

166

Rechtbank Amsterdam, kantonrechter
12 mei 2014, nr. CV 13-22452,
(mr. Ulrici)
Noot mr. E.S. de Jong

Verhouding jaarensysteem en rechtsvermoeden omvang arbeidsovereenkomst. Invulling rechtsvermoeden.

[BW art. 7:610b]

De werknemster is sinds 20 september 2010 bij de werkgever in dienst als hulpverkoopster. De toepasselijke cao kent een arbeidscontractenstelsel waarin het aantal contracturen op jaarbasis wordt vastgesteld in plaats van per maand. Heeft een werknemer na afloop van een refertejaar extra uren gewerkt, dan heeft hij recht op uitbreiding van zijn contracturen tot een maximum van 25% extra (de zogeheten bandbreedte). Tussentijdse aanpassing is mogelijk bij een overschrijding van de contracturen met (gemiddeld) 20%, met een minimum van 4 uur per week. De arbeidstijd van de werknemster is volgens de arbeidsovereenkomst 624 uur per refertejaar, zijnde gemiddeld 12 uur per week. In de periode van 14 november 2011 tot 30 maart 2013 is het aantal gemiddelde uren tijdelijk uitgebreid van 12 tot 16 uur per week. In maart 2013 heeft de werknemster de werkgever gevraagd om ongeveer 30 uur te mogen (blijven) werken. De werkgever heeft dat geweigerd. Wel is het aantal contracturen van de werknemster er 1 juli 2013 uitgebreid naar gemiddeld 17 per week. De werknemster vordert nu een verklaring voor recht dat de omvang van het dienstverband gemiddeld 29,5 uur per week bedraagt.

De kantonrechter stelt vast dat de vraag die partijen verdeeld houdt, is of de werknemster met een beroep op art. 7:610b BW recht heeft op een grotere arbeidsomvang per week dan 17 uur. Het feit dat de cao een specifiek stelsel van werktijden kent, betekent niet dat art. 7:610b BW niet van toepassing is. Van dit artikel kan niet worden afgeweken, ook niet bij cao. Een regeling in een arbeidsovereenkomst of cao kan echter wel worden gezien als een weerlegging van het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW. In onderhavig geval geldt dat het systeem van een minimaal aantal vaste contracturen en een daaraan verbonden bandbreedte van (25%) extra uren kwalificeert als een zogenoemd min/max-contract, dat op zich niet in strijd is met

art. 7:610b BW. Ook de regeling dat tussentijdse verhoging mogelijk is als gemiddeld 20% meer is gewerkt, is niet in strijd met dit artikel. Tussen partijen is niet in geschil dat de overeengekomen arbeidsomvang in de periode oktober 2010 tot en met maart 2013 structureel is overschreden. Op basis van de systematiek van de cao diende de werkgever de werknemster 4,9 extra uren per week aan te bieden. Dit heeft de werkgever gedaan door het aantal uren op 17 te stellen. Het valt alleen niet in te zien waarom deze wijziging pas doorgevoerd kon worden per 1 juli 2013, terwijl de werknemster al in maart 2013 om uitbreiding had verzocht. De kantonrechter veroordeelt de werkgever daarom om ook over mei en juni het salaris te betalen op basis van 17 uur per week.

NB. Hof Den Haag volgde de in de cao neergelegde referteperiode niet en oordeelde dat de werkgever moest bewijzen waarom de periode van 13 weken van art. 7:610b BW niet redelijk was («JAR» 2008/293). Art. 7:610b BW komt in beginsel niet in beeld als duidelijke afspraken zijn gemaakt over de arbeidsomvang. Vgl. JAR 2005/244.

De werknemster te (...),
eiseres,
gemachtigde: mr. L.M. Ravestijn,
tegen
de besloten vennootschap Hema BV te Amsterdam,
gedaagde,
gemachtigde: mr. M.J. van Herwerden.

Verloop van de procedure
(...; red.)

Gronden van de beslissing

Feiten

1. Als gesteld en onvoldoende weersproken staat vast:

1.1. Op 20 september 2010 is de werknemster bij Hema in dienst getreden in de functie "hulpverkoopster" voor het filiaal aan het (...). Het betrof een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die eindigde op 1 april 2011. De arbeidsovereenkomst is enkele keren voor bepaalde tijd verlengd en per 1 augustus 2012 is de werknemster (voortijdig) voor onbepaalde tijd in dienst van Hema gekomen. De Collectieve Arbeidsovereenkomst HEMA (verder de CAO) is door incorporatie op het dienstverband van toepassing.

1.2. De arbeidsovereenkomst bepaalt in artikel 3: “De arbeidstijden voor werknemer zijn in principe flexibel en zullen door middel van een rooster, na onderling overleg, worden vastgesteld.”

1.3. De CAO bevat in Bijlage 6 de volgende systematiek ten aanzien van de werktijden:

“Arbeidscontractenstelsel Hema artikel 1 inleiding

[...]

Om zo efficiënt mogelijk – dus concurrerend – te blijven werken, is het een absolute noodzaak om met de inzet van het personeel steeds zo optimaal mogelijk aan te kunnen sluiten bij het klantenpatroon en het werkaanbod. Om dit te kunnen realiseren zijn afspraken gemaakt over de spelregels die bij de inzet van personeel gelden. Deze spelregels zijn vastgelegd in het zogenaamde arbeidscontractenstelsel.

kenmerken van het arbeidscontractenstelsel zijn:

- jaarurenmodel
- geen vast arbeidspatroon
- vast bruto maandsalaris.

Het jaarurenmodel betekent dat er sprake is van contracturen op contractjaarbasis. Zo kan de inzet van uren over het contractjaar verdeeld worden. Binnen het jaarurenmodel kunnen medewerkers flexibel ingezet worden, waarbij echter wel een aantal voorwaarden in acht moet worden genomen. Tegenover dit flexibele arbeidspatroon staat dat alle medewerkers een vast bruto maandsalaris krijgen, gebaseerd op ééntwaalfde van het aantal contracturen op contractjaarbasis. Deze bijlage is onderdeel van de HEMA CAO en bevat de uitwerking van het arbeidscontractenstelsel HEMA.

[...]

artikel 2 contracturen

1. [...]

2. inzet boven contract

a. algemeen

Na afloop van het contractjaar wordt vastgesteld of een medewerker meer heeft gewerkt dan zijn overeengekomen contracturen. [...]

b. schokbreker/bandbreedte

Om echter geen te groot verschil te laten ontstaan tussen de overeengekomen contracturen waarop het salaris is gebaseerd en de gewerkte uren, kent het arbeidscontractenstelsel de zogenaamde schokbreker.

[...]

1. Bandbreedte voor medewerkers met een overeengekomen arbeidsduur per contractjaar van minder dan 1983 uur:

Voor medewerkers met een overeengekomen arbeidsduur van minder dan 1983 uur per contractjaar geldt een bandbreedte van 25% van het aantal overeengekomen contracturen.

[...]

1.4. Omtrent een tijdelijke verhoging van de contracturen bepaalt Bijlage 6 in het 4e lid van artikel 2:

“4. Gerealiseerde uren en tijdelijk contract

a. Als een tijdelijk contract wordt aangeboden aan een medewerker met een overeengekomen arbeidsduur van minder dan 1983 uur per contractjaar, die reeds in dienst is, dan dient voor de vaststelling van het aantal gerealiseerde uren in de periode van het tijdelijk contract er altijd van te worden uitgegaan dat de contracturen van het tijdelijk contract zijn gehaald.

b. Blijkt na afloop van het tijdelijk contract dat er meer of minder gerealiseerde uren zijn, dan de uren van het oorspronkelijke contract als bedoeld onder sub a en het tijdelijk contract tezamen, dan moeten de teveel of te weinig gerealiseerde uren in de resterende duur van het contractjaar gecompenseerd worden met het oorspronkelijke contract als bedoeld onder sub a.”

1.5. Na afloop van een contract- of refertejaar kan een medewerker aanpassing van zijn contracturen verzoeken. Bijlage 6 van de CAO bepaalt daarover in het 5e lid van artikel 2 :

“5. aanpassing contracturen

algemeen

Na afloop van het contractjaar wordt vastgesteld of een medewerker meer heeft gewerkt dan zijn overeengekomen contracturen. Om te bepalen of dit het geval is, wordt – [...] – gewerkt met een bandbreedte.

a. Verhoging van de contracturen na afloop van het contractjaar:

Indien na afloop van het contractjaar blijkt dat het aantal gerealiseerde uren meer bedraagt dan de overeengekomen contracturen verhoogd met een bandbreedte van 20% met een minimum van 4 uur per week dan kan, indien de medewerker dit wenst, het contract naar boven worden aangepast met het aantal contracturen waarmee de bandbreedte is overschreden. De verhoging is mogelijk tot maximaal 1983 uur op contractjaarbasis.

[...]

c. Aanpassing contracturen tijdens het contractjaar:

Tussentijdse aanpassing van het aantal contracturen, zowel naar boven als naar beneden – voor afloop van het contractjaar – is ook mogelijk. De wijziging dient structureel van aard te zijn en conform de wens van werkgever en werknemer.”

1.6. De arbeidstijd van de werknemster is volgens de arbeidsovereenkomst 624 uur per refertejaar, zijnde gemiddeld 12 uur per week. Een refertejaar loopt telkens van 1 oktober tot en met 30 september.

1.7. Bij brief van 11 november 2011 heeft Hema de werknemster bevestigd dat zij gedurende de periode 14 november 2011 tot 30 maart 2013 tijdelijk meer uren zou werken dan op basis van de arbeidsovereenkomst. Het gemiddelde aantal uren van de werknemster werd uitgebreid van 12 tot 16 uur per week. In die periode werd het filiaal te (...) verbouwd.

1.8. Bijlage 7 van de CAO is getiteld “Uitvoeringsrichtlijn vakkundigheid” en bepaalt omtrent de functieindeling:

“Artikel 1 functies

1. De kassaopleiding, module klantgerichtheid en een branchemodule zijn van toepassing voor medewerkers die werkzaam zijn in de volgende functies:

- aanvulhulp
- hulpverkoopmedewerker

2. Het behalen van de kassaopleiding, module klantgerichtheid en een branchemodule, alsmede een goede beoordeling beschouwt werkgever als een benoemingsvereiste voor de volgende functie:

- hulpverkoopmedewerker

3. De MBO II opleiding is van toepassing voor medewerkers die op basis van een contract voor onbepaalde tijd werkzaam zijn in de volgende functie:

- hulpverkoopmedewerker

4. Het behalen van de volledige MBO II opleiding, alsmede een goede beoordeling beschouwt werkgever als een benoemingsvereiste voor de volgende functie:

- verkoopmedewerker

[...]”

1.9. Voor medewerkers met een aanstelling van minder dan 18 uur geldt een alternatief opleidingsprogramma om de functie verkoopmedewerker te bereiken, met modules en een “training on the job”. Het alternatieve opleidingsprogramma duurt ongeveer een jaar. Na een goede beoordeling kan men vervolgens doorstromen naar de functie van

verkoopmedewerker in salarisschaal 15 (USB 3). De werknemster heeft een aantal modules van de alternatieve opleiding gedaan.

1.10. De werknemster wordt gehonoreerd volgens de functie van hulpverkoopmedewerker. Haar huidige salaris bedraagt € 9,79 bruto per uur, gebaseerd op (USB2) schaal 13.

1.11. In maart 2013 heeft de werknemster Hema verzocht om meer structureel uren te mogen (blijven) werken. Dit heeft Hema geweigerd. Bij brief van 15 mei 2013 heeft de gemachtigde van de werknemster voor deze aanspraak gemaakt op een tewerkstelling van 30,5 uur per week. Daarbij heeft de gemachtigde tevens aanpassing van de functie van de werknemster verzocht van hulpverkoopmedewerker naar verkoopmedewerker met de bijbehorende beloning en onder correctie van het vakantieurenoverzicht.

1.12. Bij brief van 4 juni 2013 heeft Hema meege-deeld dit verzoek niet te honoreren, maar wel bereid te zijn het aantal contracturen tussentijds op te hogen naar 862 per jaar, zijnde gemiddeld 17 uur per week. Daartoe heeft Hema een berekening gemaakt, welke in de procedure is gebracht. Het verzoek met betrekking tot de functie en beloning is door Hema afgewezen. Per 1 juli 2013 is het aantal contracturen van de werknemster uitgebreid naar 17 uur per week.

1.13. De werknemster werkt reeds jaren tot volle tevredenheid van Hema.

Vordering

2. De werknemster vordert – samengevat – een verklaring voor recht dat de omvang van het dienstverband tussen partijen gemiddeld 29,5 uur per week bedraagt. Daarnaast vordert de werknemster een verklaring voor recht dat zij per december 2010, althans mei 2012, bij Hema in dienst is als verkoopmedewerker, althans dat de functie van de werknemster daarmee gelijk dient te worden gesteld, waarbij zij een even hoge beloning dient te ontvangen als een verkoopmedewerker. Tot slot vordert de werknemster Hema te veroordelen tot – kort gezegd – nabetaling van haar salaris, met correctie van de vakantie-uren en het vakantiegeld. De werknemster vordert ook een correcte opgave van het opgebouwde vakantiesaldo, waaruit haar vakantie-rechten blijken.

3. De werknemster voert daartoe aan dat zij van meet af aan veel meer uren heeft gewerkt dan haar contracturen. Er is sprake van structureel meer-/overwerk, soms wel tot 100%. Ter illustratie legt

de werkneemster urenoverzichten over, waar dit uit blijkt. In het jaar 2012 werkte de werkneemster gemiddeld 29,6 uur per week en in 2013 (tot en met april 2013) gemiddeld 29,4 uur per week.

4. De werkneemster meent dat zij op grond van artikel 7: 610b BW derhalve recht heeft op een schriftelijke aanpassing van haar arbeidsovereenkomst tot gemiddeld 29,5 uur per week. Het beroep van Hema op de CAO gaat daarbij volgens de werkneemster niet op, omdat een cao weliswaar gebruikt kan worden om een rechtsvermoeden te weerleggen, maar het rechtsvermoeden niet opzij kan zetten. Bovendien heeft de werkneemster door de tijdelijke ophoging van haar contracturen een ongunstige positie en dat is onredelijk. De werkneemster meent dat haar contracturen dienen te liggen tussen de 17 en 29,5 uur per week.

5. De werkneemster is weliswaar in dienst getreden als hulpverkoopmedewerker, maar funktioneerde sinds december 2010 – en in ieder geval sinds 22 mei 2012 – feitelijk als verkoopmedewerker. Zij dient ook overeenkomstig te worden gehonoreerd. De werkneemster verricht dagelijks werkzaamheden die het etiket verkoopmedewerker verdienen. De werkneemster meent recht te hebben op het salaris in de CAO van (USB3) trede 15.

6. De CAO kent namelijk de functies aanvulhulp, hulpverkoopmedewerker en verkoopmedewerker. Het onderscheid is met name gelegen in opleidingseisen. De werkneemster heeft die opleiding niet gevolgd. In tegenstelling tot Hema meent de werkneemster echter dat formele functievereisten niet doorslaggevend zijn voor de functie die de werkneemster vervult, nu de wijze waarop partijen aan de arbeidsovereenkomst inhoud hebben gegeven daartoe bepalend moet zijn. Inhoudelijk doet de werkneemster alle werkzaamheden van de functie verkoopmedewerker.

7. Na de vaststelling van de arbeidsduur en de functie met het bijbehorende salaris, heeft de werkneemster recht op betaling van het te weinig aan haar betaalde salaris. Er dient daarbij een dubbele correctie plaats te vinden. Eerst dient het salaris te worden gecorrigeerd naar het juiste functiesalaris, waarna op basis van de vastgestelde arbeidsduur en het reeds aan de werkneemster uitgekeerde salaris, een nabetaling moet plaats vinden, verhoogd met de wettelijke verhoging en de wettelijke rente. Voor wat betreft de vakantie-

rechten verkeert de werkneemster in onzekerheid of deze kloppen, nu de regeling haar niet duidelijk is.

Verweer

8. Hema betwist – samengevat – onder verwijzing naar het arbeidscontractenstelsel in de CAO dat de werkneemster met een beroep op het rechtsvermoeden van artikel 7: 610b BW recht heeft op een grotere arbeidsomvang per week. Voorts betwist Hema met een beroep op het doorgroeiemodel in de CAO dat de werkneemster (in financieel opzicht) zou moeten worden gewaardeerd als verkoopmedewerker.

9. Volgens Hema is het arbeidscontractenstelsel – als vastgelegd in Bijlage 6 van de CAO – in 1997 bij Hema ingevoerd om flexibeler werken mogelijk te maken. Hema heeft een sterk wisselende werkbehoefte in haar winkels. Het contractenstelsel biedt Hema de mogelijkheid om in drukke periode (Sinterklaas en Kerstmis) en op drukke dagen (vrijdag en zaterdag) meer personeel in te zetten. Het contractenstelsel geldt voor alle werknemers, in alle filialen van Hema.

10. De werkneemster komt binnen dit contractenstelsel geen beroep op artikel 7: 610b BW toe. Dit artikel beoogt de werknemer houvast te bieden in situaties waarin de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is overeengekomen of waarin de feitelijke arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur. Er bestaat in dit geval geen onduidelijkheid over de arbeidsomvang. De grenzen en omvang zijn door de werkneemster willens en wetens geaccepteerd. Er zijn tussen Hema en de werkneemster duidelijke afspraken over gemaakt. Daarmee is het rechtsvermoeden weerlegd. Het contractenstelsel uit de CAO is middels incorporatie in de arbeidsovereenkomst, onderdeel van de arbeidsvoorwaarden van de werkneemster geworden.

11. Op verzoek van de werkneemster heeft Hema – tussentijds – de contracturen van de werkneemster overeenkomstig het contractenstelsel permanent opgehoogd tot gemiddeld 17 uur per week. Daarmee is Hema de werkneemster tegemoet gekomen. Hema verwijst naar de op dit punt gemaakte berekening, die in de procedure is gebracht.

12. Indien en voor zover zou worden geoordeeld dat de werkneemster wel een beroep op artikel 7:610b BW toekomt, pleit Hema ervoor dat het hele dienstverband als referteperiode wordt geno-

men en dat de tijdelijke ophoging van het aantal uren niet als representatief mag worden beschouwd.

13. Met betrekking tot de functie meent Hema dat de vordering behoort te worden afgewezen, nu de werkneemster niet aan de vereisten voldoet. De werkneemster heeft dus geen recht op de functie en ook niet op het bij die functie behorende salaris.

14. De regeling in Bijlage 7 is met de vakverenigingen overeengekomen en maakt – ook weer middels incorporatie – onderdeel van de arbeidsovereenkomst met de werkneemster uit. De werkneemster heeft volledig met de regeling ingestemd. Zij wist dus bij aanvang van de arbeidsovereenkomst hoe het zogenoemde doorgroeimodel werkt. De werkneemster heeft dat tijdens haar meest recente beoordeling ook erkend. Net zoals zij erkend heeft dat zij (nog) niet aan de vereisten voldoet.

15. Bovendien is het inwerken van collega's of het all round verrichten van horeca werkzaamheden niet voldoende om aanspraak te maken op promotie en geen grond voor een hoger salaris. Alle inhoudelijke werkzaamheden worden gelijk beloond.

16. Voor wat betreft de vakantieuren legt Hema het systeem uit. Dat systeem werkt met een toekennen bij voorbaat, op basis van het geldende aantal contracturen. Bij meeruren worden er extra vakantierechten toegekend. Deze worden achteraf opgebouwd, op het moment dat de meeruren worden uitgekeerd.

Beoordeling

17. De kantonrechter beoordeelt de vordering van de werkneemster onderscheidenlijk als volgt.

Omvang contracturen c.q. arbeidsuren per week

18. De vraag die partijen in dit verband verdeeld houdt, is of de werkneemster met een beroep op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW recht heeft op een grotere arbeidsomvang per week, dan zij thans – met de aanpassing per 1 juli 2013 – heeft gekregen.

19. In artikel 7:610b Burgerlijk Wetboek (BW) is bepaald dat indien de arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, de bedongen arbeid in enige maand vermoed wordt een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in de drie voorafgaande maanden. Dit artikel heeft, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis, niet alleen betrekking op

situaties waarin de omvang van de arbeid niet (eenduidig) is overeengekomen, maar ook op die waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijke arbeidsduur. Dit rechtsvermoeden is van dwingendrechtelijke aard. Dit betekent dat er niet van afgeweken kan worden; ook niet bij CAO.

20. Anderzijds geldt dat de wetgever in de Wet flexibiliteit en zekerheid niet heeft bepaald dat steeds als minimumduur heeft te gelden de gemiddelde duur van de in de afgelopen periode van drie maanden verrichte arbeid. De wetgever heeft met artikel 7:610b BW een weerlegbaar rechtsvermoeden in het leven geroepen. Aldus is ruimte blijven bestaan voor een arbeidscontract met een flexibele arbeidsduur. De weerlegging van het vermoeden kan bijvoorbeeld volgen uit de contractuele regeling in de arbeidsovereenkomst. Ook kan het (proces- en bewijsrechtelijk) rechtsvermoeden worden weerlegd doordat een regeling in de CAO de wijze van de te verrichten werkzaamheden expliciet regelt en er aldus geen onzekerheid is (ontstaan). Ook brengt artikel 7: 610b BW niet mee dat geen sprake meer kan zijn van een oproepovereenkomst.

21. De vraag is dus allereerst welke omvang van de arbeid partijen oorspronkelijk zijn overeengekomen. Hema en de werkneemster zijn destijds in de arbeidsovereenkomst een arbeidsduur van 624 uur per contractjaar (gemiddeld 12 uren per week) overeengekomen. Tussen partijen is – door middel van incorporatie van de CAO in de arbeidsovereenkomst – tevens afgesproken dat het contractenstelsel van Bijlage 6 van de CAO van toepassing zou zijn. Dat contractenstelsel behelst een vast aantal contracturen op jaarbasis met een bandbreedte naar boven van 25% van de overeengekomen contracturen. Die meeruren worden de werknemer aangeboden, maar hoeft hij niet te accepteren.

22. Dit systeem van een minimum aantal vaste (contract)uren en een daaraan verbonden bandbreedte van extra uren kwalificeert als een zogenoemd min/max contract, dat op zich niet in strijd is met het bepaalde van artikel 7: 610b BW. Door een minimum en een maximum aan arbeidsduur overeen te komen wordt gebruik gemaakt van de flexibiliteit, die de wet de werkgever biedt. De minimale en maximale omvang van de arbeid is daarbij eenduidig overeengekomen; de werkneemster weet wat de minimale contracturen zijn per

jaar (i.c. 624 uur) en ook is duidelijk wat de maximale uren kunnen zijn (i.c. 624 met de 25%-bandbreedte, de tijdelijke ophoging even niet meegerekend). Dit is de tussen partijen overeengekomen omvang van de arbeid.

23. Voorts is tussen partijen – wederom middels de incorporatie van Bijlage 6 bij de CAO – overeengekomen dat indien de omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau dan de tussen partijen afgesproken contracturen bevindt, de werkneemster na afloop van het contractjaar of tussentijds op grond van de CAO – wat zij aldus óók op de voet van artikel 7: 610b BW zou kunnen vragen – kan verzoeken om ophoging van haar contracturen. Dat kan eerder dan na de volle bandbreedte, omdat volgens Bijlage 6 geldt dat bij een overschrijding van de contracturen met (gemiddeld) 20%, met een minimum van 4 uur per week, verhoging kan worden gevraagd.

24. Partijen (althans Hema en de erkende vakverenigingen) zijn aldus een duidelijk systeem overeengekomen, waarbij afspraken zijn gemaakt over de referentieperiode (in beginsel tot een contractjaar, maar het kan ook tussentijds). Daarmee is (bewijsrechtelijk) het rechtsvermoeden qua termijn weerlegd. Ook deze regeling acht de kantonrechter niet (per definitie) in strijd met het bepaalde in artikel 7: 610b BW.

25. In Bijlage 6 zijn voorts bij voorbaat afspraken gemaakt over de gevolgen als de omvang van de arbeid zich structureel boven de overeengekomen contracturen bevindt. Tussen partijen is niet in geschil dat de overeengekomen arbeidsomvang (contracturen met bandbreedte) in de periode oktober 2010 tot en met maart 2013 structureel is overschreden, ook indien men rekening houdt met de tijdelijke verhoging. Dat de door Hema ingebrachte “berekening ophoging contracturen” niet in overeenstemming is met het contractenstelsel uit Bijlage 6 bij de CAO, is door de werkneemster niet aangevoerd. Ook het aantal door Hema berekende gerealiseerde uren van 1.299,23 over het contractjaar 1 oktober 2011 tot 1 oktober 2012 (dus gemiddeld 24,9 uur per week) is door de werkneemster niet inhoudelijk betwist. De stelling van de werkneemster dat zij per week gemiddeld 29,4 uur heeft gewerkt is zonder nadere toelichting, welke ontbreekt, daartoe niet voldoende.

26. De kantonrechter gaat dus uit van de cijfermatige juistheid van de berekening van Hema. Hema berekent een verhoging volgens het systeem van Bijlage 6 bij de CAO op afgerond 5 uur per week.

Volgens de eerder vastgestelde omvang van de arbeid (contracturen met bandbreedte van 25%) leidt het bepaalde in artikel 7: 610b BW niet tot hogere urenuitbreiding, namelijk gemiddeld $24,9 - [16 \times 125\%] = 20 = 4,9$ uur per week. Hema heeft die uren (als contracturen op jaarbasis) aan de werkneemster aangeboden en dus hoeft Hema de werkneemster geen verdere ophoging aan te bieden.

27. Daarbij geldt dat de roosters van Hema enige tijd tevoren gemaakt moeten worden en dus niet van de ene op de andere dag de ophoging gerealiseerd kan worden. De werkneemster heeft echter al in maart 2013 verzocht om ophoging van de contracturen. Hema heeft niet nader onderbouwd waarom de ophoging eerst per 1 juli 2013 kon worden gehonoreerd. Hema had ook reeds per 1 mei 2013 de ophoging van de contracturen van de werkneemster kunnen laten ingaan, hetgeen meer redelijk voorkomt. In zoverre zal de vordering van de werkneemster worden toegewezen en zal Hema het loon van de werkneemster met de opgebouwde vakantierechten en overige emolumenten over de maanden mei en juni 2013 moeten aanpassen.

28. De vordering van de werkneemster zal dus op dit punt gedeeltelijk worden toegewezen.

Functiewijziging c.q. beloning

29. Het tweede deel van de vordering van de werkneemster behelst haar functie en de daaraan verbonden beloning. Vast staat dat de werkneemster bij Hema in dienst is getreden als hulpverkoopmedewerker; een functie op basis waarvan zij thans nog steeds is ingeschaald. Vast staat ook dat de werkneemster niet voldoet aan de functievereisten die Hema stelt aan de promotie naar de functie van verkoopmedewerker, welke eisen zijn neergelegd in de Bijlage 7 bij de CAO.

30. Nog los van het feit dat niet is gebleken dat de werkneemster feitelijk precies hetzelfde werk doet als een verkoopmedewerker en de werkneemster daarvan niet gespecificeerd bewijs heeft aangeboden, wordt geoordeeld dat het aan Hema is om aan (de promotie naar) bepaalde functies bepaalde eisen te stellen. Dat dit opleidingseisen zijn waarvan de werkneemster het nut niet inziet, maakt daarbij geen verschil. Ook de werkneemster kan de gevraagde opleiding MBO II volgen of – zoals de CAO bepaalt voor kleine dienstverbanden – de modules “training on the job”, waarna zij de

functie verkoopmedewerker kan bereiken. Naar de kantonrechter begrijpt is de werkneemster ook doende die modules en taallessen te doorlopen.

31. Dit betekent dat dit deel van de vordering van de werkneemster moet worden afgewezen.

Vakantie-uren

32. Dit punt lijkt bij de mondelinge behandeling van de vordering van de werkneemster in zoverre te zijn opgelost, dat Hema het systeem van opbouw – dat inderdaad wat ingewikkeld voorkomt – uit de doeken heeft gedaan. Daarna leek er bij de werkneemster geen onduidelijkheid meer te bestaan. De kantonrechter gaat ervan uit dat de vordering van de werkneemster inmiddels is komen te vervallen.

33. Bij deze uitkomst van de procedure worden de proceskosten gecompenseerd, in die zin dat ieder der partijen de eigen kosten draagt.

Beslissing

De kantonrechter:

verklaart voor recht dat de omvang van het dienstverband tussen partijen met ingang van 1 mei 2013 (gemiddeld) 17 uur per week bedraagt; veroordeelt Hema tot betaling aan de werkneemster van het te weinig betaalde salaris over de maanden mei en juni 2013, het vakantiegeld, de vakantiedagen en overige emolumenten daaronder begrepen;

compenseert de proceskosten tussen partijen in die zin dat ieder der partijen de eigen kosten draagt;

wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Art. 7:610b BW heeft tot doel dat een werknemer een bepaalde minimumomvang aan arbeidsuren van zijn werkgever kan opeisen. Het betreft echter slechts een uitgangspunt en de werkgever heeft de mogelijkheid het vermoeden te weerleggen. De bewijslast rust derhalve op de werkgever. Van belang in dit verband is Ktr. Zwolle (Ktr. Zwolle 4 oktober 2005, «JAR» 2005/244). Deze kantonrechter overwoog dat art. 7:610b BW beoogt houvast te bieden in (onder meer) situaties waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur. In het geval dat partijen duidelijke

afspraken over de omvang van de arbeidsduur hebben gemaakt zal een beroep op art. 7:610b BW niet slagen (Gerechtshof Arnhem 20 januari 2009, LJN: BH4236). Indien de werknemer, ondanks de duidelijke afspraken, meer uren heeft gemaakt dan hetgeen (duidelijk) is afgesproken en de werkgever niet kan weerleggen dat deze afwijkingen niet structureel zijn zal een beroep op art. 7:610b BW moeten worden gehonoreerd. Nu de rechtsvermoedens van de art. 7:610a en 7:610b BW van dwingend recht zijn kan hier niet bij cao van worden afgeweken (Hof Leeuwarden 28 mei 2008, «JAR» 2008/293). Cao's kunnen echter wel regelingen bevatten ter zake overuren en meeruren, welke regelingen kunnen worden gebruikt ter weerlegging van het rechtsvermoeden (*Arbeidsrecht Tekst & Commentaar*, Kluwer, Deventer 2012, 7e druk, p. 14).

In lijn daarmee is onderhavige uitspraak. De kantonrechter zet de bestendige lijn in de jurisprudentie gemotiveerd uiteen. Centraal stond de vraag of de werkneemster met een beroep op het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW recht had op een grotere arbeidsomvang per week dan partijen contractueel waren overeengekomen. Werkneemster is bij Hema in dienst getreden, laatstelijk op basis van een arbeids-overeenkomst voor onbepaalde tijd. Door incorporatie is de Collectieve Arbeidsovereenkomst HEMA ('CAO') op het dienstverband van toepassing. De CAO bevat een systematiek ten aanzien van de werktijden; het zogenaamde arbeidscontractenstelsel. Kort gezegd komt het er op neer dat wordt uitgegaan van een jaarurenmodel, waarbij de inzet van uren over het contractjaar verdeeld wordt. Werknemers kunnen flexibel worden ingezet. Hier staat tegenover dat, indien blijkt dat het aantal gerealiseerde uren meer bedraagt dan de overeengekomen contracturen, het contract, indien de werknemer dit wenst, naar boven kan worden aangepast, rekening houdend met een bandbreedte van 20%. De referentieperiode loopt van 1 oktober tot en met 30 september van het daarop volgend kalenderjaar en bedraagt derhalve een jaar. Werkneemster heeft structureel meer uren gewerkt en in lijn daarmee zijn haar contracturen (naar boven) aangepast. Met een beroep op artikel 7:610b BW stelt werkneemster dat zij echter nog steeds meer uren werkt dan contractueel overeengekomen (ook na de verhoging).

De kantonrechter overweegt dat het systeem in de CAO van een minimum aantal vaste (contract)uren en een daaraan verbonden bandbreedte van extra uren kan worden gekwalificeerd als een min/max-contract en dat dit niet in strijd is met het bepaalde van art. 7:610 BW. Door een minimum en een maximum aan arbeidsduur overeen te komen wordt gebruik gemaakt van de flexibiliteit, die de wet de werkgever biedt. De kantonrechter heeft hierbij rekening gehouden met het feit dat de minimale en maximale omvang van de arbeid eenduidig zijn overeengekomen. Verder heeft de kantonrechter van belang geacht dat de medewerkers na afloop van het contractjaar of tussentijds op grond van de CAO om ophoging van de contracturen kunnen vragen. Hetgeen de werknemer ook ingevolge art. 7:610b BW had kunnen vragen. De kantonrechter gaat echter ten onrechte voorbij aan het verweer van Hema dat binnen het overeengekomen contractenstelsel geen beroep zou toekomen aan de werknemer op grond van art. 7:610b BW, daar er – aldus Hema – geen onduidelijkheid bestond over de arbeidsomvang. Dit verweer lijkt mij terecht nu de arbeidsomvang en een mogelijke verhoging daarvan contractueel was ingekaderd en derhalve duidelijk. De contractueel gemaakte afspraken staan overigens niet in de weg aan een eventueel later beroep op grond van de CAO op een verhoging van de contractueel overeengekomen uren. Zie ook Ktr. Amersfoort 18 november 2009, LJN: BK3094 die oordeelde dat art. 7:610b BW niet bedoeld is om overwerk bij een fulltime dienstverband tot bedongen arbeid te maken. Ten aanzien van de in de CAO overeengekomen referteperiode van in beginsel een jaar overweegt de kantonrechter dat daarmee het rechtsvermoeden qua termijn is weerlegd en dat deze regeling niet (per definitie) in strijd is met het bepaalde in art. 7:610b BW. De toevoeging “per definitie” wordt door de kantonrechter helaas niet nader uitgelegd. Het is niet in strijd met art. 7:610b BW om, in het kader van de weerlegging van het rechtsvermoeden, een langere referteperiode dan drie maanden overeen te komen. Zo overwoog Kantonrechter Maastricht in de uitspraak van 22 maart 2006 («JAR» 2006/111) dat eiser onjuiste conclusies trok uit de door hem geciteerde passage uit de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 263, nr. 33, p. 3). Die passage noemt een langere

termijn dan drie maanden in verband met de weerlegging van het rechtsvermoeden en niet voor wat betreft de lengte van die periode (zie anders: Hof Amsterdam 26 juli 2007, «JAR» 2007/243 en Ktr. Arnhem 7 september 2007, LJN: BB3232). In de eerder genoemde uitspraak van Hof Leeuwarden van 28 mei 2008 oordeelde het Hof dat de overeengekomen referteperiode van 13 weken in de Cao Taxivervoer niet in strijd was met de inhoud van art. 7:610b BW, nu de cao de werkgever toestond aan te tonen dat een periode van 13 weken tot een onredelijke uitkomst leidt.

Uit de parlementaire geschiedenis wordt duidelijk dat de ratio achter art. 7:610b BW is de werknemer zekerheid te bieden waar deze nodig is. De letterlijke tekst lijkt daarmee anders dan de ratio van art. 7:610b BW. In de situatie dat een regeling voldoende bepaalbaar is en in de cao-tekst is opgenomen dat de arbeidsuren in het voordeel van de werknemer wijzigen als gedurende een bepaalde periode meer uren dan afgesproken wordt gewerkt, kan geen beroep worden gedaan op art. 7:610b BW. Dit artikel is enkel aan de orde als onduidelijk is wat is overeengekomen of als onduidelijk is of van een nieuwe structurele situatie qua arbeidsomvang kan worden gesproken. Als partijen het zelf hebben ingekaderd komt men derhalve niet toe art. 7:610b BW. Een heldere cao-tekst schakelt de werking van het rechtsvermoeden van art. 7:610 BW uit (zie prof. mr. C.J. Loonstra en mr. E.S. de Jong, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2013, p. 258).

E.S. de Jong