

RECHTSPRAAK

Medewerkster in de horeca die structureel meer werkte dan de vier uur die was opgenomen in haar arbeidsovereenkomst kan, voor loondoorbetaling tijdens diverse ziekteperiodes, met succes een beroep doen op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. De voorgestelde referteperiode van ruim vier jaar terug is echter niet representatief, aangezien werkneemster ook nadien nog een geruime tijd heeft gewerkt zonder ziek te zijn.

Feiten

Werkneemster is op 1 april 2008 in dienst getreden bij (de rechtsvoorgangster van) werkgeefster in de functie van medewerker horeca. In haar arbeidsovereenkomst was een arbeidsomvang van gemiddeld vier uren per week opgenomen. Vanaf 2016 heeft werkneemster zich meerdere malen ziek gemeld, laatstelijk op 25 februari 2019, waarvan sommige ziekteperiodes meerdere maanden in beslag namen. Op de arbeidsovereenkomst van werkneemster is de cao voor het horeca- en aanverwante bedrijf van toepassing (hierna: cao). In de cao is bepaald dat indien je te maken hebt met een wisselend aantal arbeidsuren, de hoogte van het door te betalen loon bij ziekte wordt gerelateerd aan het gemiddeld aantal gewerkte arbeidsuren over een periode van dertien weken voorafgaande aan de eerste ziekte dag. Werkgeefster heeft deze berekeningsmethode toegepast. Bij brief van 8 april 2020 heeft de gemachtigde van werkneemster aan werkgeefster bericht het niet eens te zijn met de hoogte van het loon dat tijdens de ziekte is doorbetaald. De toegepaste periode voorafgaand aan de ziekmelding zou niet representatief zijn, omdat werkneemster vanaf 2016 doorlopend ziek is geweest. Gesteld wordt dat werkgeefster had moeten kijken naar de periode voorafgaande aan de eerste ziekmelding op 17 februari 2016. Werkneemster stelt dat zij vanaf het begin van haar dienstverband structureel meer uren heeft gewerkt dan de vier uur per week die in haar arbeidsovereenkomst is opgenomen (in 2015 gemiddeld 18,3 uur per week) en doet een beroep op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. In de loop der jaren is het loon na elke ziekmelding omlaaggegaan, omdat zij steeds minder uren kreeg aangeboden. De toepassing van de in de cao bepaalde berekeningsmethode en het aanbieden van minder uren nadat werkneemster ziek is geweest, heeft ertoe geleid dat zij thans tijdens ziekte nog maar 95% van het loon over vier uren per week ontvangt, hetgeen volgens haar onredelijk is en strijd oplevert met het beginsel van goed werkgeverschap.

Oordeel

De kantonrechter is van oordeel dat werkneemster zich kan beroepen op het rechtsvermoeden

van artikel 7:610b BW, nu de arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd en de feitelijke omvang van de arbeid zich gelet op het aantal door haar gewerkte uren vanaf 2015 structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur. De vraag is vervolgens welke periode als referteperiode moet worden gehanteerd.

Werkneemster heeft de twaalf maanden voorafgaande aan haar eerste ziekmelding op 17 februari 2016 als referteperiode genomen. Naar het oordeel van de kantonrechter kan deze periode niet als representatieve referteperiode worden aangemerkt, nu werkneemster daarmee ruim vier jaar teruggaat in de tijd en zij ook nadien nog een geruime tijd (meer dan een jaar) heeft gewerkt zonder dat zij is uitgevallen wegens ziekte, namelijk de periode van 13 november 2016 tot de ziekmelding van 26 februari 2018. Naar het oordeel van de kantonrechter dient dan ook de periode voorafgaande aan de ziekmelding van 26 februari 2018 als referteperiode te worden genomen. Volgens het overgelegde overzicht is in de dertien weken voorafgaand aan die ziekmelding gemiddeld 11,9 uren per week gewerkt. Gelet hierop zal voor recht worden verklaard dat de arbeidsomvang van werkneemster gelijk is aan 11,9 uren per week.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 05-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:2317

Zaaknummer: 8715795 cv expl 20-29191

Rechters: M. Verkerk

Advocaten: I. ter Steege en J.W. de Haij

Wetsartikelen: 7:610b BW en 7:629 BW