

## RECHTSPRAAK

***Wibra mag werknemers de tijdens de lockdown geregistreeerde min-uren laten inhalen. Cao-bepaling over min-uren niet in strijd met artikel 7:628 BW. Geen strijd met goed werkgeverschap door tevens gebruik te maken van NOW-subsidie.****Feiten*

Wibra is een kleinhandel in textielproducten, schoenen, lederwaren en huishoudelijke artikelen. Op de arbeidsovereenkomsten van haar werknemers is de cao Retail Non-food (hierna: de cao) van toepassing verklaard. In artikel 4 van de cao is bepaald dat werknemers een flexibel contract kunnen hebben. Werknemers met een flexibel contract moeten een gemiddeld aantal uren per week werken, waarvoor zij een vast loon ontvangen. Aan het einde van het jaar worden – kort gezegd – te veel gewerkte uren alsnog uitbetaald en minder gewerkte uren komen te vervallen. Op 15 december 2020 heeft 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 maanden januari, februari, maart en april 2021 heeft het personeel meer dan gemiddeld min-uren opgebouwd. Bij brief van 23 april 2021 heeft 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. Wibra houdt haar werknemers aan de afspraak om per jaar een gemiddeld aantal uren te werken. FNV vordert in kort geding onder meer 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.

*Oordeel*

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt.

*Cao-bepaling geen afwijking van artikel 7:628 BW*

FNV voert aan dat artikel 4 van de cao in strijd is met 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 FNV leidt de toepassing van artikel 4 van de cao ertoe 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. De voorzieningenrechter gaat hier niet in mee. Tussen Wibra en haar werknemers is 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 coronapandemie werd geconfronteerd, heeft Wibra de lonen immers steeds volledig voldaan, ook toen de winkels tijdelijk waren gesloten en de omzet nagenoeg geheel wegviel. Er was (deels) geen arbeid, maar er werd wel steeds het volledig overeengekomen loon betaald, in het laatste kwartaal van 2020 zelfs met een opslag van 5%. Dat betekent dat artikel 4 van de cao geen afwijking behelst van artikel 7:628 lid 1 BW en om die reden niet nietig is.

#### *Cao-bepaling niet alleen voor 'piek-en-ziek'*

FNV heeft voorts aangevoerd dat artikel 4 van de cao voor het opvangen van 'piek-en-ziek-uren' is en niet voor het structureel en substantieel schrijven van min-uren in geval van een coronapandemie, waardoor werknemers zich voor een langere periode beschikbaar zouden moeten houden om naast hun reguliere arbeidsomvang de geschreven min-uren in te halen. De voorzieningenrechter overweegt dat de tekst van de bepaling en 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 referteperiode van één jaar, een maximum van 45 wekelijks in te roosteren uren en het gegeven dat Wibra minimaal drie weken tevoren in overleg met de individuele werknemer het werkrooster vaststelt, waarbij Wibra zo veel mogelijk rekening heeft te houden met diens wensen. Het volgens FNV onaannemelijke rechtsgevolg dat werknemers zich nu gedurende de resterende tijd van het jaar min of meer onbepaald beschikbaar moeten houden om hun eerder in het jaar geschreven min-uren in te halen, doet zich dan ook niet voor. Een werknemer met een flexibel contract heeft zich immers steeds beschikbaar te houden voor het werken van extra uren binnen de in de cao opgenomen bandbreedte.

#### *Geen strijd met goed werkgeverschap*

Tot slot vindt FNV dat Wibra zich niet als goed werkgever gedraagt door enerzijds gebruik te maken van de NOW-subsidies en anderzijds de geregistreerde min-uren bij de werknemers 'in rekening te brengen', waardoor de werknemers (deels) gratis voor Wibra werken. FNV miskent hier volgens de voorzieningenrechter echter mee dat de subsidies door Wibra volledig zijn aangewend voor de betaling van de (basis)lonen van de werknemers, ook in de periode dat zij niet hebben gewerkt. De subsidie is gerelateerd aan het omzetverlies van een onderneming. Ook als de werknemers wel hun gemiddeld aantal uren hadden gewerkt en Wibra toch omzetverlies had geleden, had Wibra van de NOW-regeling gebruik kunnen maken.

#### *Conclusie*

Wibra houdt 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 rest van het jaar zal mogen gebeuren met inachtneming van de bandbreedtes in de cao, tot onaannembare resultaten zal leiden, heeft FNV niet onderbouwd. Gemiddeld dient het

winkelpersoneel over de resterende weken van 2021 40 minuten aan min-uren boven het aantal basisuren te werken. Op grond van het voorgaande weigert de voorzieningenrechter de gevraagde voorzieningen.

---

**Instantie:** Rechtbank Gelderland

**Datum uitspraak:** 05-07-2021

**ECLI:** ECLI:NL:RBGEL:2021:3414

**Zaaknummer:** 388780

**Rechters:** D. Vergunst

**Advocaten:** A.M. Dielemans-Buiteman, H.C.S. van Deijk-Amzand, R.J. Mourits en P.A. van Eck

**Wetsartikelen:** 7:611 BW en 7:628 BW