

RECHTSPRAAK

werkneemster/Energiewacht N.V.

Rechtsvermoeden artikel 7:610b BW in combinatie met het goed werkgeverschap leiden tot een arbeidsomvang van 24 uur bij een min-maxcontract van 16-32 uur per week. Tijdens ziekte dient gemiddelde aantal gewerkte uren (29) over representatieve referteperiode te worden doorbetaald.

Werkneemster is sinds 25 juli 2011 bij Energiewacht in dienst, laatstelijk in de functie van Medewerker Frontoffice. Het dienstverband betreft een min-maxcontract voor 16 tot 32 uren per week. Werkneemster is ziek sinds 5 januari 2015. Zij ontvangt sindsdien een salaris gebaseerd op het minimumaantal van 16 uren per week. Werkneemster stelt dat zij structureel meer is ingezet dan het minimumaantal uren. Deze stelling heeft zij onderbouwd middels het overleggen van haar roosters van 2013 en 2014. Werknemer beroept zich op artikel 7:610b BW en stelt dat het in haar geval in de rede ligt dat de arbeidsomvang wordt verhoogd tot de gemiddeld gewerkte arbeidsduur over de maanden november en december 2014 en januari 2015 van 29 uren per week. Werkneemster vordert loondoorbetaling over 29 uur.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In geschil is of tegen de achtergrond van hetgeen partijen in de arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen er ruimte is voor een beroep op artikel 7:610b BW. Los gezien van dit geschil is het verzoek om aanpassing van de arbeidsduur niet toewijsbaar. Een voorziening die de rechtstoestand tussen partijen vaststelt, is niet voorlopig en is daarmee in strijd met het karakter van een kortgedingprocedure. Het rechtsvermoeden 'arbeidsomvang' van artikel 7:610b BW beoogt de werknemer houvast te bieden in onder andere de situatie waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur (memorie van toelichting bij Wet Flexibiliteit en Zekerheid, *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, 3). Wat betreft het overeengekomen minimumaantal uren sluit de kantonrechter aan bij het oordeel van het Gerechtshof Den Haag (zie AR 2014-1041) in die zin dat nu Energiewacht werkneemster over een langere periode structureel (veel) meer heeft ingezet dan dit minimum, het goed werkgeverschap als bedoeld in artikel 7:611 BW in samenhang met het rechtsvermoeden als bedoeld in artikel 7:610b BW meebrengt dat de omvang van het overeengekomen minimumaantal uren wordt verhoogd. De kantonrechter acht dit voorshands redelijk omdat enerzijds Energiewacht kennelijk minder belang heeft bij een flexibiliteit van het min-maxcontract dan was afgesproken en anderzijds werkneemster, gelet op het structurele karakter van het aantal gewerkte uren, haar uitgavenpatroon daarop heeft aangepast. Uit de roosters van 2013 en 2014 volgt dat werkneemster geregeld 24 of 28 of 32 uren per week heeft

gewerkt en dat de relatief weinige keren dat zij minder dan 24 uren per week werkte het gevolg waren van door haar gevraagd verlof dan wel ziekte.

Bij de beantwoording van de vraag in hoeverre het aantal minimumarbeidsuren moet worden verhoogd, dient rekening te worden gehouden met de specifieke aard van het min-maxcontract. Dit kenmerkt zich door een gegarandeerd minimumaantal arbeidsuren met daarboven de mogelijkheid van een flexibele inzet van de werknemer. Het ligt – anders dan werkneemster heeft gesteld – niet in de rede om het minimumaantal uren te verhogen tot de gemiddeld gewerkte arbeidsuren, aangezien hiermee de door partijen beoogde flexibiliteit (grotendeels) verloren zou gaan en daarmee de aard van het min-maxcontract wezenlijk zou veranderen. In het kader van de voorlopige maatregel stelt de kantonrechter het aantal minimumuren dat zij in ieder geval betaald zou moeten krijgen vanaf 5 januari 2015 op 24 uur per week. Werkneemster zal gedurende haar arbeidsongeschiktheid toch 29 uren per week uitbetaald dienen te krijgen. Werkneemster heeft recht op haar loon dat is gebaseerd op het gemiddelde loon dat zij had kunnen verdienen als zij niet ziek zou zijn geworden. Werkneemster heeft voor de berekening van het gemiddelde aantal gewerkte uren een door haar gestelde representatieve referentieperiode van de maanden november en december 2014 en januari 2015 genomen. De representativiteit van deze periode is door Energiewacht niet weersproken. De kantonrechter gaat daarom uit van een loon dat is gebaseerd op 29 uren per week dat gedurende de arbeidsongeschiktheid van werkneemster dient te worden uitbetaald.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 20-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:3002

Zaaknummer: 4025040 \ VV EXPL 15-37

Rechters: G.J.J. Smits

Advocaten: T. Veldman en L.A.A. Ongenae

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