

RECHTSPRAAK

Werkgever is verplicht tot het doen van een aanbod van een vaste arbeidsomvang aan oproepkracht. Het feit dat werknemer niet instemt met andere werkzaamheden tijdens corona is voor betaling van achterstallig loon niet relevant.*Feiten*

Werkneemster is op 4 april 2017 in dienst getreden bij Amsterdam Leidseplein Investments B.V. (hierna: Sumo) in de functie van serveerster. In artikel 3 van de arbeidsovereenkomst is bepaald dat de arbeidsovereenkomst is gebaseerd op een wekelijkse arbeidsduur van 5 uur, rekening houdende met een maximum van 5 meeruren per week. Werkneemster heeft steeds op wisselende dagen per week en per maand gewerkt, met wisselende uren, variërend van 23,5 uur (september 2019) tot 85,5 uur (juli 2020). Op 9 mei 2020 hebben partijen een vaststellingsovereenkomst gesloten waarin 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. 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. Op en na 2 november 2020 heeft Sumo op meerdere momenten aan werkneemster werk aangeboden als ‘bezorger’ van maaltijden. Werkneemster heeft aangegeven dat zij daarvoor niet gesolliciteerd heeft en dat dus niet gaat doen. Sumo ziet dit als werkweigering. Op 11 november 2020 whatsapppt werkneemster dat, zodra het restaurant weer open gaat, zij haar dagen zal doorgeven. Op 26 februari 2021 heeft Sumo werkneemster benaderd voor werk nu Sumo begint met voorbereidende werkzaamheden voor heropening. Werkneemster heeft niet meer in werkzaamheden bij Sumo hervat. Werkneemster vordert Sumo te veroordelen tot betaling van het achterstallig loon over de periode van 1 januari 2020 tot en met 28 februari 2021 en werkneemster toe te laten tot het werk in haar gebruikelijke werkzaamheden.

Oordeel

De kantonrechter overweegt dat sprake is 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. Vaststaat dat Sumo een dergelijk aanbod (schriftelijk of elektronisch) niet heeft gedaan. 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 werkneemster. De door werkneemster gemaakte berekening van dat loon aan de

hand van de gedane loonbetalingen over 2019, heeft Sumo verder niet weersproken. Nu beschikbaarheid geen voorwaarde is voor het ontstaan van de loonaanspraak betekent het feit dat werknemster opdrachten om bezorgwerkzaamheden te verrichten heeft afgewezen, niet dat er geen loonaanspraak ontstaat. Bovendien kan het werknemster bezwaarlijk worden tegengeworpen door Sumo, die verzuimd heeft een aanbod te doen voor een vaste arbeidsomvang, dat zij dit ander werk niet aanvaardde. 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. 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. Wel ziet de kantonrechter aanleiding om de wettelijke verhoging te beperken tot 25% zoals te doen gebruikelijk.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 20-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:1924

Zaaknummer: 9097015 KK EXPL 21-192

Rechters: R. Kruisdijk

Advocaten: J.F. Overes en J. van der Voet

Wetsartikelen: 7:628a BW