

ECLI:NL:RBAMS:2021:1924

□ Rechtspraak.nl, Rechtbank Amsterdam, 20-04-2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1924, 9097015

oproepovereenkomst. vaste arbeids omvang. instructierecht werkgever. corona. gemiddeld loon. serveerster. bezorging maaltijden.

GEGEVENS

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	20-04-2021
Datum publicatie	30-04-2021
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:RBAMS:2021:1924
Zaaknummer	9097015
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig Kort geding Mondelinge uitspraak
Rechtsgebied	Burgerlijk procesrecht
Overige publicaties	AR-Updates.nl 2021-0548

UITSpraak

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer: 9097015 KK EXPL 21-192

vonnis van: 20 april 2021

func.: 47653

vonnis van de kantonrechterkort geding

In z a k e

[eiseres]

wonende te [woonplaats]

eiseres,

nader te noemen: [eiseres]

gemachtigde: mr. J.F. Overes

t e g e n

de besloten vennootschap Amsterdam Leidseplein Investments B.V. t.h.o.d.n. Sumo Amsterdam 4, Sumo Asian Chinese specialties en Suma Leidseplein

gevestigd te Amsterdam

gedaagde,

nader te noemen: Sumo

gemachtigde: mr. J. van der Voet.

VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Op 23 maart 2021 heeft [eiseres] een dagvaarding uitgebracht, gericht tegen Sumo, waarin onder andere achterstallig loon en wedertewerkstelling wordt gevorderd. Sumo heeft op 2 april 2021 producties ingediend. [eiseres] heeft op 5 april 2021 een productie ingediend. De zaak is mondeling behandeld ter zitting van 6 april 2021 van de kantonrechter, waar [eiseres] is verschenen, bijgestaan door haar gemachtigde, alsmede namens Sumo [betrokkene], [functie], bijgestaan door de gemachtigde. Partijen hebben hun zaak bepleit, Sumo aan de hand van pleitaantekeningen, en partijen hebben vragen van de kantonrechter beantwoord waarna, na debat, vonnis is bepaald op heden.

UITGANGSPUNTEN

1. Als uitgangspunt geldt het volgende.

- 1.1. [eiseres], geboren [geboortedatum] 2000, is op 4 april 2017 op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in dienst getreden bij Sumo in de functie van serveerster op de afdeling bediening. Inmiddels is sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

- 1.2. Onder de naam Sumo exploiteert gedaagde een Aziatisch restaurant.
- 1.3. In artikel 3 van de arbeidsovereenkomst ('Arbeidstijden') is bepaald dat deze arbeidsovereenkomst is gebaseerd op een wekelijkse arbeidsduur van 5 uur arbeid, rekening houdende met een maximum van 5 meer uren per week, te verrichten op werktijden zoals zijn voorgeschreven door de werkgever.
- 1.4. [eiseres] heeft steeds op wisselende dagen per week en uren per maand gewerkt, variërend van 23,5 uur (september 2019) tot 85,5 uur (juli 2020).
- 1.5. Op 9 mei 2020 hebben partijen een 'vaststellingsovereenkomst' gesloten waarin – voor zover relevant – is bepaald dat de maanden april en mei 2020 op basis van 28 uur per maand betaald gaan worden en dat vanaf juni alleen de opgeroepen uren en gewerkte uren uitbetaald zullen worden.
- 1.6. Sumo is sedert 15 maart 2020 en, na heropening, sedert 14 oktober 2020 opnieuw gesloten in verband met de overheidsmaatregelen in het kader van Covid-19.
- 1.7. Op en na 2 november 2020 heeft [betrokkene] op meerdere momenten aan [eiseres] werk aangeboden als 'bezorger' van maaltijden. Als zij over een rijbewijs zou beschikken kon dit met de scooter, anders lopend of met de fiets. [eiseres] heeft aangegeven dat dit niet iets is wat zij kan. [eiseres] whatsappt aan Sumo dat zij daar niet voor gesolliciteerd heeft en dat zij dat dus ook niet gaat doen. Sumo whatsappt daarop dat zij door de (corona-)maatregelen alleen bezorgwerkzaamheden heeft en dat, als [eiseres] niet wil bezorgen, Sumo dit ziet als werkweigering [eiseres] heeft daarop gewezen op haar contract, waarin staat 'bediening' en niet: 'bezorging'. Zij whatsappt dat zij niet gaat lopen bezorgen. Sumo antwoordt daarop dat het dan werkweigering is.
- 1.8. Daarna hebben partijen nog gewhatsappt over het salaris over oktober 2020 en hun standpunten over het bezorgwerk herhaald. Op 11 november 2020 whatsappt [eiseres] dat, zodra het restaurant weer open gaat, zij haar dagen zal doorgeven.
- 1.9. Op 26 februari 2021 heeft Sumo [eiseres] benaderd voor werk nu Sumo begint met voorbereidende werkzaamheden voor heropening. Het verzoek is dat [eiseres] de beschikbare tijden voor de komende 14 dagen doorgeeft. Blijkens de email van 19 maart 2021 van Sumo betreft het werkzaamheden als soyafilesjes bijvullen, eetstokjes bijvullen, bestek poetsen en klaarleggen en schoonmaak voor de heropening etc. [eiseres] verzoekt Suma daarop contact met haar advocaat op te nemen over deze kwestie. [eiseres] heeft niet meer in werkzaamheden bij Sumo hervat.
- 1.10. Vervolgens is de dagvaarding uitgebracht.

VORDERING

2. [eiseres] vordert, uitvoerbaar bij voorraad, Sumo te veroordelen:

- te betalen een bedrag van € 2.219,34 netto zijnde het achterstallig loon over de periode van 1 januari 2020 tot en met 28 februari 2021;
- te betalen de maximale verhoging ex artikel 7:625 BW alsmede de wettelijke rente tot dat de beide gevorderde bedragen volledig zullen zijn betaald;
- te betalen het gemiddeld loon ad € 362,45 netto per maand (inclusief 8% vakantietoeslag) vanaf 1 maart 2021 tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst tot een rechtsgeldig einde mocht komen, steeds op de gebruikelijke tijdstippen;
- [eiseres], op het moment dat dit weer mogelijk wordt, toe te laten tot het werk en haar daar in de gelegenheid te stellen haar gebruikelijke werkzaamheden als kelner te verrichten, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 2.500,00 voor iedere dag of een gedeelte van een dag dat Sumo in gebreke blijft aan dat vonnis te voldoen,
- in de kosten van deze procedure en de nakosten.

[eiseres] onderbouwt haar vordering door er op te wijzen dat de andersoortige werkzaamheden van 'bezorger' niet zijn overeengekomen en dat zij redenen heeft om dit soort werk niet te doen: zij rijdt al lang geen auto meer, heeft geen fiets en voelt zich niet veilig op straat. Daarnaast is sprake van een onterechte eenzijdige functiewijziging dan wel gaat Sumo haar instructiebevoegdheid als werkgever te buiten. Voorts heeft te gelden dat zij op oproepbasis is aangenomen en dat artikel 7:628a lid 5 BW bepaalt dat de werkgever steeds na iedere 12 maanden dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd, een 'aanbod vaste arbeidsomvang' moet doen en waar dit nog steeds niet is gebeurd, zij aanspraak heeft op een gefixeerde vergoeding als bedoeld in artikel 7:628a lid 8 BW.

VERWEER

3. Sumo is van mening dat niet sprake is van een oproepovereenkomst aangezien er sprake was van een vaste arbeidsduur van vijf uur per week. Bovendien is Sumo met [eiseres] overeengekomen (de 'vaststellingsovereenkomst') dat met ingang van juni 2020 alleen nog de feitelijk gewerkte uren zouden worden uitbetaald. De daarvoor geldende arbeidsovereenkomst is daarmee van tafel. Nu de horeca sinds 14 oktober 2020 weer gesloten is, acht Sumo het gerechtvaardigd dat zij in het kader van haar instructiebevoegdheid [eiseres] gevraagd heeft andere werkzaamheden te verrichten. Dat verzoek heeft zij herhaald vanaf 12 maart 2021 met betrekking tot voorbereidende werkzaamheden, welke werkzaamheden behoren bij de functie van serveerster. Nu [eiseres] ten onrechte deze werkzaamheden geweigerd heeft, heeft zij geen recht op loondoorbetaling. Ten slotte acht Sumo een beroep op artikel 7:610b BW voor berekening van de gemiddelde arbeidsduur, in strijd met de redelijkheid en billijkheid gelet op de corona-crisis.

BEOORDELING

4. 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 [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 van partijen.

5. Nu het betreft een vordering ter zake van (ook: achterstallig) loon is het spoedeisend belang van de zaak gegeven. Dat is van de kant van Sumo ook niet bestreden.

6. De vordering van [eiseres] is mede gebaseerd op de stelling dat sprake is van een oproepovereenkomst als bedoeld in artikel 7:628a lid 9 BW. Uit het vijfde lid van artikel 7:628a BW volgt dat de werkgever, indien sprake is van een oproepovereenkomst die twaalf maanden heeft geduurd steeds binnen een maand nadien, schriftelijk of elektronisch een aanbod moet doen voor een vaste arbeidsomvang. 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 uren omvang) heeft de werknemer op grond van artikel 7:628a lid 8 BW 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.

7. Van een oproepovereenkomst als bedoeld in artikel 7:628a BW is ingevolge artikel 7:628a lid 9 aanhef en onder a BW (de definitiebepaling) sprake indien de omvang van de arbeid niet is vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid van (voor zover hier relevant) ten hoogste een maand. De tussen Sumo en [eiseres] gesloten arbeidsovereenkomst voldoet aan deze voorwaarden. De arbeid is immers niet vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid van ten hoogste een maand nu de arbeidsovereenkomst bepaalt dat de wekelijkse arbeidsduur 5 uur arbeid bedraagt 'rekening houdende met een maximum van 5 meer uren per week' hetgeen dus

leidt tot een variabel en niet één aantal uren per week. Uit de loonspecificatie blijkt ook dat [eiseres] steeds op een wisselend aantal uren per maand heeft gewerkt zodat de kantonrechter concludeert dat de arbeidsovereenkomst verder ook steeds is uitgevoerd als een oproepovereenkomst.

8. 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 van een vaste arbeidsomvang. Vast staat dat Sumo een dergelijk aanbod (schriftelijk of elektronisch) niet heeft gedaan. In de Memorie van Toelichting (kamerstukken Tweede Kamer, vergaderjaar 2018-2019, 35 074 nr. 3, p. 132) is daarover het volgende geschreven: "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. 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."

9. Voor de loonaanspraak geldt niet de voorwaarde dat de werknemer zich beschikbaar heeft gehouden voor de bedongen arbeid over die uren, zo volgt uit de Kamerstukken I 2018-2019, 35 074, nr. D, p. 34.

10. Uit artikel IX van de WAB volgt voorts dat bij oproepovereenkomsten die op 1 januari 2020 langer dan twaalf maanden hebben geduurd, zoals in dit geval, de werkgever voor 1 februari 2020 een aanbod overeenkomstig lid 5 doet.

11. Nu Sumo ingaande 1 januari 2020 in verzuim is het desbetreffende 'aanbod vaste urenomvang' te doen, is zij ingaande 1 januari 2020 gehouden het loon te betalen over het aantal uren waarvoor zij dus verplicht was dat aanbod te doen aan [eiseres]. De door [eiseres] gemaakte berekening van dat loon aan de hand van de gedane loonbetalingen over 2019, is door Sumo verder niet weersproken.

12. Nu beschikbaarheid geen voorwaarde is voor het ontstaan van de loonaanspraak betekent het feit dat [eiseres] opdrachten om bezorgwerkzaamheden te verrichten heeft afgewezen, niet dat er geen loonaanspraak ontstaat op grond van lid 5 gelezen in samenhang met lid 8 van artikel 7:628a BW. Bovendien kan het [eiseres] bezwaarlijk worden tegengeworpen door Sumo, die verzuimd heeft een aanbod te doen voor een vaste arbeidsomvang, dat zij dit ander werk niet aanvaardde.

13. De kantonrechter ziet geen aanleiding te oordelen dat vanaf juni 2020 de desbetreffende loondoorbetalingsverplichting van Sumo niet langer geldt, omdat partijen dan een andere arbeidsovereenkomst zouden hebben gesloten. Dat vanaf juni 'alleen de opgeroepen en gewerkte uren zullen worden betaald' vloeit immers ook al voort uit de arbeidsovereenkomst zoals die voordien gold en is daarmee geen wijziging. Bovendien volgt uit de hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis niet dat de loondoorbetalingsverplichting van lid 8 van artikel 7:628a BW eindigt zodra partijen een andere arbeidsovereenkomst sluiten. Zolang het 'aanbod vaste urenomvang' niet is gedaan, loopt die verplichting immers door.

14. Dat betekent dat de vordering tot betaling van het achterstallig loon over de periode van 1 januari 2020 tot en met 28 februari 2021 wordt toegewezen.

15. Wel ziet de kantonrechter aanleiding de wettelijke verhoging te beperken tot 25% zoals te doen gebruikelijk; de wettelijke rente over het loon en over de wettelijke verhoging zal worden toegewezen vanaf de verzuimdata tot de dag van volledige betaling.

16. Het loon ingaande 1 maart 2021 door [eiseres] berekend op een bedrag van € 362,45 netto per maand wordt eveneens toegewezen, waarbij de kantonrechter overweegt dat zoals Sumo zelf al heeft erkend dat het sluiten van de horeca in verband met de corona-perikelen een omstandigheid is die in beginsel voor rekening en risico komt van de werkgever, waarbij heeft te gelden dat Sumo - niet weersproken - een uitkering heeft ontvangen op grond van de NOW II-regeling.

17. Tegen de vordering tot wedertewerkstelling op zich, op het moment dat dit weer mogelijk wordt geacht (lees: heropening van het restaurant) heeft Sumo geen aparte bezwaren geuit zodat ook deze vordering wordt toegewezen. Van [eiseres] kan in redelijkheid worden verlangd dat zij de onder 1.9 genoemde werkzaamheden dan vervult. Aan de vordering tot wedertewerkstelling zal zoals gevorderd een dwangsom worden verbonden die evenwel in hoogte zal worden beperkt.

18. Als de in het ongelijk gestelde partij zal Sumo worden veroordeeld tot betaling van de kosten van dit geding. Aan [eiseres] is een toevoeging verleend. Daarom zijn in deze zaak de exploitkosten door de griffier voorgeschoten. Wegens het ontbreken van een wettelijke grondslag is een kostenveroordeling met de verplichting tot betaling aan de griffier van de voorgeschoten exploit- en/of advertentiekosten niet mogelijk.

BESLISSING

De kantonrechter:

- veroordeelt Sumo tot betaling aan [eiseres] van het bruto equivalent van het netto loonbedrag ad € 2.219,34 over de periode van 1 januari 2020 tot en met 28 februari 2021;

- veroordeelt Sumo tot betaling aan [eiseres] van de wettelijke verhoging van 25% over het hiervoor bedoelde bedrag

- veroordeelt Sumo tot betaling aan [eiseres] van de wettelijke rente over de beide hiervoor bedoelde sommen tot het moment dat deze bedragen volledig zijn betaald;

- veroordeelt Sumo tot betaling aan [eiseres] van het bruto equivalent van het gemiddeld netto loon ad € 362,45 per maand (zijnde inclusief 8% vakantietoeslag) vanaf 1 maart 2021 tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst tot een rechtsgeldig einde komt, steeds op de gebruikelijke tijdstippen;

- veroordeelt Sumo om [eiseres], op het moment dat dit weer mogelijk wordt geacht, toe te laten tot het werk en haar daar in de gelegenheid te stellen haar gebruikelijke werkzaamheden als kelner/serveerster te verrichten, op straffe van een dwangsom van € 100,00 per dag voor iedere dag of een gedeelte van een dag dat Sumo in gebreke blijft aan deze veroordeling te voldoen, met een maximum van € 10.000,00;

- veroordeelt Sumo tot betaling aan [eiseres] van de kosten van dit geding, aan de zijde van [eiseres] vastgesteld op € 85,00 aan griffierecht en € 436,00 aan salaris gemachtigde;

- veroordeelt Sumo 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 de betekening van dit vonnis, een en ander voor zover van toepassing inclusief btw, onder de voorwaarde dat Sumo 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;

- verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

- wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. R. Kruisdijk, kantonrechter, en in het openbaar uitgesproken op 20 april 2021.

de griffier de kantonrechter

Copyright 2021 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.