

RECHTSPRAAK

werknemer/DSV ROAD B.V.

Uitleg artikel 7:628 lid 1 BW. Loon van zieke werknemer mag gedurende de eerste zes maanden van de (oproep)arbeidsovereenkomst niet schriftelijk worden uitgesloten. In geval van loondoorbetaling tijdens ziekte gelden de bepalingen van artikel 7:629 BW en artikel 7:637 lid 2 BW.

Feiten

Partijen hebben op 9 oktober 2017 een oproepovereenkomst gesloten voor de periode van 25 oktober 2017 tot 24 mei 2018. Werknemer heeft zich beschikbaar gesteld om voor DSV Road B.V. (Hierna: DSV Road) op afroep werkzaamheden te verrichten in de functie van employee X-dock. Op 18 februari 2018 heeft werknemer zich met ingang van 19 februari 2018 ziek gemeld. Werknemer heeft aanspraak gemaakt op doorbetaling loon vanaf 19 februari 2018, maar DSV Road heeft zich beroepen op de artikelen 15 en 18 van de oproepovereenkomst, waarin kortweg is opgenomen dat werknemer gedurende de eerste zes maanden van het dienstverband geen recht kan doen gelden op betaling van het loon gedurende ziekte. Artikel 7:628 lid 5 BW geeft de werkgever de mogelijkheid voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst het risico van loondoorbetaling over niet gewerkte uren af te wentelen op de werknemer. Volgens werknemer valt arbeidsongeschiktheid wegens ziekte niet onder dit risico. DSV Road betwist dat. Kern van het geschil betreft de uitleg van artikel 7:628 lid 1 BW.

Oordeel

Het beroep van DSV Road op de uitsluiting van doorbetaling van het loon bij arbeidsongeschiktheid gedurende de eerste zes maanden ex artikel 18 van de oproepovereenkomst in samenhang met artikel 7:628 lid 5 BW dient naar het oordeel van de kantonrechter te worden verworpen. Naar het oordeel van de kantonrechter moeten de artikelen 7:628 BW en 7:629 BW los van elkaar worden gezien. Zij bevatten ieder een eigen regeling voor de situatie dat de werknemer niet in de gelegenheid is om arbeid te verrichten, maar de werkgever toch loon moet betalen. Artikel 7:628 BW bevat een regeling voor situaties dat de werknemer geen arbeid kan verrichten ten gevolge van oorzaken die vallen onder het bedrijfsrisico, zoals weersomstandigheden die het werk onmogelijk maken, onvoldoende orders, stagnatie in de productie of afzet enzovoort, die voor rekening van de werkgever behoren te komen, tenzij daar voor een bepaalde periode ten nadele van de werknemer bij

schriftelijke overeenkomst of CAO van wordt afgeweken. Het artikel ziet naar het oordeel van de kantonrechter niet op periodes dat de werknemer als gevolg van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte niet in staat is arbeid te verrichten. Voor die situatie geldt immers een afzonderlijke regeling in artikel 7:629 BW. In artikel 7:629 BW wordt dan ook niet de toepasselijkheid van artikel 7:628 BW als voorwaarde gesteld. Algemeen aanvaard in het arbeidsrecht is dat de werknemer in geval van arbeidsongeschiktheid doorgaand wordt beschermd voor zover het loondoorbetaling betreft. Op die loondoorbetaling kan slechts marginaal ten nadele van de werknemer worden afgeweken. Artikel 7:629 lid 9 BW bepaalt immers dat afwijking van de loondoorbetalingverplichting tijdens ziekte ten nadele van de werknemer op één uitzondering na (namelijk twee wachtdagen) niet is toegestaan. Mede van belang is dat de werkgever gehouden is gedurende ziekte van de werknemer, anders dan in artikel 7:628 BW bepaald, niet het volledige loon maar slechts 70 procent daarvan door te betalen. Voorts kunnen werkgever en werknemer op grond van artikel 7:637 lid 2 BW overeenkomen dat ziektedagen worden aangemerkt als (bovenwettelijke) vakantiedagen. Uitgangspunt behoort te zijn dat in gevallen waarin de arbeidsomvang bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst niet vast staat, voor de werknemer steeds recht op loon tijdens ziekte bestaat, als hij recht op loon zou hebben gehad als hij niet ziek was geweest. Dat werknemer bij gezondheid wegens gebrek aan werkzaamheden of enige andere oorzaak niet zou zijn opgeroepen is niet gesteld of anderszins gebleken, zodat de kantonrechter dat ook niet aanneemt. De conclusie dient derhalve te zijn dat DSV Road over de periode dat werknemer wegens ziekte zijn werkzaamheden niet kon verrichten gehouden is 70 procent van het gebruikelijke loon door te betalen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 19-12-2018

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2018:11922

Zaaknummer: 04 7012575 CV EXPL 18--4008

Rechters: J.W. Rijkse

Advocaten: R.M.M. Menting en R.J.C. Brouwer

Wetsartikelen: 7:628 BW, 7:629 BW en 7:637 BW