

Uitzend-cao zoals die per 1 oktober 2021 gaat gelden. Cao-partijen zijn overeengekomen dat in ieder geval de eenmalige uitkeringen als een de zorgbonus en thuiswerkvergoedingen worden toegevoegd aan de limitatieve opsomming van de inlenersbeloning uit de cao. Het verschil tussen de gelijke beloning op grond van art. 8 lid 1 Waadi enerzijds en de cao (art. 8 lid 4 Waadi) anderzijds, wordt dus verkleind. Verschillen blijven bestaan waar de Uitzend-cao een eigen regeling kent, zoals ten aanzien van vakantie-aanspraken en loon tijdens ziekte.

mr. E.M. Hoogeveen
advocaat bij Köster Advocaten

186

Werknemers moeten tijdens lockdown niet gewerkte uren inhalen

Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland
zp Zutphen
5 juli 2021, nr. C/05/388780/KZ ZA 21-89,
ECLI:NL:RBGEL:2021:3414
(mr. Vergunst)
Noot mr. drs. A.M. Helstone

Collectieve actie. Inhalen van tijdens lockdown niet-gewerkte uren. Risicoverdeling art. 7:628 BW. Uitleg cao. Betekenis ontvangen NOW-subsidie.

[BW art. 3:305a, 6:248 lid 2, 7:611, 7:628 lid 1; Wet cao art. 1]

De werkgever, Wibra, heeft in alle arbeidsovereenkomsten de cao Retail Non-food van toepassing verklaard. Art. 4 van deze cao bepaalt dat werkgever en werknemer een flexibele inzet kunnen afspreken. De werkgever kan in dat geval de werknemer verplichten wekelijks meer of minder uren te werken. Heeft de werknemer minder uren gewerkt dan zijn basisuren, dan komen die te vervallen aan het einde van de referteperiode van een jaar. Als gevolg van de lockdown heeft de werkgever in de maanden januari tot en met april 2021 de werknemers voor minder uren ingeroosterd, waardoor zij minuren hebben opgebouwd. De werkgever wil dat de werknemers deze uren

alsnog gaan werken. FNV vordert op grond van art. 3:305a BW veroordeling van de werkgever om de minuren te schrappen.

De voorzieningenrechter acht FNV ontvankelijk in haar vordering op grond van art. 3:305a BW. In deze zaak doet zich niet een situatie voor als bedoeld in art. 7:628 lid 1 BW, waarin het niet-werken voor rekening van de werkgever komt. Door incorporatie van de cao in de arbeidsovereenkomsten is tussen de werkgever en zijn werknemers een regeling overeenkomen waarbij de werknemer maandelijks een vast bedrag aan loon ontvangt, ook als er geen werk beschikbaar is. De werkgever heeft dit loon betaald, ook tijdens de lockdown. Art. 4 van de cao behelst daarom geen afwijking van art. 7:628 lid 1 BW. Overigens kan pas aan het einde van het refertjaar worden beoordeeld of een werknemer zijn gemiddeld aantal uren per week heeft gewerkt. De stelling van FNV, dat art. 4 niet is bedoeld voor toepassing in geval van minuren tijdens een coronapandemie, slaagt niet, omdat art. 4 wel degelijk voorziet in het opvangen van substantiële pieken en dalen. Het feit dat de werkgever NOW-subsidie heeft ontvangen maar de minder gewerkte uren – waarvoor de NOW-subsidie een compensatie vormt – toch bij de werknemers in rekening brengt, is niet in strijd met het goed werkgeverschap. De NOW-subsidie is gerelateerd aan het omzetverlies van een onderneming. De werkgever had er ook gebruik van kunnen maken als hij zijn werknemers wel volledig had ingezet. Hieraan doet niet af dat de werkgever tijdens de coronaperiode niet langer gebruik heeft gemaakt van oproep- en uitzendkrachten. De vordering van FNV wordt afgewezen.

NB. Niet duidelijk is of de werkgever met de werknemers daadwerkelijk een flexibele inzet is overeengekomen. Volgens de cao kan dit, maar het is niet verplicht. Het lijkt verdedigbaar dat tijdens de lockdown minder gewerkte uren kunnen worden ingehaald, zolang dit past binnen de bandbreedte van de cao-regeling. Dat de werkgever NOW ontvangt maar geen gebruik meer maakt van oproep- en uitzendkrachten is in strijd met de gedachte achter de NOW. De NOW was uitdrukkelijk bedoeld om flexkrachten in dienst te houden. Vgl. «JAR» 2020/256, m.nt. Hoogeveen, en «JAR» 2020/232, m.nt. Helstone.

De vereniging met volledige rechtsbevoegdheid *Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV)* te Utrecht,
eiseres,
advocaten: mrs. A.M. Dielemans-Buiteman en H.C.S. van Deijk-Amzand,
tegen
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Wibra Supermarkt B.V.* te Epe,
gedaagde,
advocaten: mrs. R.J. Mourits en P.A. van Eck.

1. *De procedure*
(...)

2 *De feiten*

2.1. In de statuten van de FNV is in artikel 8.2 aanhef en sub i is het navolgende vastgelegd.

“Tot de middelen waarmee de FNV-vereniging zijn doelstellingen realiseert, voor zover de doelen specifiek betrekking hebben op directe sectorale afdelingen en netwerken, behoren
(...)

het zo nodig zelfstandig voeren van gerechtelijke procedures ter bescherming van de belangen van leden-natuurlijke personen of groepen daarvan, dan wel ter bescherming van de belangen van werkenden en/of niet werkenden of groepen van werkenden en niet-werkenden in het algemeen, waaronder het voeren van een groepsactie als bedoeld in artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek (...).”

2.2. Wibra is een kleinhandel in textielproducten, schoenen, lederwaren en huishoudelijke artikelen. Het hoofdkantoor is gevestigd in Epe, waar tevens het centraal magazijn is gelegen van waaruit de 200 winkels in Nederland worden gefaciliteerd en bevoorrad. Wibra heeft 1.800 medewerkers in dienst, waarvan 980 in de winkels werkzaam zijn.

2.3. Wibra is lid van de werkgeversvereniging InRetail. InRetail is partij bij de cao Retail Non-food (hierna: de cao). De FNV is geen partij bij deze cao. De cao loopt van 1 januari 2021 tot en met 30 juni 2022. Wibra heeft in alle arbeidsovereenkomsten met haar werknemers de cao van toepassing verklaard.

2.4. De cao luidt luidt, voor zover thans van belang:

“Artikel 2 Definities

(...)

Gerealiseerde uren

Tot de gerealiseerde uren worden gerekend:

– alle feitelijk gewerkte uren (...)
– doorbetaalde ziekte-uren;
– opgenomen en betaalde vakantie-uren;
– opgenomen en betaald bijzonder verlof;
– compensatie van toeslagen in tijd; en
– andere bij de individuele ondernemingen bestaande compensatie in uren.
(...)

Artikel 4 Arbeidsovereenkomst

De werkgever biedt de medewerker bij indiensttreding een schriftelijke arbeidsovereenkomst aan. Hier wordt ten minste vermeld

(...)

de overeengekomen arbeidstijd/basisuren

(...)

dat deze cao van toepassing is

(...)

Basisuren:

Werkgever en medewerker kunnen een flexibele inzet afspreken. In dat geval wordt in de arbeidsovereenkomst vermeld hoeveel uur de medewerker gemiddeld per week werkt. Dit zijn de contracturen ofwel de basisuren en deze gelden als uitgangspunt voor het flexibel werken.

Bandbreedte:

Indien flexibel werken is overeengekomen, kan de werkgever binnen een bandbreedte van + en – 35 procent ten opzichte van het aantal basisuren de medewerker verplichten wekelijks meer of minder arbeidsuren te werken. Daarbij geldt dat in ieder geval een minimale bandbreedte van + en – 6 uur ten opzichte van het aantal basisuren mogelijk is en een maximum aantal in te roosteren uren van 45 uur per week.

Referteperiode:

Als periode die als basis geldt om te bepalen in hoeverre de feitelijke werktijd afwijkt van het aantal basisuren stelt de werkgever een periode van 12 maanden vast. Deze periode wordt referteperiode genoemd. Referteperioden mogen elkaar niet overlappen.

Feitelijke werktijd:

Voor de bepaling of de medewerker conform zijn contracturen is ingezet, tellen verschillende soorten uren mee: de zogenaamde gerealiseerde uren, zie artikel 2. Iedere door de werkgever verplichte aanwezigheid van de medewerker dient te worden beschouwd als werktijd

(...)

Per 1 januari 2020 geldt voor meer en minder gewerkte uren dan de basisuren:

Meer gewerkt dan de basisuren:

Als aan het einde van een referteperiode meer is gewerkt dan het aantal voor de referteperiode berekende basisuren, dan betaalt de werkgever de meer gewerkte uren aan de medewerker uit
(...)

Minder gewerkt dan de basisuren

Als aan het einde van een referteperiode minder is gewerkt dan het aantal voor de referteperiode berekende basisuren, dan komen deze min-uren te vervallen en hoeft de medewerker deze niet in te halen door in de periode erna meer te werken
(...)

Artikel 5 Werk- en rusttijden

Vijfdaagse werkweek:

De medewerker kan niet worden verplicht om op meer dan vijf dagen per week te werken.

Werkroosters:

Bij de vaststelling van het werkrooster zal de werkgever zoveel mogelijk rekening houden met de wensen van de medewerker, tenzij dit redelijkerwijs niet van de werkgever gevergd kan worden. De medewerker dient de werkgever zo veel mogelijk tijdig op de hoogte te stellen van bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld op het gebied van kinderopvang, zorgtaken of verzorging van zieken, opdat de werkgever hier in de personeelsplanning zoveel als mogelijk rekening mee houdt.

Een medewerker met een contractuele arbeidsduur per week van 20 uur of minder heeft recht op maximaal twee niet inroosterbare dagen per week. De medewerker dient het verzoek ter vaststelling schriftelijk twee maanden voor de gewenste ingangsdatum, of in geval een nieuwe medewerker vóór indiensttreding, in. De werkgever kan een verzoek in principe niet weigeren, tenzij er sprake is van zwaarwegende bedrijfsbelangen, die door de werkgever aangetoond moeten worden. De werkgever geeft zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk één maand voor de gewenste ingangsdatum schriftelijk aan of het verzoek wordt gehonoreerd. Als de werkgever niet binnen deze termijn heeft gereageerd, wordt het verzoek geacht te zijn gehonoreerd.

Voor een medewerker met een contractuele arbeidsduur groter dan 20 uur per week is het vorenstaande ook van toepassing met dien verstande dat het hier maximaal 1 roostervrije dag per week betreft
(...)

Het werkrooster zal minimaal 3 weken van te voren in overleg met de individuele medewerker worden vastgesteld en bekend gemaakt (...).”

2.5. Op 15 december 2020 werd door de overheid in verband met de coronapandemie een lockdown ingesteld, die onder meer een winkelsluiting inhield. Met ingang van 1 januari 2021 heeft Wibra haar werknemers voor minder uren ingeroosterd om de gevolgen van de winkelsluiting te overbruggen. In de periode van 19 januari tot 10 februari 2021 waren er slechts beperkt werkzaamheden voorhanden. Vanaf 10 februari 2021 konden online of telefonisch producten worden verkocht. Per 16 maart 2021 werd winkelen op afspraak mogelijk. Sinds 28 april 2021 zijn de winkels met inachtneming van veiligheidsmaatregelen weer geheel geopend.

In deze maanden zijn er door het personeel meer dan gemiddeld min-uren opgebouwd.

2.6. De FNV heeft vanaf oktober 2020 gepoogd om met Wibra in gesprek te komen over de gevolgen van de corona-pandemie. Wibra is daar niet op ingegaan.

Bij brief van 23 april 2021 heeft de FNV Wibra verzocht de min-uren met terugwerkende kracht tot 1 januari 2021 te laten vervallen. Wibra heeft daarop laten weten daartoe geen aanleiding te zien.

2.7. Wibra heeft in verband met de corona-problemen in de maanden oktober tot en met december 2020 aan haar personeel een extra toeslag betaald van 5% op het bruto-loon.

3. Het geschil

3.1. De FNV vordert – samengevat – dat de voorzieningenrechter, Wibra verbiedt om vanaf 1 januari 2021 ten laste van werknemers min-uren te schrijven als deze zijn ontstaan als gevolg van overheidsmaatregelen in verband met de coronapandemie, en reeds geschreven min-uren te schrappen, de urenregistratie te corrigeren en aan de werknemers een deugdelijk overzicht te verstrekken van min- en plus-uren vanaf januari 2021 tot heden, alles onder verbeurte van een dwangsom van € 500,- per dag of gedeelte daarvan en wat betreft de correctie en het te verstrekken overzicht tevens per werknemer, met veroordeling van Wibra in de proceskosten waaronder de nakosten.

3.2. Aan haar vorderingen legt de FNV het navolgende ten grondslag.

De belangen ter bescherming waarvan de vorderingen strekken, lenen zich voor bundeling, zodat efficiënte en effectieve rechtsbescherming kan worden bevorderd. De vorderingen worden inge-

steld met een ideëel doel, passend binnen de doelstellingen van de FNV en hebben een beperkt financieel belang. Dit alles rechtvaardigt een collectieve actie in de zin van artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek (BW). De FNV dient daarom te worden ontvangen in haar vorderingen. De dagvaarding voldoet aan de eisen die op grond van artikel 1018c van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering gelden voor een collectieve actie in kort geding.

Wibra is met haar personeel een aantal basisuren overeengekomen. Volgens artikel 7:628 lid 1 BW moet het loon worden doorbetaald wanneer er geen werk is, tenzij het niet werken in redelijkheid voor rekening van de werknemer moet komen. Weliswaar ontvangen de werknemers het vast overeengekomen loon, er worden ook structureel min-uren geschreven, die op een later moment moeten worden ingehaald. Dat betekent dat de werknemers alsdan structureel extra uren moeten werken, waarvoor zij niet worden betaald. Dit komt in strijd met het bepaalde in artikel 7:628 BW. Het risico van het niet kunnen werken tijdens de verplichte winkelsluiting wordt zodoende alsnog bij de werknemers gelegd, terwijl dit op basis van het bepaalde in artikel 7:628 BW tot het risico van Wibra behoort. Ieder beding dat afwijkt van deze regel is nietig. Van die hoofdregel kan slechts voor de eerste zes maanden van een arbeidsovereenkomst worden afgeweken ten nadele van de werknemer.

Ook heeft FNV aangevoerd dat het op deze wijze verrekenen van min-uren in strijd zou komen met het bepaalde in artikel 7:636 lid 1 jo 635 lid 1 sub d BW, waaruit volgt dat dagen of gedeelte van dagen waarop de werknemer de overeengekomen arbeid niet heeft verricht slechts aangemerkt kunnen worden als vakantie, indien de werknemer in een voorkomend geval daarmee instemt. Artikel 4 van de cao biedt de werkgever weliswaar de mogelijkheid werknemers flexibel in te zetten, maar het artikel niet is bedoeld voor een buitengewone omstandigheid, zoals de corona-pandemie, waardoor er sprake is van een structurele vermindering van het arbeidspatroon. Volgens de FNV is dat een onaannemelijk rechtsgevolg. Werknemers mogen uitgaan van het bestendige en evenwichtig arbeidspatroon (basisuren) en er kan geen sprake zijn van voortdurende beschikbaarheid om meer uren te draaien. In dat geval zal vaker een beroep moeten worden gedaan op extra kinderopvang, terwijl ook het werken bij andere werkgevers in

de knel zou kunnen komen. Er dient sprake te zijn van een evenwichtig arbeidspatroon. Artikel 4 van de cao geeft Wibra in ieder geval geen vrijbrief om ongelimiteerd min-uren te schrijven.

Voor zover Wibra al gerechtigd zou zijn om min-uren te schrijven zoals zij doet, kan dit in ieder geval niet voor die uren die zij op grond van de Noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (NOW) gecompenseerd heeft gekregen of krijgt. Dat is in strijd met goed werkgeverschap. Het doel van die regeling is baanbehoud. Omdat 80% van de loonkosten op grond van NOW-regeling ten laste van de overheid komt, worden deze, afhankelijk van het aantal min-uren, geheel of gedeeltelijk gesubsidieerd. Als de werknemers de uren vervolgens moeten inhalen, dan werken ze geheel of gedeeltelijk gratis voor Wibra en dat kan niet bedoeling zijn van de regeling en dat is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Bovendien heeft Wibra in 2021 nauwelijks gebruik gemaakt van oproep- en uitzendkrachten, die dus, in weerwil van het beoogde baanbehoud, geen loon hebben ontvangen. Door het laten inhalen van de min-uren door het vaste personeel duurt deze situatie voort.

3.3. Wibra heeft geconcludeerd dat FNV niet-ontvankelijk moet worden verklaard, dan wel dat de vorderingen van FNV moeten worden afgewezen, met veroordeling van FNV in de kosten van de procedure. Op de inhoud van het verweer zal hierna indien nodig worden ingegaan.

4. De beoordeling van het geschil

Formele verweren

4.1. De vakbonden zijn samen met de werkgeversorganisaties in belangrijke mate verantwoordelijk voor de juiste naleving van cao's. Dat blijkt onder meer ook uit arbeidsrechtelijke wetsbepalingen, zoals die bijvoorbeeld te vinden zijn in de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst en de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten. Sinds de invoering van artikel 3:305a BW is het in die bepaling vastgelegde 'collectieve actierecht' ook door vakbonden ingezet, in het bijzonder ook door de FNV zelf, meestal, maar niet uitsluitend, in gevallen waarin zij zelf, zoals ook in deze zaak, geen partij was bij de betreffende cao. Uit de onder 2.1 weergegeven bepaling uit de statuten van de FNV blijkt dat zij

als vereniging de belangen van werkenden behartigt, ook van niet-leden. De belangen van de personen tot bescherming van wier belangen de vorderingen strekken, zijn, anders dan Wibra meent, gelijksoortig en zijn gelegen in de wijze waarop Wibra de cao toepast ten aanzien van min-uren collectief toepast, ongeacht de uitwerking daarvan op het niveau van de individuele werknemers. Deze belangen lenen zich voor bundeling zodat efficiënte en effectieve rechtsbescherming kan worden geboden.

4.2. Ook het verweer van Wibra dat deze belangen bij de onderhavige rechtsvordering niet voldoende zijn gewaarborgd, wordt verworpen. De FNV is een vereniging van honderdduizenden werknemers en wordt geacht over voldoende kennis en vaardigheden te beschikken om de procedure te voeren, terwijl de direct betrokkenen – de medewerkers van Wibra – maar indirect ook anderen, die onder vergelijkbare cao-bepalingen werken, gebaat zijn bij een rechterlijk oordeel – ook een voorlopig – over de wijze waarop Wibra de cao toepast op werknemers die ten gevolge van de verplichte winkelsluiting gedurende de coronapandemie niet hebben kunnen werken.

4.3. Dat mogelijk slechts een minderheid van de betrokken personeelsleden van Wibra lid is van de FNV rechtvaardigt niet de conclusie dat zij als grote landelijk opererende werknemersvereniging niet voldoende representatief is in de zin van artikel 3:305a lid 2 BW.

4.4. In het midden kan blijven of de FNV met de procedure een ideëel doel nastreeft, hetgeen Wibra betwist, nu niet ter discussie staat dat de FNV voldoet aan alle vereisten die artikel 3:305a BW verder stelt voor de ontvankelijkheid, nog daargelaten dat de rechter een rechtspersoon ook ontvankelijk kan verklaren wanneer de aard van de vordering van de rechtspersoon daartoe aanleiding geeft en dat laatste is in deze zaak het geval.

4.5. Wibra beroept zich er voorts op dat de dagvaarding niet de gegevens bevat die de rechter in staat moeten stellen om voor deze collectieve vordering een exclusieve belangenbehartiger aan te wijzen, voor het geval er andere collectieve vorderingen voor dezelfde gebeurtenis overeenkomstig artikel 1018d van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) worden ingesteld. Ook dit verweer, dat gelet op de verwijzing naar artikel 111 Rv kennelijk nietigheid van de dagvaarding beoogt, wordt verworpen daargelaten of schending van artikel 1018c Rv met nietigheid wordt

bedreigd. De FNV heeft in de dagvaarding immers wel degelijk feitelijke gegevens vermeld op grond waarvan zij meent dat de rechter een exclusieve belangenbehartiger kan aanwijzen in geval er nog andere collectieve vorderingen voor deze kwestie worden ingesteld. Dat de FNV van mening is dat zij zelf als zodanig zou moeten worden aangewezen, doet daar niet aan af. Overigens is tot aan deze uitspraak geen andere collectieve vordering ter zake ingediend, ondanks het feit dat deze zaak in de landelijke pers ruimschoots aandacht heeft gekregen.

4.6. Als laatste formele verweer heeft Wibra zich er op beroepen dat er geen sprake is van enig spoedeisend belang, waarmee de bevoegdheid van de voorzieningenrechter om in deze zaak een voorziening bij voorraad te geven wordt betwist. Ook dat verweer wordt verworpen. De lockdown is opgeheven, alle winkels zijn weer geopend. In de visie van de FNV werkt het winkelpersoneel thans deels zonder betaling. Dat rechtvaardigt de stelling dat het oordeel van de bodemrechter niet kan worden afgewacht en een onmiddellijke voorziening vereist kan zijn, waarmee de bevoegdheid gegeven is.

4.7. In dit kader heeft Wibra tot slot nog betoogd dat de voorzieningenrechter van deze bevoegdheid om de gevraagde voorlopige maatregelen te treffen, geen gebruik zou mogen maken, omdat de zaak niet geschikt zou zijn om in kort geding te worden beslist. Het gevorderde verbod om tijdens de verplichte winkelsluiting tijdens de coronapandemie min-uren te schrijven en reeds geschreven uren te schrappen zou, zo stelt Wibra, in wezen neerkomen op een verklaring van recht in de zin van artikel 3:302 BW, waarmee een rechtsverhouding onbetwistbaar komt vast te staan, hetgeen zich niet verdraagt met het voorlopig karakter van een uitspraak in kort geding. Dat laatste is, zo beschouwd, op zichzelf juist, hoewel een dergelijk door de voorzieningenrechter uit te spreken rechtsoordeel nooit meer dan een voorlopig karakter zal hebben, op grond waarvan wel wordt verdedigd dat ook een rechter in kort geding tot het geven van een verklaring van recht bevoegd zou zijn. De FNV heeft echter een dergelijke verklaring niet gevorderd. Voor zover Wibra bedoelt te zeggen dat de voorzieningenrechter bij het beoordelen van de vorderingen van de FNV niet ontkomt aan een juridische beoordeling van in dit geval de rechtsgeldigheid van cao-bepalingen, miskent zij dat in elk kort geding rechtsoor-

delen in de overwegingen besloten liggen, overigens steeds voorlopig van aard, met als gezichtspunt de vraag 'hoe zou de bodemrechter oordelen in geval de zaak aan hem of haar zou worden voorgelegd'. Naar mate de gevolgen daarvan verder reiken, is weliswaar de nodige terughoudendheid op zijn plaats, maar het maakt het de zaak daarom nog niet ongeschikt om in kort geding te worden beslist. Dat hoeft zelfs niet het geval te zijn als de beslissing in kort geding feitelijk tot onomkeerbare gevolgen zal leiden of als het, zoals in dit geval, om de uitleg gaat van een cao-bepaling die zijn weerslag kan hebben op vele duizenden werknemers.

4.8. De slotsom van dit alles is dat alle formele verweren van Wibra stranden en de voorzieningenrechter tot een inhoudelijke beoordeling van de zaak kan komen.

De inhoud

4.9. Sinds jaar en dag worden in cao's afspraken gemaakt over flexibele inzet van werknemers, waarbij pieken en dalen in het aanbod van werk kunnen worden opgevangen, zonder dat dat invloed heeft op het vaste loon van werknemers. Voor zover daarbij de wettelijke grenzen ter bescherming van de positie van de werknemers niet worden overschreden, zijn die afspraken in beginsel rechtsgeldig. De FNV voert aan dat artikel 4 van de cao in strijd is met het bepaalde in artikel 7:628 BW en stelt zich op het standpunt dat de betreffende cao-bepalingen in de cao waaraan Wibra is gebonden, als nietige bedingen zouden moeten worden gekwalificeerd. Volgens de FNV leidt de toepassing van artikel 4 van de cao er toe dat het risico van het niet kunnen verrichten van de overeengekomen werkzaamheden bij de werknemers komt te liggen, terwijl dat op grond van artikel 7:628 lid 1 BW bij de werkgever behoort te liggen. Naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter doet de situatie van artikel 7:628 lid 1 BW zich hier echter niet voor. Door incorporatie van de cao in alle arbeidsovereenkomsten, is tussen Wibra en haar werknemers overeengekomen dat zij een gemiddeld aantal uren per week moeten werken, waarvoor de werknemer maandelijks een overeengekomen vast bedrag aan loon ontvangt, ook als er geen werk beschikbaar is. Dienovereenkomstig heeft Wibra ook gehandeld. Ondanks de ingrijpende problemen waarmee de onderneming tijdens de corona-pandemie werd geconfronteerd, heeft Wibra de lonen immers

steeds volledig voldaan, ook toen de winkels tijdelijk volledig waren gesloten en de omzet nagenoeg geheel wegviel. Er was (deels) geen arbeid, er werd wel steeds het volledig overeengekomen loon betaald, in het laatste kwartaal van 2020 als tegemoetkoming naar het personeel zelfs met een opslag van 5%.

Dat betekent dat het bepaalde in artikel 4 van de cao geen afwijking behelst van artikel 7:628 lid 1 BW en om die reden niet nietig is. Terzijde zij nog opgemerkt dat de vraag of een werknemer zijn gemiddeld aantal uren per week heeft gewerkt niet tussentijds kan worden beoordeeld, maar eerst aan het einde van het referentiejaar, dat loopt van 1 januari tot en met 31 december.

4.10. De FNV heeft nog betoogd dat het verrekenen van min-uren zoals Wibra dat wil doen, in strijd is met het bepaalde in artikel 7:636 lid 1 jo 7:635 lid 1 sub d BW op grond waarvan dagen waarop werknemers niet hebben gewerkt slechts als vakantie worden aangemerkt als de werknemer daarmee instemt. Aan dit standpunt wordt voorbijgegaan, nu iedere onderbouwing daarvan achterwege is gebleven, terwijl Wibra betwist dat ten nadele van de werknemers is en wordt getornd aan de opbouw van vakantie-uren en/of het recht om vakantie op te nemen.

4.11. De FNV heeft voorts aangevoerd dat Wibra artikel 4 van de cao heeft toegepast in een situatie waarvoor het artikel niet bedoeld is. Volgens de FNV is de bepaling in de cao bedoeld voor het opvangen van zogenaamde 'piek-en ziek-uren' en niet voor het structureel en substantieel schrijven van min-uren in geval van een corona-pandemie, waardoor werknemers zich voor een langere periode beschikbaar zouden moeten houden om naast hun reguliere arbeidsomvang de geschreven min-uren in te halen. Dat zou werknemers onevenredig belasten en zij zouden daardoor in de knel komen met hun privé-tijd. Wibra heeft de uitleg die de FNV aan artikel 4 van de cao geeft betwist.

Naar vaste rechtspraak dienen bepalingen uit cao's worden uitgelegd aan de hand van de bevoordelingen ervan, in het licht van de volledige tekst van de cao, waarbij mede acht geslagen kan worden op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden tekstinterpretaties zouden leiden. Slechts voor zover de bedoeling van de cao-partijen kenbaar is, kan die bedoeling een rol spelen bij de uitleg. Op zichzelf kan de FNV worden toegegeven dat bij het sluiten

van cao's met bepalingen als onder 2.4 weergegeven een situatie van een corona-pandemie cao-partijen niet direct voor ogen zal hebben gestaan. Wellicht zelfs niet toen in de loop van het laatste kwartaal van het jaar 2020 de onderhavige cao werd verlengd, zij het dat dat bij uitstek het moment was, zoals Wibra betoogt, om eens kritisch naar deze materie te kijken.

Dat neemt echter geenszins weg dat de tekst van de bepalingen de bandbreedte van de regeling (+ en - 35% van het aantal basisuren) wel degelijk voorziet in het opvangen van substantiële pieken en dalen, zij het begrensd door de referentieperiode van één jaar (waarna niet 'opgemaakte' min-uren vervallen en resterende plusuren worden uitbetaald), een maximum van 45 wekelijks in te roosteren uren en het gegeven dat Wibra minimaal drie weken te voren in overleg met de individuele werknemer het werkrooster vaststelt, waarbij Wibra zoveel mogelijk rekening heeft te houden met diens wensen. Het volgens de FNV onaannemelijke rechtsgevolg dat werknemers zich nu, in afwijking van de gewone situatie, gedurende de resterende tijd van het jaar min of meer onbeperkt beschikbaar moeten houden om hun eerder in het jaar geschreven min-uren in te halen en daardoor mogelijk met extra kosten voor kinderopvang worden geconfronteerd, doet zich dan ook niet voor, laat staan dat sprake is van een 'vrijbrief om ongelimiteerd min-uren te schrijven'. Een werknemer van Wibra met een flexibel contract heeft zich immers op grond van de tussen hem/haar en Wibra geldende afspraken steeds beschikbaar te houden voor het werken van extra uren binnen de in de cao opgenomen bandbreedte. Wibra heeft ter zitting aangevoerd dat zij zich aan deze bandbreedtes houdt. Het tegendeel heeft de FNV niet aannemelijk gemaakt.

Het voorgaande leidt ertoe dat uitleg van de cao niet meebrengt dat artikel 4 van de cao uitsluitend mag worden toegepast in het kader van 'ziek-en-piek', zoals de FNV heeft betoogd.

4.12. Tot slot vindt de FNV dat Wibra zich niet als goed werkgever gedraagt in de zin van artikel 7:611 BW door enerzijds gebruik te maken van de NOW-subsidies en anderzijds deze de geregistreerde min-uren bij de werknemers 'in rekening te brengen', waardoor de werknemers geheel of gedeeltelijk 'gratis' voor Wibra werken, hetgeen niet de bedoeling kan zijn van de regeling. De FNV miskent hiermee echter dat de deze subsidies door Wibra volledig zijn aangewend voor de

betaling van de overeengekomen (basis)lonen van de werknemers, ook in de periode dat deze niet hebben gewerkt, overeenkomstig de bedoeling van de NOW-regeling. De subsidie is gerelateerd aan het omzetverlies van een onderneming. Ook als de werknemers wel hun gemiddeld aantal uren hadden gewerkt en Wibra had toch omzetverlies geleden, had Wibra van de NOW-regeling gebruik kunnen maken om aan haar loonbetalingsverplichting te kunnen voldoen.

Dat Wibra tijdens de coronaperiode geen gebruik heeft gemaakt van oproep- en uitzendkrachten, waar zij in normale tijden naar eigen zeggen beperkt gebruik van maakt, ligt voor de hand. Op die categorie richt de NOW-regeling zich echter niet.

Zoals uit het voorgaande volgt houdt Wibra haar werknemers aan de afspraak om per jaar een gemiddeld aantal uren te werken. Dat het inhalen van de min-uren, waarvan Wibra heeft gesteld dat dit gedurende de gehele rest van het jaar zal mogen gebeuren met inachtneming van de bandbreedtes in de cao, tot onaannembare resultaten zal leiden, heeft de FNV niet onderbouwd. Wibra daarentegen heeft cijfermatig inzichtelijke gemaakt dat slechts 7% van het totale winkelpersoneel een percentage min-uren heeft opgebouwd van meer dan 15% in verhouding tot de gemiddeld overeengekomen arbeidsduur en dat slechts bij 2 personeelsleden het percentage van 35% is overschreven. Gemiddeld dient het winkelpersoneel over de resterende weken van 2021 40 minuten aan min-uren boven het aantal basisuren te werken. De FNV heeft zich wat dit betreft beperkt tot een blote betwisting van deze gegevens, waarmee zij niet kon volstaan. Het was aan de FNV om haar verwijt dat toepassing tot de regeling tot onaannembare resultaten zou leiden, te onderbouwen. Zij had ter voorbereiding van dit kort geding bij haar leden, de OR of bij Wibra zelf deze gegevens kunnen opvragen en kunnen controleren. Daar was gezien de vanaf 23 april 2021 lopende correspondentie tussen partijen alle gelegenheid voor.

4.13. De wederzijdse belangen geven geen aanleiding om de voorgaande voorlopige oordelen in deze zaak niet de doorslag te geven. Mocht de bodemrechter tot een ander oordeel komen dat zullen de min-uren alsnog moeten worden uitbetaald aan de werknemers. Anderzijds geldt dat bij toewijzing van de vorderingen min-uren naar verwachting in 2021 niet meer kunnen worden

ingehaald. De gevraagde voorzieningen zullen worden geweigerd.

4.14. De FNV zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure. Deze kosten aan de zijde van Wibra worden vastgesteld op:

– griffierecht € 667,00

– salaris advocaat € 1.524,00

Totaal € 2.191,00.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter, rechtdoende,

5.1. weigert de gevraagde voorzieningen;

5.2. veroordeelt de FNV in de proceskosten, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Wibra vastgesteld op € 2.191,00;

5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Het afgewogen oordeel van de kortgedingrechter in dit geschil getuigt van een genuanceerde benadering van de vraag onder welke voorwaarden flexcontracten met een min-max karakter toelaatbaar zijn. Ik denk dat het oordeel in dit geval juist is.

Er zijn tot nu toe weinig arbeidsrechtelijke procedures in coronatijd gevoerd die zo veel media-aandacht hebben gekregen dat de essentie verloren dreigt te gaan in het dystopische beeld dat werd geschetst. Deze zaak is bijna als een revolutie in het arbeidsrecht gepresenteerd, mede door de aanduiding dat het hier zou gaan om 'corona-corvee': flexkrachten zouden op basis van de toepasselijke cao (de cao Retail Non-Food waarbij FNV zelf geen partij is) gratis werken door het verplicht moeten inhalen van de min-uren die zijn ontstaan tijdens de gedwongen sluiting van de winkels. Ten onrechte werd bovendien gesuggereerd dat sprake zou zijn van misbruik van de NOW-loonkostensubsidie omdat die ter compensatie van min-uren zou zijn verstrekt, de medewerkers onbeperkt beschikbaar moesten blijven en zonder doorbetaling van loon zouden worden ingezet. Dat is niet het geval: art. 4 van de cao bevat duidelijke voorwaarden die een adequate bescherming voor flexkrachten bieden en in overeenstemming zijn met de wet (zie hiervoor art. 7:628 BW).

Ten eerste worden de flexkrachten beschermd door het basisloon dat zij verdienen en dat ook tijdens de lockdown volledig voor risico en rekening van de werkgever (Wibra) komt. Uitgangspunt is dat er een gemiddeld aantal basisuren per week geldt voor de flexkrachten. Voor deze uren ontvangen de betrokken flexkrachten maandelijks een vast basisbedrag aan loon, ook als er geen of minder werk is. Vast staat dat Wibra het basisloon volledig heeft doorbetaald toen tijdens de verplichte winkelsluiting niet door hen kon worden gewerkt. De NOW bevat geen verderstrekkende regels ten aanzien van min-uren. Om die reden heeft Wibra niet alleen civielrechtelijk ex art. 7:628 BW, maar ook subsidierechtelijk volledig in overeenstemming met de NOW gehandeld: de basisuren zijn doorbetaald (waarbij in het laatste kwartaal van 2020 zelfs een opslag van 5% aan het voltallige Wibra-personeel is betaald; zie r.o. 4.9).

Ten tweede kan Wibra geen beroep doen op grenzeloze beschikbaarheid van de flexkrachten en is er geen sprake van dat het ondernemingsrisico van de verplichte winkelsluiting volledig op hen wordt afgewenteld: er gaat immers een beschermende werking uit van de (i) in de cao afgesproken maximale breedte van + en – 35% van het aantal basisuren en (ii) de referteperiode van twaalf maanden. Een werkgever kan dus niet volledig naar eigen inzicht een beroep doen op de beschikbaarheid van de flexkrachten. Kijkend naar het gemiddelde aantal min-uren dat in deze casus moet worden 'ingeaald', i.e. gemiddeld 40 minuten per week over de resterende weken van 2021 (zie hiervoor r.o. 4.12), is evident dat het beroep op de min-uren in dit geval zeer beperkt is. Indien het exceptionele ondernemingsrisico van de verplichte winkelsluiting wordt afgezet tegen deze hoeveelheid min-uren, die bovendien vallen binnen de bandbreedte van de cao, is dit mijns inziens een gerechtvaardigde uitkomst.

Gelet op het voorgaande, is de kans op succes voor FNV in een bodemprocedure klein. Van een bodemprocedure komt het echter waarschijnlijk niet meer: Wibra heeft in een persbericht van 5 juli 2021 na de publicatie van het kort-geding vonnis bekend gemaakt in overleg te zullen treden met individuele medewerkers die in verhouding veel min-uren hebben opgebouwd. Mogelijk zal tot algehele kwijtschelding worden overgegaan.

Toch behoudt de *Wibra*-uitspraak een bredere betekenis voor de praktijk. In de eerste plaats is de afdwingbaarheid van de voorwaarden voor inzet van flexkrachten voor meerdere cao's van belang. Niet alleen de cao Retail Non-Food maar ook andere cao's, zoals de cao Horeca en de cao Bijenkorf bevatten voorwaarden voor min-max uren. Bij toekomstige geschillen zal steeds kritisch moeten worden gezien in hoeverre de toepasselijke bandbreedte en referentieperiode voldoende bescherming bieden tegen misbruik van het min-max karakter.

In de tweede plaats illustreert de maatschappelijke ophef over de *Wibra*-casus het bredere debat over de bezwaren die kleven aan de juridische en sociaaleconomische positie van flexkrachten (zie hiervoor ook H. Mouselli, 'Inkomenszekerheid van oproepkrachten tijdens de COVID-19 pandemie', *TRA* 2021/54). De juridisch-technisch juiste uitkomst van de *Wibra*-casus doet aan het belang van dit debat niet af.

Dat de vraag naar de toelaatbaarheid van flexcontracten met een min-max karakter in breder maatschappelijk perspectief, ook geheel los van de corona-crisis, in de komende jaren een actueel thema zal blijven, wordt (in navolging van het advies van de Commissie Borstlap) onderschreven in de recente aanbevelingen van de SER die in juni 2021 zijn gepubliceerd (Advies 21/08, *Sociaal-economisch beleid 2021-2025, Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving*).

Een van de kernaanbevelingen van de SER is de afschaffing van oproepcontracten (inclusief nuluren-contracten) met het voorstel deze integraal te vervangen door basiscontracten met ten minste een kwartaaluren-norm waardoor het loon van oproepkrachten voorspelbaar wordt (zie hiervoor Bijlage 1 (Onderdeel A) Advies 21/08, p. 18). De gedachte van de SER bij dit kwartaaluren-normcontract is dat dit tot een evenwichtige verhouding zal leiden tussen het minimumaantal te werken uren en de beschikbaarheid van oproepkrachten. Een uitgewerkte toelichting wat als 'evenwichtig' bij deze kwartaalnorm moet worden gekwalificeerd, ontbreekt echter en zal mijns inziens ook geen meerwaarde opleveren ten opzichte van de huidige wettelijke spelregels. Zie ook de kritiek van Houweling ten aanzien van dit onderdeel in A.R. Houweling, 'SER-advies 2021: een geslaagde onvoldoende voor het Sociaal Akkoord arbeidsmarkt', *TAC* 2021/2, p. 72-82. De

SER heeft zijn aanbevelingen gebaseerd op de veronderstelling dat flexibiliteit te vaak op basis van het adagium 'beschikbaar voor alles, recht op niets' wordt vormgegeven (p. 7). De *Wibra*-casus weersprekt mijns inziens dit adagium: flexkrachten zijn in het geval van de cao Retail Non-Food zeker niet rechteloos of beschikbaar voor 'alles'. Zij houden recht op 'iets' (i.e. het basisloon). Dit klemt in de *Wibra*-casus temeer nu de voorwaarden waren vastgelegd in een cao die nota bene eind 2020 met volledige instemming van de betrokken vakbonden was verlengd.

mr. drs. A.M. Helstone
advocaat en partner bij Stibbe

187

Contractuele beëindigingsvergoeding weegt niet mee voor hoogte billijke vergoeding

Gerechtshof Amsterdam
25 mei 2021, nr. 200.282.292/01,
ECLI:NL:GHAMS:2021:1475
(mr. Haanappel-van der Burg, mr. Smit, mr. Pieters)

Verhouding vergoedingen. New Hairstyle. Te verwachten levensduur arbeidsovereenkomst.

[BW art. 7:669, 7:671b lid 9 sub c, 7:683]

Na een wijziging in de managementstructuur verloopt de samenwerking tussen het subteam waar de werknemer werkt en de afdeling stroef. Daarom wordt eind 2018 een coachingsbureau ingehuurd. Dit bureau houdt interviews met de betrokken werknemers. In mei 2019 vindt een incident plaats tussen de directeur en de werknemer. Na gesprekken wendt de werknemer zich tot HR en later tot de vertrouwenspersoon. De vertrouwenspersoon adviseert mediation, waarop HR aan de werknemer laat weten zo'n traject te zullen starten. In plaats daarvan confronteert de werkgever de werknemer echter met kritiek van collega's uit de interviews en doet hij een beëindigingsvoorstel. De werknemer wijst het voorstel af. Daarop wordt hij ontheven van zijn taken. Zijn verzoek tot wedertewerking wordt in rechte