

zijn eigen gedragingen zijn recht niet heeft verwerkt nog een beroep te doen op dit standpunt.

13. Gezien de voorliggende casus is het ons inziens logisch dat de voorzieningenrechter in kort geding – in welke procedure voor volledige bewijslevering geen plaats is (zie hiervoor) – voorshands aannemelijk acht dat wel sprake is van statutair bestuurderschap. Dat wordt nader ondersteund door de veelal meer praktische benadering die in arbeidszaken wordt gehanteerd en waarbij de redelijkheid en billijkheid vaak een belangrijke rol speelt en constructies, die neigen naar misbruik van recht, weinig ruimte krijgen. Als de inzet van de procedure uitsluitend ten doel heeft de arbeidsrechtelijke positie te versterken, is hier ons inziens ook niets op tegen. Wij kunnen ons in de uitkomst van het vonnis dan ook zeer zeker vinden.

14. In kort geding moet de voorzieningenrechter nu eenmaal roeien met de riemen die hij heeft. De vraag rijst of een rechter in een bodemzaak tot een wezenlijk andere benadering (en oordeel) zou (moeten) komen. Een dergelijke analyse gaat het bestek van deze noot evenwel te buiten.

M.L.C. Lugard-van Basten Batenburg en M. Koster  
Eversheds B.V.

<b>210</b>
Kantonrechter Zutphen 24 september 2014, nr. 3047628 CV 14-3601 (mr. Heessels) Noot E.M.Y. Sørensen en K.G. Kapel
<b>Min-max-contract. Rechtsvermoeden omvang arbeid.</b>
<b>Rechtsvermoeden omvang arbeid niet van toepassing indien in arbeidsovereenkomst wordt bepaald dat twintig tot veertig uur per week wordt gewerkt (min-max-contract) en het gemiddeld aantal gewerkte uren per week binnen deze bandbreedte blijft.</b>
[BW art. 7:610b]

1138

*Werkneemster is sinds 2011 op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in dienst als kapster. In de arbeidsovereenkomst is bepaald dat zij in dienst is voor twintig tot veertig uur per week. Werkneemster heeft de arbeidsovereenkomst tegen 1 december 2013 opgezegd. In 2013 heeft werkneemster elke maand een wisselend aantal uren gewerkt. Werkneemster vordert betaling van achterstallig loon. Zij stelt dat vanaf september 2013 het aantal door haar gewerkte uren zonder opgaaf van redenen drastisch is teruggebracht en dat op grond van de drie voorliggende maanden kan worden geconstateerd dat sprake is van een arbeidspatroon van gemiddeld 152,60 uur per maand. Werkneemster beroept zich op het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW. Werkgeefster stelt dat deze bepaling niet van toepassing is omdat dient te worden gekeken naar het in de arbeidsovereenkomst overeengekomen aantal uren, namelijk twintig tot veertig uur per week.*

*De kantonrechter oordeelt als volgt. Volgens de wetsgeschiedenis is met de invoering van art. 7:610b BW beoogd houvast te bieden indien de arbeidsomvang niet eenduidig is overeengekomen en in de situatie waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan oorspronkelijk overeengekomen. In de schriftelijke arbeidsovereenkomst is de arbeidsomvang bepaald op twintig tot veertig uren per week. Daarmee is de ar-*

*beidsomvang door partijen voldoende duidelijk bepaald, hetgeen ook verband houdt met de aard van de (kappers)werkzaamheden, waarbij de vraag naar en de omvang van die werkzaamheden kunnen fluctueren. De gemiddelde arbeidsduur bedraagt 35,2 uur per week en blijft aldus binnen de bandbreedte van het overeengekomen aantal. Deze zaak verschilt aldus met de situatie van een nul-uren- of oproepcontract, die in meerdere door werkneemster genoemde rechterlijke uitspraken voorkomt. Het stond werkgeefster dan ook vrij om vanaf september 2013 het aantal uren wegens verminderde omzet te verminderen. Volgt afwijzing van de ver-*

[...], wonende te Zutphen,  
eisende partij,  
(rol)gemachtigde: mr. B.R. Buwalda,  
tegen  
[...],  
de besloten vennootschap, gevestigd te Deventer,  
gedaagde partij,  
gemachtigde: mr. R.J. Voorink.

#### Kantonrechter:

##### 1. Het verdere verloop van de procedure

1.1 Dit verloop blijkt uit:

- Het vonnis van 2 juli 2014;
- de faxbrief van mr. Buwalda van 1 september 2014 met een bijlage;
- de aantekeningen van de griffier met betrekking tot de op 2 september 2014 ingevolge het vonnis gehouden comparitie van partijen, waarbij door beide gemachtigden pleitnotities zijn overgelegd.

1.2 Ten slotte is vonnis bepaald.

##### 2. De vaststaande feiten

2.1 Gedaagde houdt zich bezig met de detailhandel in cosmetica en aanverwante artikelen, alsmede haarverzorging. Gedaagde heeft twee vestigingen, één in Zutphen en één in Deventer.

2.2 Eiseres is sinds februari 2011 krachtens achtereenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van 12 maanden bij gedaagde in dienst geweest in de functie van kapster.

2.3 In de schriftelijke arbeidsovereenkomsten is telkens onder meer het volgende bepaald:

“Artikel 1.

Datum indiensttreding, functie en aard en plaats werkzaamheden

de werknemer treedt bij de werkgever in dienst voor 20 tot 40 uur per week, waarin zowel koopavonden als de zaterdag zitten begrepen, in de functie van winkelbediende en kapster in een van de [...] vestigingen. Werknemer is echter verplicht binnen de grenzen van het redelijke in voorkomende gevallen alle door de namens de werkgever op te dragen werkzaamheden te verrichten op de gewenste locatie. Als Kapster wordt u ingeschaald als Topstylist. (...)

Artikel 4.

Salaris en reiskosten

U wordt voor uw loon ingeschaald op basis van uw huidige leeftijd en functie en de Kappers CAO. (...)

Artikel 11

Informeren

Als [...] vallen wij onder de CAO voor de detailhandel, echter wij volgen op hoofdlijnen de kappers CAO. (...)

Artikel 14

Deze arbeidsovereenkomst valt onder cao voor de detailhandel.

Echter zoals overeengekomen volgen wij op hoofdlijnen de CAO voor het kappersbedrijf.”

2.4 Eiseres heeft in het jaar 2013 per maand de volgende aantallen uren gewerkt:

Februari: 147,5

Maart: 161,5

April: 157,5

Mei: 167,5

Juni: 148,5

Juli: 144

Augustus: 165,5

September 119,5

Oktober: 100

November: 80

2.5 Eiseres heeft de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 1 december 2013.

2.6 Bij vonnis in kort geding van 23 januari 2014 is eiseres onder meer verboden te handelen in strijd met het tussen partijen overeengekomen concurrentiebeding, door zich tot 1 juni 2014 te onthouden van concurrerende kappersactiviteiten binnen een straal van 10 kilometer van de Zutphense vestiging van gedaagde.

### 3. De vordering

3.1 Eiseres vordert dat de kantonrechter bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

A. gedaagde zal veroordelen het netto equivalent van een bedrag van € 2381,90 bruto tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen;

B. gedaagde zal veroordelen de wettelijke rente over dit bedrag te betalen vanaf het moment van de dagvaarding;

C. gedaagde zal veroordelen in de proceskosten.

3.2 Eiseres legt, tegen de achtergrond van de vaststaande feiten, aan haar vordering onder meer de volgende stellingen ten grondslag.

Gedaagde heeft met ingang van september 2013 het aantal door eiseres gewerkte uren zonder opgaaf van reden drastisch teruggebracht. Op grond van de drie voorliggende maanden juni juli en augustus 2013 kan worden geconstateerd dat sprake is van een arbeidspatroon van gemiddeld 152,60 per maand. Op grond van artikel 7:610b BW is er sprake van een rechtsvermoeden van dat aantal uren en heeft eiseres recht op uitbetaling over september tot en met november 2013 over de te weinig betaalde uren. Dat komt neer op een bedrag van € 1759,18 bruto.

Op het vakantiesaldo van eiseres heeft gedaagde ten onrechte 15, 17, 18 en 19 oktober 2013 als vrije dagen afgeschreven. Dit is echter niet op verzoek van of in overleg met eiseres gebeurd. Zij vordert daarom een bedrag van € 335,84 bruto ter zake van niet genoten vakantiedagen.

Eiseres heeft 21, 22 en 23 oktober 2013 niet gewerkt omdat zij toen arbeidsongeschikt was als gevolg van een arbeidsconflict. Voor zover er geen sprake zou zijn van arbeidsongeschiktheid is het een situatie die in de risicosfeer van werkgever ligt zodat ook op die grond het salaris dient te worden doorbetaald. Eiseres vordert dan ook een bedrag van € 266,88 bruto.

Gedaagde is in gebreke gebleven met tijdige betaling van voormelde bedragen. Eiseres maakt daarom aanspraak op de wettelijke rente.

### 4. Het verweer

Gedaagde heeft verweer gevoerd en geconcludeerd dat de vorderingen van eiseres dienen te worden afgewezen, met uitvoerbaar bij voorraad te verklaren veroordeling van eiseres in de proceskosten.

Het verweer van gedaagde zal, voor zover van belang, in het navolgende worden weergegeven.

### 5. De beoordeling

5.1 De eerste centrale vraag is of tussen partijen een arbeidsovereenkomst gold met een arbeidsduur van 152,6 uren per maand. Eiseres heeft dit aantal uren bepleit op basis van het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. Gedaagde heeft het standpunt ingenomen dat die bepaling niet van toepassing is omdat dient te worden gekeken naar het in januari 2013 in deze arbeidsovereenkomst overeengekomen aantal uren, namelijk 20 tot 40 uur per week. De kantonrechter overweegt daarover het volgende. Volgens de wetsgeschiedenis is met de invoering van artikel 7:610b BW beoogd houvast te bieden indien de arbeidsomvang niet eenduidig is overeengekomen en in de situatie waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan oorspronkelijk overeengekomen. In de schriftelijke arbeidsovereenkomst is de arbeidsomvang bepaald op 20 tot 40 uren per week. Daarmee is de arbeidsomvang door partijen voldoende duidelijk bepaald, hetgeen ook verband houdt met de aard van de (kappers-) werkzaamheden, waarbij de vraag naar en de omvang van die werkzaamheden kunnen fluctueren. De gemiddelde arbeidsduur bedraagt 35,2 uur per week en blijft aldus binnen de bandbreedte van het overeengekomen aantal.

Deze zaak verschilt aldus met de situatie van een nuluren- of oproepcontract, die in meerdere door eiseres genoemde rechterlijke uitspraken voorkomt. In andere uitspraken gaat het aantal gewerkte uren structureel boven het maximum uit. Daarnaast is niet gesteld of gebleken dat het aantal gewerkte uren uitstijgt boven het maximum aantal overeengekomen uren per week. Het stond gedaagde als werkgever dan ook vrij om vanaf september 2013 het aantal uren wegens verminderde omzet te verminderen. Daarnaast kon gedaagde, nadat zij in oktober 2013 van eiseres had vernomen dat zij de arbeidsovereenkomst opzegde en een eigen kappersbedrijf ging starten – al wilde zij niet zeggen waar – in redelijkheid eiseres tewerkstellen in haar vestiging te Deventer en wel voor het aantal minimum overeengekomen uren. Dit stond gedaagde immers vrij gelet op de inhoud van de arbeidsovereenkomst en bovendien was het te rechtvaardigen dat gedaagde heeft getracht de mogelijke nadelen van ongewenste concurrentie door eiseres te beperken. De geschetste handelwijze van gedaagde vanaf september 2013 is evenmin in strijd met de cao voor de detailhandel noch in strijd met goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW). Dit deel van het gevorderde zal worden afgewezen.

5.2 Het volgende onderdeel van de vordering betreft niet opgenomen vakantiedagen. Gedaagde heeft daartegen gemotiveerd verweer gevoerd en gesteld dat er geen sprake was van het opnemen van vakantiedagen, maar van dagen waarop eiseres niet was ingeroosterd. Met verwijzing naar hetgeen hiervoor is overwogen omtrent de arbeidsomvang en het aantal vanaf september 2013 gewerkte uren, slaagt dit verweer. Er is dan immers geen sprake van het opleggen van het opnemen van vakantiedagen, mits ten minste het aantal van 20 uren per week wordt uitbetaald. De vordering wordt voor zover deze betrekking heeft op dit bedrag dan ook afgewezen.

5.3 De derde vraag is of gedaagde was gehouden het loon door te betalen over de dagen 21, 22 en 23 oktober 2013. Er was volgens de bedrijfsarts geen sprake van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte, zodat er geen loondoorbetalingsverplichting bestond op grond van artikel 7:629 lid 1 BW. Er was in de hiervoor al beschreven situatie van gevreesde concurrentie door eiseres en daardoor gerezen spanningen tussen partijen geen reden om op basis van artikel 7:628 BW het niet werken door eiseres

voor rekening van gedaagde te laten komen. Ook dit onderdeel van de vordering zal worden afgewezen.

5.4 Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de vordering in hoofdsom zal worden afgewezen.

Hetzelfde geldt voor de gevorderde wettelijke rente.

5.5 De door partijen aangevoerde argumenten die in het voorgaande niet aan de orde zijn gekomen, behoeven geen bespreking, nu deze, in het licht van hetgeen is vastgesteld en overwogen, niet tot een andere beslissing kunnen leiden.

5.6 Eiseres zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten.

Het vonnis zal ten aanzien daarvan uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

## 6. De beslissing

De kantonrechter:

6.1 wijst de vordering af;

6.2 veroordeelt eiseres in de proceskosten, tot aan dit vonnis aan de zijde van gedaagde vastgesteld als op € 300,= als gemachtigdensalaris;

6.3 verklaart de veroordeling onder 6.2 uitvoerbaar bij voorraad.

## NOOT

1. In deze zaak heeft de Kantonrechter te Zutphen geoordeeld dat de arbeidsomvang bij een min-max-contract eenduidig is. Om die reden acht de kantonrechter het rechtsvermoeden arbeidsomvang van art. 7:610b BW niet van toepassing. Een (forse) marge van honderd procent in de overeengekomen arbeidsduur (de arbeidsduur van de kapster bedroeg in deze zaak twintig tot veertig uren per week) heeft volgens de kantonrechter niet tot gevolg dat de arbeidsomvang onvoldoende duidelijk is bepaald. De Wet Flexibiliteit en Zekerheid heeft twee rechtsvermoedens geïntroduceerd: het rechtsvermoeden arbeidsovereenkomst en het rechtsvermoeden arbeidsomvang. Met deze rechtsvermoedens wordt beoogd de processuele positie van de werknemer te versterken. Het rechtsvermoeden arbeidsovereenkomst is een weerlegbaar vermoeden dat de omkering van de bewijslast voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst koppelt aan een bepaalde duurzaamheid (drie opeenvolgende maanden) en een bepaalde omvang (ten minste twintig uur per maand) van de arbeid. Het rechtsvermoeden arbeidsomvang is eveneens een weerlegbaar vermoeden, dat beoogt houvast te bieden in situaties waarin de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is overeengekomen, dan wel in situaties waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur (*Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 5, 22-23*). De rechtsvermoedens zijn dus geïntroduceerd ten gunste van de werknemer.

2. Dezelfde kantonrechter heeft al eerder geoordeeld (Ktr. Zutphen 31 augustus 2006, «JAR» 2006/257) dat wanneer de overeengekomen arbeidsduur een (forse) marge vertoont (min-max-contract met minimaal twintig en maximaal 32 uren per week), dit niet betekent dat de arbeidsduur niet eenduidig is overeengekomen (zie ook E.S. de Jong, 'Commentaar op Burgerlijk Wetboek 7 art. 610b' in: *SDU Commentaar Thematisch*, (online, laatst bijgewerkt op 8 augustus 2014)). Een beroep op het rechtsvermoeden omvang arbeid had in die zaak evenmin tot gevolg dat de omvang van de arbeidsduur werd bepaald aan de hand van de gemiddelde omvang van de drie voorafgaande maanden. Wel overwoog de kantonrechter in 2006 dat het feit dat de werknemer structureel meer dan het overeengekomen minimum aantal uren heeft gewerkt, wellicht meebracht dat het

contract qua minimum-urenaantal was gewijzigd. Naar nu blijkt, komt de Kantonrechter Zutphen in haar recente uitspraak terug op haar overweging uit 2006. Men kan zich afvragen waarom deze overweging, dat wellicht het minimum-urenaantal is gewijzigd, niet terugkomt in de bovenstaande zaak. Vermoedelijk zal hebben meegespeeld dat de aard van de kapperswerkzaamheden met zich brengt dat de vraag en de omvang van de werkzaamheden fluctueren en dat dit mogelijkterwijs bij schoonmaakwerkzaamheden, waar het om ging bij de zaak uit 2006, niet het geval is. Het stond de werkgever vrij het aantal uren van de kapster te verminderen wegens verminderde omzet. Dat het begin van de verminderde omzet klaarblijkelijk samenviel met het tijdstip dat de werknemster haar arbeidsovereenkomst had opgezegd, deed daaraan niet af. Opmerkelijk is dat de kantonrechter het rechtvaardig acht dat de werkgever heeft getracht de mogelijke nadelen van ongewenste concurrentie door de kapster te beperken en haar in Deventer tewerkstelt. Het was de werkgever op dat moment echter niet duidelijk waar de werknemster een eigen kapsalon zou beginnen en of de werkgever daar in de toekomst mogelijk hinder van zou ondervinden. Daarnaast oordeelde de Kantonrechter Zutphen in 2006 dat het goed werkgeverschap met zich brengt dat de werkgever het vaste arbeidsritme niet verandert zonder van tevoren goed te overleggen met de werknemer en die enige tijd de gelegenheid te geven zich op de nieuwe situatie in te stellen. In de zaak in 2006 ging het om een uitbreiding van het aantal uren, maar het spreekt voor zich dat het goed werkgeverschap ook in een situatie van afname van het aantal uren, een rol speelt. Ondanks dat de kapster in 2013 structureel meer dan twintig uur per week werkte, mocht de werkgever in de onderhavige zaak haar uren terugzetten naar twintig uur per week zonder overleg of overgangperiode.

3. Een werknemer met een min-max-contract kan zich beroepen op het rechtsvermoeden arbeidsomvang. Dit beroep zal echter enkel een goede kans van slagen hebben bij de situatie dat de werknemer structureel meer werkt dan het overeengekomen maximum-urenaantal. Een werknemer met een nul-uren- of oproepcontract geniet qua arbeidsomvang meer bescherming dan een werknemer met een min-max-contract. Dat lijkt ook redelijk aangezien de werknemer met een nul-urencontract meer risico loopt en dus meer bescherming behoeft dan de werknemer met een min-max-contract. Uit de jurisprudentie blijkt dat de arbeidsomvang bij een min-max-contract met een marge van twintig uren per week voldoende duidelijk is afgebakend. Bij een nul-urencontract (dus een marge van veertig uren per week) is de arbeidsomvang onvoldoende duidelijk bepaald en biedt art. 7:610b BW bescherming aan de werknemer. De vraag is waar de grens ligt. Bij een min-max-contract van tien tot veertig uren per week? Hierover moet jurisprudentie duidelijkheid brengen.

E.M.Y. Sørensen en K.G. Kapel  
SørensenWeijers@Co