

D A G V A A R D I N G

IN KORT GEDING BIJ DE RECHTBANK

collectieve vordering ex art. 3:305a BW

Vandaag,
heb ik,

tweeduizend eenentwintig

op verzoek van de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **FEDERATIE NEDERLANDSE VAKBEWEGING (FNV)**, gevestigd en kantoorhoudende te Utrecht voor wie in deze zaak als advocaten optreden, met het recht van plaatsvervangende, mr. A.M. Dielemans-Buiteman en mr. H.C.S. van Deijk-Amzand, die kantoor houden bij FNV advocaten te Utrecht aan de Hertogswetering 159 (correspondentie richten aan: postbus 9126, 3506 GC Utrecht), op welk kantoor woonplaats is gekozen,

GEDAGVAARD

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Wibra Supermarkt B.V.**, gevestigd en kantoorhoudende te 8161 PH Epe aan het adres Hammerstraat 9, die voor deze zaak woonplaats heeft gekozen te Amsterdam aan het adres Westerdoksdijk 40 ten kantore van mr. R.J. Mourits (Blenheim Advocaten B.V.), aldaar mijn exploit doende en afschrift dezes, alsmede van de na te melden producties, latende aan:

OM

op in persoon en/of vertegenwoordigd door een advocaat te verschijnen op de terechtzitting van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland, zittingsplaats Zutphen, die alsdan in civiel kort geding zal optreden. De terechtzitting zal gehouden worden in het gerechtsgebouw van de Rechtbank Gelderland, locatie Zutphen aan het adres Martinetsingel 2 te Zutphen (correspondentie richten aan: Postbus 9008, 7200 GJ Zutphen).

AANGEZEGD:

met de aanzegging, dat:

- a) indien een gedaagde niet in persoon en evenmin vertegenwoordigd door een advocaat op de terechtzitting verschijnt en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, de rechter verstek tegen die gedaagde zal verlenen en de hierna omschreven vordering zal toewijzen, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt;

- b) indien ten minste één van de gedaagden in persoon of bij advocaat ter terechtzitting is verschenen, tussen alle partijen één vonnis zal worden gewezen, dat als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd;
- c) bij verschijning in het geding van ieder van de gedaagden een griffierecht zal worden geheven, te voldoen binnen vier weken te rekenen vanaf het tijdstip van verschijning;
- d) de hoogte van de griffierechten is vermeld in de meest recente bijlage behorend bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken, die onder meer is te vinden op de website: www.kbvq.nl/griffierechtentabel;
- e) van een persoon die onvermogen is, een bij of krachtens de wet vastgesteld griffierecht voor onvermogenen wordt geheven, indien hij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overgelegd:
 - een afschrift van het besluit tot toevoeging, bedoeld in artikel 29 van de Wet op de rechtsbijstand, of indien dit niet mogelijk is ten gevolge van omstandigheden die redelijkerwijs niet aan hem zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag, bedoeld in artikel 24, tweede lid, van de Wet op de rechtsbijstand, dan wel
 - een verklaring van het bestuur van de raad voor rechtsbijstand, bedoeld in artikel 7, derde lid, onderdeel e, van de Wet op de rechtsbijstand waaruit blijkt dat zijn inkomen niet meer bedraagt dan de inkomens bedoeld in de algemene maatregel van bestuur krachtens artikel 35, tweede lid, van die wet;
- f) van gedaagden die bij dezelfde advocaat verschijnen en gelijkkluidende conclusies nemen of gelijkkluidend verweer voeren, op basis van artikel 15 van de Wet griffierechten burgerlijke zaken slechts eenmaal een gezamenlijk griffierecht wordt geheven.

1. Inhoudsopgave

1.1. FNV zal in het navolgende behandelen:

- 1) Partijen (§ 2);
- 2) Kern van het geschil (§ 3);
- 3) De ontvankelijkheidseisen van art. 3:305a BW (§ 4);
- 4) Aantekening van de dagvaarding in het Centraal Register (§ 5);
- 5) (Overige) voorwaarden artikel 1018 b en e Rv (§ 6);
- 6) Het juridische kader en standpunt van FNV (§ 7);
- 7) Communicatie tussen partijen (§ 8);
- 8) Het standpunt van Wibra en bespreking daarvan (§ 9);
- 9) Spoedeisend belang (§ 10);
- 10) De vorderingen van FNV (§ 11);
- 11) De bevoegdheid van uw rechtbank (§ 11);

1.2 FNV concludeert conform al hetgeen dat wordt gevorderd.

OMSCHRIJVING EN MOTIVERING VAN DE VORDERINGEN

Inleiding

2. Partijen

- 2.1 FNV is een werknemersvereniging met volledige rechtsbevoegdheid die blijkens haar statuten individuele en collectieve belangen behartigt 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/of niet-werkenden in het algemeen. Als

productie 1 worden de statuten van FNV overgelegd. Zij sluit daartoe onder andere collectieve arbeidsovereenkomsten af met werkgevers- en werkgeversverenigingen en ziet toe op de naleving daarvan.

- 2.2 FNV wil haar doelen onder meer bereiken door het zo nodig zelfstandig voeren van gerechtelijke procedures ter bescherming van de belangen waaronder het voeren van een groepsactie, als bedoeld in artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek, zoals in art. 8.2 sub i van de Statuten staat vermeld: *“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 of groepen werkenden in het algemeen, waaronder het voeren van een groepsactie als bedoeld in artikel 305a Boek 3 BW”*.
- 2.3 Wibra Supermarkt B.V. (hierna te noemen: Wibra) is een kleinhandel in textielproducten, schoenen, lederwaren en huishoudelijke goederen. Het hoofdkantoor van Wibra is gevestigd te Epe, waar tevens het centraal magazijn is gelegen vanuit waar alle Wibra-vestigingen worden gefaciliteerd en bevoorrad. Wibra heeft c.a. 200 vestigingen door heel Nederland en heeft c.a. 1.800 medewerkers in dienst. Als productie 2 wordt overgelegd een afschrift van het uittreksel van de Kamer van Koophandel.
- 2.4 Wibra is lid van werkgeversvereniging InRetail en valt onder de werkingssfeer van de cao Retail non-food, een cao waarbij FNV geen partij is. Wibra is derhalve een zgn. gebonden werkgever in de zin van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: WCAO). Wibra past deze cao toe op gebonden en/of ongebonden/anders georganiseerde werknemers (ex artikel 14 WCAO), dit laatste (onder meer) via incorporatie van de cao in de individuele arbeidsovereenkomst van de medewerkers.

3. Kern van het geschil

- 3.1 In artikel 4.2 van de cao Retail non-food (hierna te noemen: cao) is een regeling opgenomen die het voor werkgevers mogelijk maakt om haar werknemers flexibel(er) in te roosteren. Wibra is van mening dat zij op grond die regeling haar werknemers met ingang van januari 2021 eenzijdig en structureel voor minder uren kan inroosteren, dat daarvoor min-uren geschreven mogen worden en dat werknemers op een later moment deze uren moeten ‘inhalen’, ongeacht of Wibra hiervoor door de overheid is gecompenseerd op basis van de NOW-regeling. Het gaat om die uren waarin werknemers in verband met de beperkende (overheids-) maatregelen wegens de coronapandemie geen of minder werkzaamheden hebben verricht.
- 3.2 FNV is van mening dat, rekening houdende met alle omstandigheden van het geval, in deze situatie geen min-uren door Wibra geregistreerd mogen worden, althans niet in de omvang waarin dit thans gebeurt, zeker niet voor die uren die reeds (volledig) door de overheid zijn gecompenseerd op grond van de NOW-regeling. De vordering van FNV is gebaseerd op artikel 3:305a BW en betreft dus een collectieve actie.

4 De ontvankelijkheidseisen van artikel 3:305a BW

Formele vereisten

- 4.1 FNV is een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid. Krachtens haar statuten behartigt zij de materiële en immateriële belangen van werkenden en niet-werkenden.
- 4.2 FNV tracht haar doelen onder meer te bereiken door het zo nodig zelfstandig voeren van gerechtelijke procedures ter bescherming van de belangen van leden-natuurlijke personen of groepen daarvan, dan wel te bescherming van de belangen van werkenden en/of niet werkenden of groepen van werkenden en/of niet werkenden in het algemeen, waaronder het voeren van een groepsactie, als bedoeld in artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek.
- 4.3. De belangen van de personen tot bescherming van wiens belangen de onderhavige rechtsovereenkomsten strekken, zijn bij FNV voldoende gewaarborgd. FNV is met c.a. 800.000 leden de grootste vakbond van Nederland, waaronder ook leden werkzaam bij Wibra. De in te stellen vorderingen hebben betrekking op (met name) het winkelpersoneel in de (neven)vestigingen van Wibra. FNV voldoet daarmee aan de eisen zoals opgenomen in art. 305a lid 1 en lid 2, aanhef.
- 4.4 De belangen ter bescherming waarvan de onderhavige vorderingen strekken, lenen zich tevens voor bundeling zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd.
- 4.5 FNV dient een algemeen belang dat ziet op de bescherming en behartiging van individuele en collectieve belangen van aangesloten werknemers en ex-werknemers ten aanzien van arbeidsvoorwaarden en regelingen die verband houden met c.q. voortvloeien uit het werknemerschap, een en ander in brede zin. Gelet op dit algemeen belang geldt dat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming kan worden bevorderd doordat personen niet ieder voor zich tegen Wibra behoeven te procederen over dezelfde kwestie, maar dat het debat in rechte op collectief niveau plaatsvindt. Gezien de uniforme werkwijze van Wibra is het duidelijk dat de te beantwoorden feitelijke en rechtsovereenkomsten in voldoende mate gemeenschappelijk zijn.
- 4.6 Onderhavige rechtsovereenkomsten worden ingesteld met een ideëel doel, passend binnen de ideële doelstellingen van FNV, en hebben een zeer beperkt financieel belang. De onderhavige rechtsovereenkomsten behoren naar hun aard tot het werkveld van FNV. De vorderingen strekken tot bescherming van de belangen van het winkelpersoneel. Naast het ideëel doel van de vorderingen en het zeer beperkte financieel belang, maakt derhalve ook de aard van deze vorderingen dat, voor de ontvankelijkheid van deze vorderingen, FNV niet hoeft te voldoen aan de vereisten van art. 3:305a lid 2 sub a t/m e, en lid 5 (zie art. 3:305a lid 6 BW).
- 4.7 De vordering van FNV strekt niet tot schadevergoeding in geld.
- 4.8 Hoewel FNV niet hoeft te voldoen aan de vereisten van artikel 3:305a lid 2, sub a t/m e en lid 5 BW op grond van artikel 3:305a lid 6 BW, wordt hieraan wel voldaan. Dit wordt hierna toegelicht.

Vereiste sub a

- 4.9 Voor wat betreft het vereiste dat de rechtspersoon beschikt over een toezichthoudend orgaan, geldt het volgende. Het bestuur van FNV bestaat uit een Algemeen Bestuur van 17 personen, waarvan een Dagelijks Bestuur van 7 personen, deel uitmaakt. Op grond van art. 23.2 Statuten houden de leden van het algemeen bestuur, die niet behoren tot het dagelijks bestuur, toezicht op het beleid en de taakuitoefening van de leden van het dagelijks bestuur en op de algemene gang van zaken in de FNV.

Vereiste sub b

- 4.10 Voor wat betreft het vereiste dat de rechtspersoon beschikt over passende en doeltreffende mechanismen voor de deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, merkt FNV het volgende op. Op grond van art. 28.3 Statuten behoort ieder lid-natuurlijke persoon tot één directe sectorale afdeling en kan ieder lid daarbinnen tot één subsector behoren. Ten aanzien van ieder lid-natuurlijke persoon zal worden vastgesteld tot welke directe sectorale afdeling hij behoort. Op grond van art. 29.1 Statuten heeft ieder lid-natuurlijke persoon in een vergadering van een directe sectorale afdeling dat tot die directe sectorale afdeling behoort, één stem, waarbij op grond van art. 29.2 besluiten van een directe sectorale afdeling worden genomen met gewone meerderheid van de uitgebrachte stemmen (voor Reglement Directe Sectorale Afdelingen en Reglementen per sector zie <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/statuten-reglement-en-grondslag>). Naast de Statuten geldt bij FNV een 'Huishoudelijk Reglement' (productie 3) waarin onder meer is geregeld wanneer en hoe leden dienen te worden geraadpleegd en hoe vervolgens besluiten worden genomen. Voorts heeft FNV een ledenparlement waaraan alle bevoegdheden toekomen die niet door de wet of de statuten aan andere organen van de FNV zijn opgedragen (art. 31 Statuten). FNV beschikt aldus over passende en doeltreffende mechanismen voor de deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt.

Vereiste sub c

- 4.11 FNV beschikt over voldoende middelen om de kosten voor het instellen van onderhavige rechtsvordering te dragen. De zeggenschap over de rechtsvordering ligt in voldoende mate bij FNV.

Vereiste sub d en e

- 4.12 FNV heeft een algemeen toegankelijke internetpagina waarop alle ingevolge sub d vereiste informatie beschikbaar is. Een overzicht wordt overgelegd als productie 4. Verder beschikt FNV over voldoende ervaring en deskundigheid ten aanzien van het instellen en voeren van de rechtsvordering.¹ Bij FNV advocaten zijn 18 advocaten werkzaam.

Aanvullende eisen (sub a t/m c)

- 4.13 Art. 3:305a **lid 3** stelt nog een aantal aanvullende eisen aan de ontvankelijkheid (**sub a t/m c**). FNV voldoet ook aan deze eisen. Zo is FNV een ideële organisatie zonder winstoogmerk (**sub a**; zie art. 4 Statuten). Onderhavige rechtsvordering heeft verder een voldoende nauwe band met de Nederlands rechtssfeer (**sub b**) nu, (1) het

¹ Zie 'Collectief procederen door de vakbond', mrs Van den Bor en Bij de Vaate, TRA 2020/12: van de 103 door de schrijvers onderzochte collectieve acties, waren 91 ingesteld door een vakbond, waarvan het overgrote deel door FNV.

merendeel, zo niet alle van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt de gewone verblijfplaats in Nederland heeft, (2) degene tegen wie de rechtsvordering zich richt woonplaats in Nederland heeft en bijkomende omstandigheden wijzen op voldoende verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer en (3) de gebeurtenis(sen) waarop de rechtsvordering betrekking heeft in Nederland heeft, dan wel hebben plaatsgevonden. Ook heeft FNV in de gegeven omstandigheden voldoende getracht het gevorderde door het voeren van overleg met gedaagde(n) te bereiken (**sub c**), zoals hieronder wordt aangegeven.

Vereiste lid 5

- 4.14 Tot slot eist art. 3:305a lid 5 BW dat de rechtspersoon een bestuursverslag en een jaarrekening opstelt overeenkomstig het bepaalde voor verenigingen en stichtingen in respectievelijk de artikelen 49 en 300 en in Titel 9 van Boek 2. Onverminderd het in titel 9 bepaalde, wordt het bestuursverslag binnen acht dagen na vaststelling op de algemene toegankelijke internetpagina van de rechtspersoon gepubliceerd. Het bestuursverslag van FNV wordt vastgesteld in de bestuursvergadering in juni van elk jaar en binnen 8 dagen na vaststelling gepubliceerd op de internetpagina van FNV (zie <https://www.fnv.nl/over-de-fnv/wie-we-zijn/statuten-reglement-en-grondslag>).
- 4.15 Kortom, ofschoon FNV meent in aanmerking te komen voor de uitzondering van art. 3:305a BW lid 6 en daarom niet hoeft te voldoen aan de vereisten van art. 3:305a lid 2, subonderdelen a t/m e, wordt aan álle opgenomen eisen voldaan. Onderhavige vorderingen van FNV zijn reeds daarom ontvankelijk.

5. Tijdige aantekening in het centraal register (lid 7)

- 5.1 Artikel 3:305a lid 7 BW stelt dat er een centraal register is voor collectieve vorderingen. Artikel 1018c lid 2 Rv bepaalt dat, op straffe van niet ontvankelijkheid, het exploit van dagvaarding binnen twee dagen na de dag van dagvaarding ter griffie wordt ingediend, onder gelijktijdige aantekening van de dagvaarding in het centraal register voor collectieve acties. Onderhavige dagvaarding is binnen 2 dagen na de dag van de dagvaarding bij de griffie van uw rechtbank ingediend, onder gelijktijdige aantekening van de dagvaarding in het centraal register, waarbij een afschrift van de dagvaarding is overgelegd. Daarmee is voldaan aan het bepaalde in artikel 1018c lid 2 Rv.

6. (Overige) voorwaarden artikel 1018 b en e Rv

Wachttermijn van drie maanden?

- 6.1 Artikel 1018b lid 1 , laatste zin Rv, bepaalt dat met uitzondering van artikel 1018c, lid 1 Rv, de betreffende titel niet van toepassing is op zaken als bedoeld in artikel 254 Rv. De wachttermijn van drie maanden is opgenomen in artikel 1018c lid 3 Rv en om die reden niet van toepassing in geval van een kort geding. FNV is van mening dat, gelet op het spoedeisend karakter van de onderhavige vorderingen , er in een kort geding geen wachttermijn van 3 maanden heeft te gelden, zoals ook uit de Memorie van Toelichting² volgt .

² MvT, 2016-2017, 34608, nr. 3, p. 34

- 6.2 Mocht uit artikel 1018c lid 1 sub e Rv onverhoopt voortvloeien dat ook in kort geding een wachtermijn geldt, dan verzoekt FNV u die termijn te bepalen op nihil, dan wel op een door u in goede justitie te bepalen korte wachtermijn.

Exclusieve belangenbehartiger

- 6.3 Artikel 1018c lid 1 sub e Rv bepaalt dat de dagvaarding de gegevens vermeldt die de rechter in staat stelt om voor deze collectieve vordering een Exclusieve Belangenbehartiger aan te wijzen voor het geval andere collectieve vorderingen voor dezelfde gebeurtenis overeenkomstig artikel 1018d Rv worden ingesteld.
- 6.4 FNV dient als Exclusieve Belangenbehartiger te worden aangewezen. Voor zover andere rechtspersonen collectieve vorderingen instellen voor dezelfde gebeurtenis(en) waarop onderhavige collectieve vordering betrekking heeft over gelijksoortige feitelijke en rechtsvragen, verzoekt FNV u haar aan te wijzen als de Exclusieve Belangenbehartiger in de zin van art. 1018e Rv nu FNV de grootste vakbond is van Nederland en opkomt voor de grootste groep van personen die tezamen het grootste financiële belang vertegenwoordigen.

7. Het juridische kader en standpunt van FNV

- 7.1 Het draait in deze zaak om het volgende. Op 15 december 2020 werd de lockdown door de overheid ingesteld als gevolg van de corona-pandemie. Dit heeft geen gevolgen gehad voor de werknemers, zij hebben hun werkzaamheden gewoon als gebruikelijk kunnen uitvoeren. Vanaf 1 januari 2021 is dit anders. Vanaf die datum heeft Wibra eenzijdig de werknemers structureel voor minder uren ingeroosterd om op die wijze de gevolgen van de corona-pandemie te overbruggen. Tegen deze eenzijdige wijziging hebben werknemers bezwaar gemaakt. FNV heeft dit bezwaar namens de werknemers herhaald. Wibra stelt zich op het standpunt dat zij gerechtigd is op grond van artikel 4.2 van de cao min-uren te schrijven die werknemers op een later moment volledig zouden moeten 'inhalen'. Als productie 5 wordt overgelegd de cao Retail non food (looptijd 1 januari 2021 t/m 30 juni 2022).
- 7.2 Vanaf januari 2021 heeft Wibra eenzijdig bepaald dat werknemers structureel voor minder uren worden ingezet dan de overeengekomen (basis)urenomvang. Er worden min-uren geregistreerd die op een later moment door de werknemers moeten worden 'ingehaald'. FNV is van mening dat, rekening houdende met alle omstandigheden van het geval, geen min-uren door Wibra geregistreerd mogen worden, althans niet in de omvang waarin dit thans gebeurt, zeker niet voor die uren die reeds (volledig) door de overheid zijn gecompenseerd.
- 7.3 Een min- en plus-urensysteem, zoals in de cao wordt omschreven, biedt een werkgever de mogelijkheid om werknemers flexibel(er) in te zetten, om op die wijze 'piek en ziek' eenvoudig(er) op te vangen. Bij een verhoogd werkaanbod zal de werknemer extra uren werken en worden plus-uren genoteerd. Bij een verminderd werkaanbod geldt het tegenovergestelde en worden min-uren geschreven. De werknemer ontvangt iedere maand een vast loon op basis van de overeengekomen arbeidsduur. De begrenzings van dit systeem staan, naast de algemene regels van de Arbeidstijdenwet, in artikel 4.2 van de cao: een werkgever kan de werknemer verplichten binnen een bandbreedte van + en - 35 procent ten opzichte van het aantal basisuren meer of minder uren te werken. Daarbij geldt een minimale bandbreedte van

+ en - 6 uur ten opzichte van het aantal basisuren en een maximum aantal in te roosteren uren van 45 uur per week.

- 7.4 Artikel 4.2 van de cao ziet op de flexibiliteit van de organisatie bij de zogenoemde 'ziek en piek'. Dit artikel is niet bedoeld om door middel van het schrijven van min-uren structureel een vermindering in het arbeidspatroon tot stand te brengen. Als dit de bedoeling van partijen zou zijn geweest dan had het voor de hand gelegen om het systeem van de min- en plus-uren te wijzigen, waarbij het inzetbaarheidspatroon voor werknemer niet op voorhand vast staat.
- 7.5 De systematiek zoals is omschreven in artikel 4.2 van de cao betekent niet dat werknemers zich voor +35% van de basisuren beschikbaar zouden moeten houden. Dit zou ook botsen met de aard van de voornamelijk geringe arbeidsurenomvang van het merendeel van de werknemers. Het gaat veelal om in arbeidsuren beperkte arbeidsovereenkomsten (kleine arbeidsovereenkomsten). Naast het dienstverband bij Wibra hebben werknemers ook elders verplichtingen, bijvoorbeeld zorgtaken, andere dienstbetrekkingen. Kortom, werknemers mogen uitgaan van het bestendige arbeidspatroon (basisuren) en er kan geen sprake zijn van voortdurende beschikbaarheid om meer uren te werken.
- 7.6 In de praktijk komt het beschikbaar moeten houden voor extra uren erop neer dat werknemers bijvoorbeeld extra kinderopvang moeten regelen. Dit brengt veelal extra kosten met zich mee, dat terwijl deze werknemers slechts een fractie meer verdienen dan het minimumloon. Ook zouden werknemers in de knel kunnen komen met hun werkzaamheden bij een andere werkgever. In deze branche zijn 'stapelbanen' immers gebruikelijk. Dit alles staat nog los van het feit dat het uiteraard ook invloed heeft op het privéleven van de werknemers en hun thuissituatie.
- 7.7 Als uitgangspunt geldt de overeengekomen arbeidsomvang (basisuren) en in overleg met de werknemer kan daarvan worden afgeweken. Dat laatste kan tevens worden afgeleid uit artikel 5 van de (huidige) cao, waarin wordt bepaald dat bij de vaststelling van het werkrooster de werkgever zoveel mogelijk rekening moet houden met de wensen van de medewerker, tenzij dit redelijkerwijs niet van de werkgever gevergd kan worden.
- 7.8 De achterliggende gedachte bij artikel 4.2 van de cao is dat sprake is/moet zijn van een evenwichtig arbeidspatroon: te werken uren versus vrije tijd. Artikel 4.2 van de cao geeft aan werkgevers in ieder geval geen vrijbrief om ongelimiteerd min-uren te registreren.
- 7.9 De praktijk bevestigt het schrijven van min-en plus-uren bij 'piek en ziek'. Bij Wibra is dit niet anders. De werknemers werden tot januari 2021 incidenteel voor minder of meer uur ingeroosterd. Voor werknemers was het duidelijk wanneer (in welke perioden) meer of minder gewerkt zou worden: bijvoorbeeld extra drukke periode in november/december versus een rustige periode in januari. Bij ziekte en vakantie werd een werknemer in onderling overleg extra ingeroosterd. In de regel werden vooral plusuren opgebouwd.
- 7.10 In het Web-bericht van 12 februari 2021 bevestigt Wibra deze praktijk: *'Deze regel is gemaakt om medewerkers in drukke tijden meer – en op andere momenten minder – uren in te mogen zetten en wordt al jaren toegepast. Eigenlijk is er nooit kritiek op deze*

regeling geweest en hebben alle medewerkers wel eens (onderstreping adv) plus of minuren gehad'.

- 7.11 Wibra heeft vanaf januari 2021, anders dan voorheen, de arbeidsomvang structureel verlaagd door het eenzijdig schrijven van min-uren. Het rooster wordt zeer kort tevoren meegedeeld, terwijl werknemers tijdig moeten weten waar zij aan toe zijn, zoals uit artikel 5 van de cao volgt. Daarin staat vermeld dat de werkroosters minimaal 3 weken te voren, in overleg met de medewerker, dient te worden vastgesteld en bekend gemaakt.
- 7.12 Naar de mening van FNV gaat het bij een min- en plus-urensysteem zoals dat van Wibra om 'communicerende vaten', die met elkaar in evenwicht moeten zijn: de spreiding van het aantal te werken uren over een referteperiode dient te leiden tot een evenwichtig arbeidspatroon: te werken uren versus vrije tijd. Werknemers moeten op voorhand weten waar zij aan toe zijn. Zij moeten uit kunnen gaan van een bepaald inzetbaarheidspatroon. Dat geldt met name in deze branche waarin werknemers veelal parttime-dienstverbanden hebben met een geringe omvang, met daarnaast een tweede parttime-dienstverband en/of overige zorgtaken.
- 7.13 Wibra is met haar werknemers een urenomvang overeengekomen. Volgens de hoofdregel van artikel 7:628 lid 1 BW moet het loon worden doorbetaald wanneer (niet zieke) werknemers geheel of gedeeltelijk hun werkzaamheden niet verrichten, tenzij het niet werken in redelijkheid voor rekening van de werknemer moet komen.
- 7.14 Hoewel werknemers bereid en beschikbaar zijn om de volledige urenomvang te werken, worden de werknemers door Wibra met ingang van 1 januari 2021 eenzijdig structureel voor minder uren ingeroosterd. Als reden wordt genoemd de door de overheid opgelegde corona-beperkende maatregelen. In eerste instantie een volledige lockdown, gevolgd door een beperkte winkelopenstelling (webshop met eigen bezorgservice, click & collect en winkelen op afspraak) en inmiddels een winkelopenstelling onder voorwaarden.
- 7.15 Dat werknemers niet of minder uren hebben gewerkt doordat zij door Wibra niet zijn ingeroosterd – nog los van de vraag of er wel of niet werkzaamheden voorhanden zijn – is een omstandigheid die in ieder geval niet in redelijkheid voor rekening van de werknemers komt. Dat betekent dat werknemers recht hebben en houden op loondoorbetaling als zij hun werkzaamheden niet verrichten wegens maatregelen van de werkgever in verband met de corona-pandemie. Dit conform de hoofdregel van artikel 7:628 lid 1 BW³. Voorts bepaalt artikel 7:628 lid 10 BW dat ieder beding dat ten nadele van de werknemer afwijkt nietig is.
- 7.16 De corona-pandemie was niet te voorzien en kan worden beschouwd als een buitengewone omstandigheid, een omstandigheid waarvoor artikel 4.2 van de cao in ieder geval niet is geschreven. Zelfs als de cao ruimte zou bieden voor het schrijven van min-uren in deze buitengewone omstandigheid, dan nog mag Wibra hiervan geen gebruik maken, althans niet in de mate waarop zij dat nu doet.
- 7.17 Door gebruikmaking van artikel 4.2 van de cao in deze uitzonderlijke situatie, waarbij structureel min-uren worden geschreven die op een later moment 'ingehaald' moeten

³ Zie hierover uitgebreid Besseling, TAP 2020/190

handelt Wibra in strijd met het bepaalde in artikel 7:628 lid 1 BW jo 7:611 BW. Weliswaar ontvangen de werknemers ondanks het gedeeltelijk niet verrichten van de werkzaamheden het vast overeengekomen loon, daar tegenover staat dat er min-uren worden geschreven. Deze min-uren moeten op een later moment worden 'ingehaald'. Dat betekent dat werknemers op dat moment naast hun reguliere overeengekomen uren extra uren zal moeten werken, terwijl zij daarvoor geen loon ontvangen. Daarmee wordt de loondoorbetalingsplicht ex artikel 7:628 lid 1 BW in feite doorgeschoven naar de werknemer: om recht te hebben op het vaste loon zal de werknemer die uren die hij niet heeft verricht alsnog op een ander moment onbetaald moeten werken. Het risico van het niet kunnen werken ten gevolge van de corona-pandemie komt daarmee, via een omweg, alsnog op het bordje van de werknemer te liggen.

- 7.18 Bovendien kan van een werknemer niet worden verlangd structureel meer uren beschikbaar te zijn dan de overeengekomen basisuren vanwege bijvoorbeeld zorgtaken, andere (parttime) dienstverbanden en andere sociale verplichtingen die een werknemer heeft/kan hebben. Het salaris van deze werknemers is gering (om en nabij het minimumloon). Het kan niet zo zijn dat werknemers financieel in de knel komen doordat zij verplicht zijn extra uren te werken, zonder dat hiertegenover een inkomen staat. Dit geldt te meer voor die werknemers die naast het dienstverband bij Wibra een ander parttime dienstverband hebben dan wel geconfronteerd zullen worden met een toename van kosten van (bijvoorbeeld) kinderopvang.
- 7.19 Daar komt bij 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. Uit artikel 7:636 lid 1 BW volgt dat dagen of gedeelten van dagen waarop de werknemer de overeengekomen arbeid niet heeft verricht slechts aangemerkt kan worden als vakantie indien de werknemer in een voorkomend geval daarmee instemt. Dat betekent dat alvorens hiertoe kan worden overgegaan Wibra hoe dan ook altijd eerst instemming van de werknemer moet verkrijgen. Bovendien geldt dat de werknemer, ook indien hiermee wordt ingestemd, ten minste recht moet behouden op het in artikel 7:634 BW bedoelde minimum.

NOW-Subsidie

- 7.20 Voor zover Wibra gerechtigd zou zijn om min-uren te schrijven zoals zij doet, hetgeen FNV betwist, heeft dit in ieder geval niet te gelden voor die uren die zij op grond van de NOW-regeling gecompenseerd heeft gekregen of krijgt.
- 7.21 Het doel van de NOW is zoveel mogelijk baanbehoud. Om aanspraak te kunnen maken op deze subsidie dient een werkgever te voldoen aan de gestelde NOW-voorwaarden. Er zijn geen voorwaarden opgenomen over niet-gewerkte uren, noch wordt binnen de regeling onderscheid gemaakt tussen wel of niet door werknemers gewerkte uren: de NOW ziet enkel op het in dienst houden van werknemers indien sprake is van omzetverlies. Dat Wibra – indien zij aan de NOW-voorwaarden voldoet - deze subsidie ontvangt en dat het ontvangen van deze subsidie losstaat van het toepassen van een min-urensysteem, betekent echter niet dat daarmee de handelwijze van Wibra is gerechtvaardigd noch dat Wibra handelt zoals het een goed werkgever betaamt in de zin van artikel 7:611 BW.

- 7.22 Hierna volgt eerst een rekenvoorbeeld om inzichtelijk te maken wat er feitelijk gebeurt als een werkgever min-uren schrijft terwijl tevens NOW-subsidie wordt ontvangen. In dit voorbeeld wordt uitgegaan van de onderhavige cao, waarbij – evenals Wibra doet – de volledige bandbreedte van +35% wordt benut.

Voorbeeld:

Een werknemer met een (basis)urenomvang van 30 uur per week ontvangt voor die uren een vast loon. Wibra maakt gebruik van de volledige bandbreedte van 35%. Dit komt erop neer dat de werknemer 19,5 uur werkt en dat 10,5 min-uren worden geregistreerd.

Ervan uitgaande dat de NOW-subsidie 80% van de loonkosten bedraagt, komt dit erop neer dat 20% van de loonkosten voor rekening van de werkgever komt, dat is 6 uur per week (namelijk 20% van 30). De overige 24 uur worden door de overheid (volledig) gesubsidieerd.

De werkgever registreert 10,5 min-uren (de volledige bandbreedte van 35%). Daarvan zijn dus 4,5 uur volledig gesubsidieerd.

- 7.23 Als een werkgever de werknemer verplicht ook deze gesubsidieerde uren in te halen (of dit nu op grond is van de cao of een individuele afspraak) dan komt dit er in feite op neer dat de werknemer voor deze volledig gesubsidieerde uren ‘om niet’ kan worden ingezet. Tegenover deze door werknemer te werken uren staat geen enkele tegenprestatie van de werkgever. Dat betekent dat Wibra hier voordeel aan zou kunnen hebben, hetgeen niet de bedoeling is noch kan zijn van de NOW-regeling.

8. Communicatie tussen partijen

- 8.1 Vanaf oktober 2020 heeft FNV getracht met Wibra in overleg te gaan over corona-gerelateerde onderwerpen. Wibra heeft aangegeven geen behoefte te hebben aan overleg met FNV en heeft letterlijk ‘bedankt voor de uitnodiging’. Hoewel FNV meerdere malen heeft getracht het gesprek met Wibra over het door haar toegepaste min-urensysteem aan te gaan, heeft Wibra enkel schriftelijk (per e-mail) gereageerd. De correspondentie tussen partijen wordt volledigheidshalve overgelegd als productie 6.
- 8.2 Bij brief van 23 april 2021 heeft FNV aan Wibra verzocht de min-urenregistratie met terugwerkende kracht te corrigeren en wel vanaf januari 2021, in die zin dat in ieder geval de gesubsidieerde uren komen te vervallen dan wel aan de werknemers wordt meegedeeld dat deze uren niet op een later moment ‘ingehaald’ hoeven te worden. Een afschrift van de brief van 23 april 2021 wordt overgelegd als productie 6A.
- 8.3 Bij e-mail van 30 april 2021 heeft Wibra hierop (kort) gereageerd (productie 6B). Omdat Wibra niet voornemens was gehoor te geven aan het verzoek van FNV, is bij brief van 3 mei 2021 nogmaals toegelicht waarom de handelwijze van Wibra niet juist is (productie 6C). Dit heeft Wibra niet tot een ander inzicht doen komen. Bij e-mail van 7 mei 2021 (productie 6D) reageert Wibra waarbij zij volhardt in het eerder door haar ingenomen standpunt.
- 8.4 Bij brief van 20 mei 2021 is voor een laatste maal getracht toch met Wibra in overleg te treden (productie 6E), maar opnieuw blijkt Wibra hieraan geen behoefte te hebben. Zij

volhardt in haar standpunt, zo volgt uit de brief van de gemachtigde van 27 mei 2021 (productie 6F).

- 8.5 Tussentijds heeft Wibra op 10 mei 2021 aan haar medewerkers een bericht gestuurd over de min-urensystematiek en de discussie tussen Wibra en FNV. Deze brief wordt als productie 7 overgelegd. In deze brief laat Wibra aan haar werknemers weten dat zij een passende oplossing wil bieden maar laat verder onbesproken het eenzijdig door haar genomen besluit tot het structureel schrijven van min-uren en de door haar ontvangen NOW-subsidie.

9. Het standpunt van Wibra en bespreking daarvan

- 9.1 Wibra is van mening dat zij op grond van artikel 4.2 van de cao min-uren kan en mag registreren op de wijze waarop dit vanaf januari 2021 wordt gedaan. Ter onderbouwing hiervan verwijst Wibra in haar e-mail van 30 april 2021 naar door haar voorafgaand aan het structureel schrijven van min-uren ingewonnen 'specialistisch advies' (zie productie 6B). Wat het advies inhoudt laat Wibra verder onbesproken.
- 9.2 Wibra geeft verder aan dat zij al jaren artikel 4.2 van de cao toepast. Over toepassing van dit artikel in deze uitzonderlijke situatie zou Wibra meermaals met de Ondernemingsraad hebben gesproken. De ondernemingsraad zou begrip hebben voor de handelwijze van Wibra vanwege de corona-pandemie. In de e-mail van 7 mei 2021 (zie productie 6D) wordt door Wibra verwezen naar een berichtgeving van de Ondernemingsraad op het intranet van Wibra. Uit deze berichtgeving (productie 8) volgt dat Wibra de Ondernemingsraad heeft geïnformeerd toen Wibra het min-urensysteem wilde aanwenden in verband met de lockdown.
- 9.3 Ook de Ondernemingsraad bevestigt de bestendige praktijk bij Wibra. Het systeem wordt toegepast bij 'piek en ziek', zodat er soms iets meer of minder wordt gewerkt. Dat de Ondernemingsraad de handelwijze van Wibra in deze buitengewone omstandigheden zegt te begrijpen zegt verder niets over de (on)rechtmatigheid van handelen door Wibra. Wibra heeft haar werkwijze in verband met de corona-pandemie aangepast en werknemers waren om die reden verhinderd om werkzaamheden te verrichten. Dit is een omstandigheid die in de risicosfeer van de werkgever ligt, zodat de niet gewerkte uren om die reden niet als min-uren c.q. door de werknemer 'in te halen uren' kunnen worden aangemerkt.
- 9.4 Wellicht ten overvloede zij opgemerkt dat de Ondernemingsraad in deze kwestie geen enkele rol heeft gespeeld. Klaarblijkelijk heeft Wibra de Ondernemingsraad ingelicht over het door haar eenzijdig genomen besluit de min-urensystematiek te gebruiken in verband met de lockdown, waarbij zij opgemerkt dat ook na afloop van de lockdown Wibra onverminderd is doorgeshaan met het structureel schrijven van min-uren.
- 9.5 Ter rechtvaardiging van haar handelwijze verwijst Wibra tenslotte naar de brief van minister Koolmees van 31 maart 2021. Dit betreft een brief naar aanleiding van gestelde kamervragen over min-uren in relatie tot het ontvangen van een NOW-subsidie. Wibra stelt: *'Uit deze antwoorden volgt dat onze (min)urenregistratie in lijn is met zowel de voorwaarden waaronder wij de NOW-subsidie ontvangen als met artikel 4.2 van de cao Retail Non-Food, dat op de (min)urenregistratie van toepassing is'*.

- 9.6 Wibra lijkt uit de brief van minister Koolmees op te maken dat haar handelwijze juist is. In genoemde brief geeft minister Koolmees echter slechts antwoord op gestelde kamervragen, niet meer en niet minder. Koolmees geeft aan: *‘De werkgever heeft een loondoorbetalingsverplichting, ook als de arbeid geheel of gedeeltelijk niet is verricht. Dat betekent dat de werkgever in principe de werknemer niet kan verplichten niet-gewerkte uren in een andere maand in te halen. Dat tijdens de sluiting van het bedrijf de werknemers wel beschikbaar waren voor het uitvoeren van de werkzaamheden, maar niet konden werken door de corona-maatregelen, is een risico dat voor rekening van de werkgever komt’*. Uitzondering op deze hoofdregel zou kunnen voortvloeien uit de cao of individuele arbeidsovereenkomst. Dit is een algemene opmerking die niet ziet op de situatie tussen een individuele werkgever en haar werknemers. De antwoorden van Koolmees hebben bovendien enkel betrekking op de NOW-regeling.
- 9.7 Rekening houdende met alle omstandigheden van het geval rechtvaardigt in deze situatie noch de cao noch de individuele arbeidsovereenkomst de handelwijze van Wibra ten aanzien van de min-uren.

10. Spoedeisend belang

- 10.1 FNV heeft bij deze vordering een spoedeisend belang. In deze uitzonderlijke situatie, als gevolg van de coronapandemie gaat Wibra door met het schrijven van min-uren en laat die uren inhalen bovenop de reguliere uren, zonder dat werknemers daarvoor op enigerlei wijze gecompenseerd worden. Hierdoor wordt de rekening van de beperkende maatregelen die Wibra heeft genomen ten laste gebracht van de werknemers. Dit leidt voor werknemers, die toch al niet ver boven het minimumloon verdienen niet alleen tot extra kosten, maar het gaat ook nog ten koste van hun privéleven. Dit, terwijl Wibra subsidie ontvangt voor de loonkosten op grond van de NOW-regeling.
- 10.2 Bovendien is gebleken dat meerdere werkgevers in de Retail (maar ook daarbuiten) het voorbeeld van Wibra (zullen) volgen en dat van het handelen van Wibra precedentwerking uit gaat/zal gaan.

11. De vorderingen

- 11.1 Op grond van het bovenstaande vordert FNV in deze procedure dat:
- Wibra wordt verboden om (nog langer) min-uren te schrijven voor die uren die werknemers niet worden ingeroosterd ten gevolge van de corona-pandemie;
 - de min-uren die ten gevolge van de corona-pandemie reeds zijn geschreven moeten worden geschrapd;
 - de min-uren die ten gevolge van de corona-pandemie reeds zijn geschreven en zijn ‘ingehaald’ dienen in beginsel alsnog aan de werknemers te worden uitbetaald, maar gezien het systeem dat Wibra hanteert moeten deze uren worden geregistreerd als plus-uren;
 - afgifte een deugdelijk overzicht van min- en plus-uren vanaf januari 2021 tot heden.
- 11.2 Voor de goede orde merkt FNV met betrekking tot haar vordering op dat aan een veroordeling tot betaling van een geldsom aan (een) derde(n) dwangsommen kunnen

worden verbonden.⁴ Nu FNV betaling vordert van het overeengekomen loon aan de medewerkers waarbij zij vanwege de overheidsmaatregelen als gevolg van de coronapandemie min-uren heeft geschreven zijn deze medewerkers ten opzichte van FNV derden en kunnen aan de veroordeling tot betaling van deze bedragen aan hen dwangsommen worden verbonden.

- 11.3 FNV zal prudent van dit dwangmiddel gebruik maken. Zij wenst van Wibra geen dwangsommen te ontvangen. Zij wenst énkél voldoende zekerheid dat Wibra ten aanzien van elke werknemer die daarop recht heeft gehoor zal geven aan een rechterlijke veroordeling. Wanneer Wibra aantoonst dat zij wegens overmacht niet in staat is om (tijdig) aan een veroordeling te voldoen, zal FNV geen aanspraak maken op dwangsommen.
- 11.4 De medewerkers worden door het schrijven van min-uren en de niet-betaling van het overeengekomen loon over deze uren, benadeeld. Derhalve wordt aanspraak gemaakt op wettelijke verhoging en wettelijke rente. Voor wat betreft de wettelijke verhoging geldt dat de rechter deze verhoging kan beperken tot een zodanig bedrag als hem met het oog op de omstandigheden billijk zal voorkomen. Echter, de rechter kan de wettelijke verhoging énkél in uitzonderlijke gevallen beperken, namelijk wanneer onverminderde betaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn of tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden⁵. Hiervan is in onderhavige zaak geen sprake en dus dient de maximale wettelijke verhoging van 50% te worden toegewezen.

12. Bevoegdheid rechtbank

- 12.1 Op grond van artikel 1018b lid 3 Rv is art 93 Rv - waar de absolute bevoegdheid van de kantonrechter is geregeld - hier niet van toepassing. Om die reden is de rechtbank Sector Civiel bevoegd kennis te nemen van deze zaak. Wibra is gevestigd te Epe, derhalve binnen het rechtsgebied van de Rechtbank Gelderland, zodat de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland, Sector Civiel locatie Zutphen bevoegd is om van de ingestelde vorderingen kennis te nemen.

DE EIS

FNV verzoekt uw rechtbank om bij wege van voorlopige voorziening, bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- A.** Gedaagde te verbieden om vanaf 1 januari 2021 ten laste van de werknemers min-uren, die ontstaan of zijn ontstaan als gevolg van de overheidsmaatregelen in verband met de coronapandemie, te schrijven, onder verbeurte van een dwangsom van € 500,- per dag of een gedeelte daarvan dat zij daarmee in gebreke blijft, althans een bedrag als uw rechtbank in goede justitie vermeent te bepalen;
- B.** Gedaagde te gebieden de door haar ten laste van de werknemers reeds geschreven min-uren als gevolg van de overheidsmaatregelen in verband met

⁴ zie HR 9 april 1949, NJ 1950, 595 (Houtappel/Hoofdgroep) en BenGH 9 juli 1981, NJ 1982, 190

⁵ mr. G.P. Smit, 'Matiging van de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 lid 1 BW', TRA 2013, 57

de coronapandemie, te schrappen, althans als niet geschreven te beschouwen, onder verbeurte van een dwangsom van € 500,- per dag of een gedeelte daarvan dat zij daarmee in gebreke blijft, althans een bedrag als uw rechtbank in goede justitie vermeent te bepalen;

- C.** Gedaagde te veroordelen tot correctie van de urenregistratie in die zin dat de min-uren die zij reeds ten laste van de werknemers heeft gebracht en inmiddels door deze werknemers zijn ingehaald als plus-uren bij te schrijven, onder verbeurte van een dwangsom van € 500,- per dag per medewerker of een gedeelte daarvan, althans een bedrag als uw rechtbank in goede justitie vermeent te bepalen, voor elke dag dat gedaagde na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis daarmee in gebreke blijft;
- D.** Gedaagde te veroordelen tot afgifte aan elke werknemer van een deugdelijk overzicht van min- en plus-uren vanaf januari 2021 tot heden, onder verbeurte van een dwangsom van € 500,- per dag per medewerker of een gedeelte daarvan, althans van een bedrag als uw rechtbank in goede justitie vermeent te bepalen, voor elke dag na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis dat gedaagde daarmee in gebreke blijft;
- E.** Gedaagde te veroordelen in de kosten van deze procedure, waaronder het salaris van de advocaat/gemachtigde en het betaalde griffierecht alsook in de nakosten.

De kosten van deze dagvaarding zijn voor mij, deurwaarder, €

OVERZICHT PRODUCTIES

- Productie 1 : Statuten FNV;
- Productie 2 : uittrekstel Kamer van Koophandel;
- Productie 3 : Huishoudelijk Reglement FNV;
- Productie 4 : overzicht informatie internetpagina;
- Productie 5 : cao Retail non food (looptijd 1 januari 2021 t/m 30 juni 2022);
- Productie 6 : correspondentie FNV / Wibra;
 - 6A : brief FNV 23 april 2021;
 - 6B : e-mail Wibra 30 april 2021;
 - 6C : brief FNV 3 mei 2021;
 - 6D : e-mail Wibra 7 mei 2021;
 - 6E : brief FNV 20 mei 2021;
 - 6F : brief advocaat Wibra 27 mei 2021
- Productie 7 : bericht Wibra aan werknemers d.d. 10 mei 2021;
- Productie 8 : berichtgeving Ondernemingsraad intranet;