

RECHTSPRAAK

Kort geding. Loonvordering van kelner die door corona tijdelijk bezorgwerkzaamheden moest verrichten in verband met corona gedeeltelijk toegewezen (art. 7:628a lid 8 BW).*Feiten*

Werknemer is op 24 februari 2016 in dienst getreden bij Sumo in de functie van kelner op de afdeling bediening. Inmiddels is sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een wekelijkse arbeidsduur van vijf uur per week. Op 9 mei 2020 hebben partijen een vaststellingsovereenkomst gesloten waarin is bepaald dat de maanden april en mei 2020 op basis van 40 uur per maand betaald gaan worden en dat vanaf juni alleen de opgeroepen uren en gewerkte uren uitbetaald zullen worden. Sumo is sinds 15 maart 2020 en, na heropening, sinds 14 oktober 2020 opnieuw gesloten in verband met de overheidsmaatregelen in het kader van het coronavirus. Vanaf 1 november heeft Sumo op meerdere momenten aan werknemer werk aangeboden als bezorger van maaltijden. Vanaf 14 oktober heeft werknemer (bijna) niet (meer) gewerkt voor Sumo. Werknemer vordert op grond van artikel 7:628a lid 5 BW zijn achterstallige loon over de periode van 1 januari 2020 tot en met 31 juli 2021. Sumo voert als verweer dat zij hard is getroffen door de maatregelen in verband met het coronavirus. Vanwege de sluiting van het restaurant is Sumo in overleg getreden met haar werknemers over de lopende salarisverplichtingen en het delen van de verantwoordelijkheid. In dat kader is de vaststellingsovereenkomst van 9 mei 2020 tot stand gekomen. Daarnaast heeft werknemer de aangeboden werkzaamheden als bezorger vanaf november 2020 niet in redelijkheid kunnen weigeren, aldus Sumo.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voor de periode van januari tot oktober 2020 is van belang dat niet in geschil is dat de arbeidsovereenkomst gekwalificeerd dient te worden als een oproepovereenkomst (art. 7:628a lid 9 BW). Voor werknemers die op 1 januari 2020 al langer dan twaalf maanden op basis van een oproepovereenkomst werken, moet werkgever op grond van de overgangsbepaling van artikel IX WAB binnen een maand na inwerkingtreding van de wetswijziging een aanbod voor een vaste arbeidsomvang doen. In dit geval heeft Sumo geen aanbod gedaan. Volgens artikel 7:628a lid 8 BW heeft werknemer gedurende de periode

dat werkgever deze verplichting niet nakomt, recht op loon naar de vaste arbeidsomvang. Naar het oordeel van de kantonrechter moet hieruit worden afgeleid dat dit recht op loon vanaf 1 januari 2020 bestaat. Voor de periode vanaf november 2020 is van belang dat werknemer de opdrachten om arbeid te verrichten heeft afgewezen. Dit betekent echter niet dat geen loonaanspraak ontstaat op grond van artikel 7:628a lid 5 jo. lid 8 BW. Met Sumo is de kantonrechter van oordeel dat de bedoeling van de wetgever is dat een werkgever een loonaanspraak van een werknemer niet kan pareren met de stelling dat werknemer niet beschikbaar was voor het verrichten van arbeid. In dit geval moet dus worden beoordeeld of werknemer in redelijkheid heeft kunnen weigeren om andere arbeid dan de overeengekomen arbeid te verrichten. Ten aanzien van de vraag of werknemer aanvaarding van het voorstel heeft kunnen weigeren, oordeelt de kantonrechter op grond van het arrest *Stoof/Mammoet* dat het niet verrichten van werkzaamheden vanaf november 2020 in redelijkheid voor rekening van werknemer behoort te komen. Voor de periode vanaf juni 2021 is van belang dat Sumo vanaf 5 juni 2021 weer open is en de gebruikelijke werkzaamheden als kelner weer beschikbaar zijn. Het loon met ingang van 1 juni 2021 wordt dan ook toegewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 02-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:4707

Zaaknummer: 9288329 KK EXPL 21-446

Rechters: E.J. van der Molen

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

Wetsartikelen: 7:628a lid 5 BW, 7:628a lid 8 BW en 7:628a lid 9 BW