[gedaagde] , handelend onder de naam [handelsnaam],**

gevestigd te [woonplaats gedaagde] ,

gedaagde,

gemachtigde: mr. P.F.Y. Yuen, advocaat te Rotterdam.

Partijen worden hierna aangeduid als " [eiseres] " respectievelijk " [gedaagde] ".

## **1. Het verloop van de procedure**

1.1 De kantonrechter heeft kennis genomen van de volgende processtukken:

de dagvaarding, met producties;

de e-mails van de gemachtigde van [gedaagde] van 2 en 3 september 2020, met producties.

1.2 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 4 september 2020. [eiseres] is in persoon verschenen, vergezeld door de heer [naam 1] (tolk) en bijgestaan door haar gemachtigde. [gedaagde] is in persoon verschenen, vergezeld door mevrouw [naam 2] (tolk) en bijgestaan door zijn gemachtigde. Ter zitting hebben beide partijen hun standpunt toegelicht, waarbij de gemachtigde van [gedaagde] zich bediend heeft van pleitaantekeningen die door haar in het geding zijn gebracht en die deel uitmaken van het procesdossier. De griffier heeft aantekening gehouden van het verhandelde ter zitting.

1.3 De kantonrechter heeft de beslissing in de zaak aangehouden teneinde partijen in de gelegenheid te stellen nadere informatie te verstrekken. Namens [gedaagde] is gereageerd bij e-mail van 6 oktober 2020. Bij e-mail van 19 oktober 2020 heeft de kantonrechter de gemachtigde van [eiseres] in de gelegenheid gesteld om te reageren op genoemde e-mail van 6 oktober 2020. De gemachtigde van [eiseres] heeft gereageerd bij brief van 23 oktober 2020.

1.4 De kantonrechter heeft de uitspraak van het vonnis bepaald op heden.

## **2. De vaststaande feiten**

In het kader van de onderhavige procedure kan van de volgende vaststaande feiten worden uitgegaan.

2.1 [eiseres] is op 1 augustus 2017 in dienst getreden bij [horecagelegenheid] in de functie van medewerker bediening op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor 38 uur per week, laatstelijk tegen een salaris van € 2.134,08 bruto per maand inclusief 8% vakantiebijslag, welk salaris correspondeert met € 1.976,- bruto per maand exclusief vakantiebijslag.

2.2 [gedaagde] heeft vanaf 1 april 2020 geen loon meer betaald aan [eiseres] .

2.3 Bij brief van 13 juli 2020 heeft [eiseres] aan [gedaagde] verzocht om het achterstallige loon over de maanden april, mei en juni 2020 binnen zeven dagen per bank aan haar te voldoen.

2.4 [gedaagde] heeft via WhatsApp gereageerd op 22 juli 2020, waarbij hij onder meer het volgende heeft vermeld:

"(...)

*Wegens corona-crisis heb ik met [eiseres] ( [geboortedatum eiseres] ) overlegd dat zij op 1 april 2020*

*tot 31 juli 2020 stop bij [horecagelegenheid] in dienst was. En zij wilt op 01 augustus weer bij [horecagelegenheid] beginnen.”*

- 2.5 Naar aanleiding van bedoelde reactie heeft [eiseres] een advocaat ingeschakeld die, namens haar, bij brief van 24 juli 2020 opnieuw aanspraak heeft gemaakt op betaling van het achterstallig salaris over de maanden april tot en met juli 2020.
- 2.6 De advocaat van [gedaagde] heeft daarop gereageerd bij brief van 4 augustus 2020, waarbij zij namens [gedaagde] heeft gesteld dat [gedaagde] niet gehouden is tot loonbetaling omdat [eiseres] gedurende de maanden april tot en met juli 2020 niet beschikbaar was voor het verrichten van haar werkzaamheden.
- 2.7 Nadien is verdere correspondentie gevoerd tussen de gemachtigden van beide partijen, doch een en ander heeft niet geleid tot een oplossing van het tussen partijen gerezen geschil.

### **3. Het geschil**

3.1 [eiseres] heeft bij dagvaarding gevorderd bij vonnis in kort geding, uitvoerbaar bij voorraad:

I. [gedaagde] te veroordelen, althans te bevelen binnen vijf dagen na betekening van het vonnis, tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [eiseres] te betalen:

- a. Het (achterstallig) loon ad € 8.536,32 bruto vanaf 1 april 2020 tot en met heden, vermeerderd met het afgesproken loon tot de dag dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig zal zijn beëindigd;
- b. De wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW, te weten (maximaal) 50% van € 8.536,32, van het onder a gevorderde;
- c. De wettelijke rente over het onder a en b gevorderde vanaf de dag van verzuim, te weten 1 mei 2020, tot aan de dag der algehele voldoening, en

II. [gedaagde] te veroordelen tot betaling aan eiseres van de kosten van het geding, waaronder de door de Raad voor Rechtsbijstand op 22 juli 2020 vastgestelde eigen bijdrage ad € 798,- en griffierecht ad € 83,-, te vermeerderen met de nakosten, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis, en - voor het geval voldoening van de nakosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente over de nakosten te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

3.2 Aan de vordering heeft [eiseres] – zakelijk weergegeven en voor zover thans van belang – het volgende ten grondslag gelegd.

Zij heeft wel degelijk recht op betaling van haar salaris vanaf 1 april 2020. Het verweer van [gedaagde] gaat volgens [eiseres] niet op. Enerzijds betoogt [gedaagde] immers dat hij niet gehouden is om het loon van [eiseres] (door) te betalen omdat partijen op 13 juli 2020 een (al dan niet tijdelijke) stop van het dienstverband zijn overeengekomen, terwijl [gedaagde] anderzijds betoogt dat hij niet gehouden is tot loon(door)betaling aan [eiseres], omdat zij niet beschikbaar was voor het verrichten van de bedongen werkzaamheden. Naar de mening van [eiseres] zijn die stellingen met elkaar in tegenspraak. Bovendien betwist [eiseres] uitdrukkelijk dat zij akkoord is gegaan met een (al dan niet tijdelijke) stop van het dienstverband. [eiseres] betwist ook uitdrukkelijk dat zij in de maanden april, mei, juni en juli 2020 niet beschikbaar is geweest voor het verrichten van haar werkzaamheden voor en bij [gedaagde]. [eiseres] heeft in die maanden gewoon haar werkzaamheden voor en bij haar werkgever verricht. [eiseres] heeft op grond van haar arbeidsovereenkomst met ingang van 1 april 2020 recht op loon(door)betaling door werkgever, te vermeerderen met de wettelijke verhoging van (maximaal) 50% over de achterstallige loonbetaling.

3.3 [gedaagde] heeft de vordering betwist en heeft daartoe – zakelijk weergegeven en voor zover thans van belang – het volgende aangevoerd.

Vanwege de coronamaatregelen is het restaurantgedeelte van 16 tot en met 20 maart 2020 gesloten geweest. Daarna is alleen het afhaalgedeelte geopend. [eiseres] is vanaf de laatste week van maart 2020 niet meer op het werk verschenen. [gedaagde] heeft [eiseres] meerdere keren verzocht om in het afhaalgedeelte te komen helpen, zoals bestellingen opnemen, helpen met inpakken en eventueel bestellingen bezorgen, maar [eiseres] wilde alleen komen werken als het restaurantgedeelte weer is geopend. Dit blijkt onder meer uit de WeChat (een Chinese App vergelijkbaar met WhatsApp) gesprekken tussen [eiseres] en [gedaagde]. [gedaagde] heeft [eiseres] meerdere keren telefonisch en via WeChat laten weten dat als er niet wordt gewerkt, er ook geen loon wordt uitbetaald. Uit de door [gedaagde] overgelegde absentielijst blijkt dat [eiseres] weliswaar in mei 2020 40,55 uur heeft gewerkt, maar dat zij in maart 2020 11 dagen x 8 uur niet heeft gewerkt, terwijl zij voor de gehele maand maart 2020 salaris uitbetaald heeft gekregen. [gedaagde] beroept zich dan ook op verrekening als bedoeld in artikel 7:632 lid 1d BW. [gedaagde] meent genoegzaam aangetoond, althans aannemelijk gemaakt te hebben dat [eiseres] werk heeft geweigerd, ook toen [gedaagde] haar heeft aangeboden mee te helpen in het afhaalgedeelte. Het verzoek om ander werk te verrichten is in deze volgens [gedaagde] een redelijk verzoek, aangezien de werkzaamheden in het afhaalgedeelte niet zo heel veel anders zijn dan in de bediening. Zeker in coronatijd, waar bedrijven het moeilijk hebben, mag er volgens [gedaagde] meer flexibiliteit van een werknemer worden verwacht. Op grond van goed werknemerschap had [eiseres] het aangeboden werk niet mogen weigeren, zodat [gedaagde] meent niet gehouden te zijn tot loonbetaling.

#### **4. De beoordeling**

4.1 Voldoende is gebleken dat [eiseres] een spoedeisend belang heeft bij de door haar gevorderde voorziening, zodat [eiseres] in zoverre ontvankelijk is in haar vordering.

4.2 In dit kort geding dient, mede op basis van hetgeen partijen naar voren hebben gebracht, te worden beoordeeld of de in deze zaak aannemelijk te achten omstandigheden een ordemaatregel vereisen dan wel of de vordering van [eiseres] 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.

##### *Achterstallig loon over de maanden april tot en met juli 2020*

4.3 Ter zitting heeft [eiseres] erkend dat zij, met uitzondering van 40,55 uur in mei 2020, vanaf 20 maart 2020 tot 3 augustus 2020 geen werkzaamheden heeft verricht bij [horecagelegenheid]. Aan de hand van het bepaalde in artikel 7:628 BW dient beoordeeld te worden of [eiseres] desondanks recht heeft op betaling van haar salaris gedurende die periode. Op grond van genoemd artikel is de werkgever verplicht het naar tijdruimte vastgestelde loon te voldoen indien de werknemer de overeengekomen arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, tenzij het geheel of gedeeltelijk niet verrichten van de overeengekomen arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen.

4.4 De van overheidswege bevolen sluiting van de horeca in verband met het coronavirus is een omstandigheid die op grond van artikel 7:628 lid 1 BW in beginsel voor rekening en risico van de werkgever komt. Indien werknemers als gevolg daarvan niet kunnen werken, dient de werkgever in beginsel het loon door te betalen.

4.5 Tussen partijen is niet in geschil dat [eiseres] haar werkzaamheden in de bediening van het

restaurant vanaf medio maart 2020 tot 1 juni 2020 niet heeft kunnen verrichten, in verband met de sluiting van de horeca als gevolg van de coronamaatregelen. De stelling van [gedaagde], dat er na de opening van de horeca per 1 juni 2020 nauwelijks gasten zijn in het restaurantgedeelte en er om die reden ook geen werk was in de bediening, heeft [eiseres] niet betwist.

4.6 Tussen partijen is ook niet in geschil dat [gedaagde] [eiseres] heeft verzocht om andere werkzaamheden te verrichten dan de gebruikelijke bedieningswerkzaamheden in het restaurantgedeelte van [horecagelegenheid]. De stelling van [eiseres], dat zij in plaats van bedongen werkzaamheden in de bediening als kok in de keuken moest werken, vindt naar het oordeel van de kantonrechter geen steun in de bij e-mail van 2 september 2020 als productie 1 overgelegde WeChat gesprekken tussen [gedaagde] en [eiseres]. Uit die gesprekken volgt nu juist dat [gedaagde] [eiseres] meerdere malen heeft verzocht om in het afhaalgedeelte werkzaamheden te verrichten of maaltijden te bezorgen en dat daarop door [eiseres] niet is gereageerd (30 maart 2020 en 20 april 2020) dan wel is gereageerd met "*Je houdt me voor de gek, afhalen?*" (11 april 2020). Tijdens de mondelinge behandeling is van de zijde van [gedaagde] nog toegelicht dat hij [eiseres] heeft verzocht om mee te helpen in de keuken om bestellingen klaar te maken en om

eten in bakjes te doen en de bestellingen daarna via "het poortje naar buiten te duwen". Dit zijn werkzaamheden die zich eerder laten vergelijken met het werk in de bediening, dan met het werk als kok. Bovendien ziet de kantonrechter niet in dat [gedaagde] er belang bij zou hebben om [eiseres] te laten werken als kok, terwijl zij daarvoor niet is gekwalificeerd.

4.7 De stelling van [eiseres], dat zij niet kon komen werken omdat zij geen oppas had voor haar zoon, die zeven jaar oud is, volgt de kantonrechter niet. Uit eerdergenoemde WeChat gesprekken blijkt namelijk dat [gedaagde] haar op 11 april 2020, toen de basisscholen gesloten waren, heeft aangeboden dat zij haar zoon mee kon nemen naar het restaurant. [eiseres] heeft ter zitting erkend dat [gedaagde] heeft voorgesteld dat zij haar zoon zou meenemen naar [horecagelegenheid], doch zover is het niet gekomen omdat haar zoon dat niet wilde. Een dergelijke omstandigheid dient echter voor rekening en risico van [eiseres] te komen. Die omstandigheid kan zij niet afwentelen op [gedaagde], die zich als werkgever uiterst coulant heeft opgesteld. Bovendien is in dit verband van belang dat [eiseres] ook nadat de basisscholen weer geopend waren, niet is ingegaan op het verzoek van [gedaagde] om mee te helpen bij het klaar maken van de bestellingen voor afhaalmaaltijden.

4.8 Mede in het licht van de bijzondere omstandigheden rond de coronacrisis, is de kantonrechter van oordeel dat de door [gedaagde] opgedragen werkzaamheden redelijk zijn en dat van [eiseres] verwacht had mogen worden dat zij die werkzaamheden zou verrichten, zeker nu [gedaagde] ook te kennen heeft gegeven dat het geen probleem was als zij haar zoon zou meenemen naar het restaurant.

4.9 Uit het voorgaande volgt dat het niet verrichten van de werkzaamheden in redelijkheid voor rekening van [eiseres] behoort te komen. Dit betekent dat [gedaagde] uitsluitend gehouden is het loon van [eiseres] door te betalen voor de dagen en uren die zij wel heeft gewerkt.

De kantonrechter stelt in dit verband vast dat [eiseres] de door [gedaagde] als productie 4 bij de e-mail van 3 september 2020 overgelegde absentielijst niet heeft betwist. Op grond van die absentielijst heeft [eiseres] recht op loon voor 40,55 gewerkte uren in mei 2020.

Uitgaande van het door [eiseres] gestelde salaris van € 1.976,- bruto per maand (exclusief vakantiebijslag), dat door [gedaagde] niet is betwist, correspondeert het aantal gewerkte uur van 40,55 met een bedrag aan salaris van € 486,60 bruto, te weten  $[ (3 \times € 1.976,-) : 13 ] : 38$ .

4.10 [gedaagde] heeft een beroep op verrekening gedaan waarbij hij heeft gesteld dat [eiseres] over de maand maart 2020 teveel salaris heeft ontvangen, aangezien zij over die maand het volledige salaris heeft ontvangen, doch 11 dagen x 8 uur te weinig heeft gewerkt. Dat beroep op

verrekening kan in het kader van het onderhavige kort geding niet beoordeeld worden. Nog daargelaten dat artikel 7:632 lid 1 BW verrekening tijdens de loop van het dienstverband maar beperkt toelaat, geldt ook overigens dat [gedaagde] het beroep op verrekening niet concreet onderbouwd heeft. Hij stelt simpelweg dat [eiseres] van 21 maart 2020 tot en met 31 maart 2020 niet op het werk verschenen is en ook geweigerd heeft om passende werkzaamheden te verrichten met betrekking tot de afhaalmaaltijden en dat daardoor 88 uur aan salaris ten onrechte betaald is, doch [gedaagde] rekent daarbij met kalenderdagen en geen werkdagen van [eiseres] , terwijl hij bovendien uitgaat van een werkdag van 8 uur, terwijl tussen partijen vaststaat dat [eiseres] een aanstelling had van 38 uur per week, zodat sprake is van een werkdag van 7.6 uur.

#### *Achterstallig loon vanaf 1 augustus 2020*

- 4.11 Vaststaat dat [eiseres] op 3, 4, 5, 6 en 7 augustus heeft gewerkt. Volgens [gedaagde] is zij niet verschenen op 1 en 2 augustus 2020 en ook niet op 8 en 9 augustus 2020, doch ook hiervoor geldt dat [gedaagde] in de overlegde absentielijst uitgaat van kalenderdagen en niet van werkdagen van [eiseres] . Genoemde vier dagen dat [eiseres] zich niet gemeld heeft, vallen in het weekend en niet duidelijk is of dat werkdagen van [eiseres] waren, zodat aan het niet verschijnen op die dagen geen consequenties verbonden kunnen worden. Vanaf 10 augustus 2020 heeft [eiseres] zich ziekgemeld, zij het dat zij op 12, 13, 14 en 15 augustus 2020 nog gewerkt heeft.

Uit de e-mail van de gemachtigde van [eiseres] van 23 oktober 2020 blijkt dat [eiseres] zich per 22 augustus 2020 opnieuw ziek heeft gemeld en dat zij op 5 oktober 2020 in het ziekenhuis is opgenomen in verband met een maagbacterie. Tevens blijkt uit die e-mail dat zij op 10 november 2020 een vervolgconsult heeft met de bedrijfsarts.

Ingevolge artikel 7.2. van de toepasselijke Horeca-cao is de werkgever gehouden 95% van het loon tijdens ziekte door te betalen, zij het dat de werknemer over de eerste dag van de ziekte geen recht heeft op loon.

Een en ander betekent dat het loon vanaf 1 augustus 2020 toewijsbaar is op de wijze zoals hierna vermeld. Zodra [eiseres] weer arbeidsgeschikt is verklaard, heeft zij alleen dan recht op betaling van het salaris wanneer zij bereid is de bedongen dan wel in redelijkheid door [gedaagde] op te dragen werkzaamheden te verrichten.

#### *Wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW*

4.12 In de gegeven omstandigheden bestaat voor toewijzing van de door [eiseres] gevorderde wettelijke verhoging geen aanleiding. Daarbij acht de kantonrechter van belang dat voldoende aannemelijk is dat de onderneming van [gedaagde] in zwaar weer verkeert als gevolg van de coronacrisis, terwijl anderzijds meeweegt dat [eiseres] zich onwrikbaar heeft opgesteld en geweigerd heeft om passende werkzaamheden te verrichten gedurende de periode dat het restaurant in verband met de lockdown gesloten was. Dat onderdeel van de vordering wordt derhalve afgewezen.

#### *Wettelijke rente in de zin van artikel 6:119 BW*

- 4.13 De gevorderde wettelijke rente is toewijsbaar telkens vanaf de opeisbaarheid van de toegewezen bedragen tot aan de dag van algehele voldoening.

#### *Proceskosten*

- 4.14 Nu partijen over en weer in het ongelijk worden gesteld, bestaat er aanleiding de kosten van het geding te compenseren in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

## **5. De beslissing**

De kantonrechter,

rechtdoende in kort geding:

veroordeelt [gedaagde] om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [eiseres] te voldoen ter zake van salaris over de maand mei 2020 een bedrag van € 486,60 bruto, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 vanaf 1 juni 2020 tot de dag der algehele voldoening;

veroordeelt [gedaagde] tevens om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [eiseres] te voldoen het salaris ten bedrage van € 1.976,- bruto per maand vanaf 1 augustus 2020 tot de dag der rechtsgeldige beëindiging van de arbeidsovereenkomst, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de vervalddag van iedere salaristermijn tot de dag der algehele voldoening, met dien verstande dat [gedaagde] kan volstaan met betaling van 95% van het salaris gedurende de periode dat [eiseres] arbeidsongeschikt is en [eiseres] over de eerste dag van de arbeidsongeschiktheid geen recht heeft op loon en tevens in die zin dat [eiseres] met ingang van de dag dat zij weer arbeidsgeschikt wordt verklaard alleen dan recht heeft op betaling van salaris indien zij bereid en beschikbaar is voor het verrichten van de bedongen dan wel in redelijkheid door [gedaagde] op te dragen werkzaamheden;

compenseert de kosten van het geding in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad en wijst af het méér of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. W.J.J. Wetzels en uitgesproken ter openbare terechtzitting.

44478/710