

ANNOTATIE

# De Hoge Raad staat beperkt afwijking van de cao na pakketvergelijking toe. Is hiermee een breuk met Boonen/Quicken bewerkstelligd?

*R.M. Beltzer*

1. Art. 12 Wet Cao bepaalt dat elk beding tussen de werkgever en de werknemer dat strijdt met een voor hen geldende cao, nietig is en dat in plaats daarvan de corresponderende cao-bepaling geldt. Voor de uitleg van deze bepaling is hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld in het arrest Boonen/Quicken (HR 14 januari 2000, JAR 2000/43) leidend: art. 12 Wet Cao wordt strikt geïnterpreteerd waar het gaat om afwijkingen ten nadele van de werknemer (afwijkingen ten voordele van de werknemer zijn steeds toegestaan, tenzij sprake is van een bepaling met een standaardkarakter). Zo is het, bijvoorbeeld, niet toegestaan de werknemer een in de cao geregelde overwerkvergoeding te ontzeggen omdat werkgever en werknemer zijn overeengekomen dat de werknemer in plaats daarvan een (veel) hoger loon dan het cao-loon zal ontvangen. Nog afgezien van het feit dat een dergelijke afspraak kan meebrengen dat de werknemer er in de ene maand financieel voordeel van kan hebben, maar in de andere maand kan worden benadeeld ten opzichte van de cao-regeling (met nietigheid tot gevolg), mogen verschillende arbeidsvoorwaarden - zoals in casu loon en de overwerkvergoeding - niet op één hoop worden gegooid: elk beding moet voor de toepassing van art. 12 Wet Cao afzonderlijk worden beschouwd.

2. In de onderhavige zaak tussen werknemers en schippersechtbaar Teunissen en Verkerk en hun werkgever Welter's Scheepvaart en Expeditiebedrijf (verder: Welter) was evenzeer sprake van een van de cao afwijkende afspraak. Na ontbinding van hun arbeidsovereenkomsten stelden de werknemers zich in rechte op het standpunt dat zij, conform de toepasselijke Cao voor de Binnenscheepvaart, recht hadden op betaling van 2052,5 overuren ieder. Welter verweerde zich met de stelling dat met Teunissen en Verkerk bij aanvang van hun arbeidsovereenkomst de afspraak was gemaakt dat hun salaris zo hoog zou zijn, dat zij de facto 1,5 keer zo veel zouden verdienen als 'het inkomen van schippersechtbaren in vergelijkbare omstandigheden'. Dat bedrag kwam overigens minimaal overeen met hetgeen Teunissen en Verkerk voorheen verdienden toen zij bij Welter op declaratiebasis hetzelfde werk verrichtten. In het afgesproken bedrag zou de betaling voor overwerk zijn begrepen. De kantonrechter wees de vordering tot betaling van overwerk toe, het hof wees haar in hoger

beroep af, stellende dat de toepassing van het Haviltexcriterium meebracht dat Welter ervan uit mocht gaan dat de overeengekomen salarissen inclusief overwerkvergoeding waren: de werknemers konden volgens het hof geen verklaring geven waarom hun salaris substantieel hoger was dan dat waar de cao hun recht op gaf, noch hebben zijn gedurende de arbeidsovereenkomst ooit een recht op overwerkvergoeding geclaimd. Het hof concludeerde dat Teunissen en Verkerk op grond van de overeenkomst geen recht hadden op overwerkvergoeding, 'behalve indien en voor zover zij minder hebben verdiend dan hetgeen zij uitgaande van het in de cao bepaalde bij hun respectieve functies behorende minimumsalaris (loon en overwerk) te weinig zouden hebben ontvangen'. Deze laatste zin maakte de uitspraak, in het licht van de strenge leer uit het arrest Boonen/Quicken, in potentie vatbaar voor een succesvol beroep in cassatie. 'Plussen en minnen' - het op één hoop gooien van de bepalingen met betrekking tot loon en overwerk, was immers volgens de Hoge Raad verboden, zo was ook in de literatuur de veelgehoorde opvatting (zie voor een nuttig overzicht van de opvattingen in de literatuur de conclusie van de A-G). De Hoge Raad casseerde het arrest inderdaad, doch oordeelde niet zó strikt dat Teunissen en Verkerk over de gehele achterliggende periode dat de arbeidsovereenkomst had geduurd een recht op overwerkvergoeding konden doen gelden.

3. De Hoge Raad herhaalde de overwegingen uit het arrest Boonen/Quicken met deze toevoeging, dat de andersluidende afspraak bij aanvang van de arbeidsovereenkomst als ongeldig moest worden aangemerkt in zoverre deze niet voorziet in een bijkomende vergoeding over maanden waarin Teunissen en Verkerk een zodanig hoeveelheid uren hebben gewerkt dat zij beter uit zouden zijn geweest met het salaris en de vergoeding van dat overwerk die hun ingevolge de cao minimaal zou toekomen. Dus: wat op grond van de cao *op enig moment* beter is dan de afspraak uit de arbeidsovereenkomst, konden zij alsnog verkrijgen. Zij hebben, aldus de Hoge Raad, over die maanden aanspraak op aanvulling van hun bedongen vergoeding tot het bedrag dat hun volgens de cao minimaal zou toekomen. Kortom: aanvulling van het tekort, niet nietigverklaring van de afwijkende afspraak. Een vergelijking van de verkregen bedragen met die uit de cao over *de gehele periode*, zoals het hof had gedaan, is dus blijikbaar in strijd met de uitleg die aan art. 12 Wet Cao moet worden gegeven.

4. Dit arrest past, dunkt mij, in een tendens van de laatste jaren waarin de Hoge Raad steeds vaker oordeelt dat een bepaald onderwerp met twee mogelijke polen als 'een glijdende schaal' dient te worden benaderd. Denk aan wijziging van arbeidsvoorwaarden, de vraag of iets een dringende reden is en welke uitlegmethode men moet hanteren ten aanzien van bepaalde documenten. De Hoge Raad haalt, met zijn genuanceerde benadering, de scherpe kanten af van wat men zag als de gevolgen van het arrest Boonen/Quicken: het risico dat de werknemer van twee walletjes eet - voor het verleden behoudt hij zijn hogere loon (dat uiteraard was afgesproken met het oog op het feit dat de werkgever bepaalde andere emolumenten, zoals een overwerkvergoeding, niet zou behoeven uit te keren) en hij zou met terugwerkende kracht hetgeen hij ten onrechte, want in strijd met de cao, aan overwerkvergoeding is misgelopen, alsnog volledig kunnen vorderen. Een dergelijk 'spel zonder nieten' bestaat derhalve niet

(meer). Uit de overwegingen van de Hoge Raad (r.o. 3.4.2-3.4.3) maak ik op, dat het toch, tot op zekere hoogte, mogelijk is verschillende arbeidsvoorwaarden 'op één hoop te gooien'. De Hoge Raad overweegt immers expliciet dat per maand - ik vermoed dat is aangesloten bij de periode die de cao hanteert - moet worden bekeken of hetgeen de werknemers aan contractueel loon hebben ontvangen, minimaal gelijk is aan hetgeen zij op grond van de cao zouden hebben ontvangen aan loon én overwerk. Daartoe is vereist maandelijks te bezien hoeveel uren werknemers daadwerkelijk overwerk hebben verricht (hetgeen in casu overigens, nu werknemers niet alleen op het schip werkten, maar ook woonden, nog niet eenvoudig was) en de vergoeding die daar tegenover staat, plus het loon dat zij op grond van de cao minimaal zouden ontvangen, af te zetten tegen het contractuele loon. De overwegingen van de Hoge Raad lijken mij ook van belang voor andere in een cao opgenomen vergoedingen, zoals onkostenvergoedingen, ploegentoeslagen enzovoort. Inmiddels is lagere rechtspraak verschenen waarin de leer van de Hoge Raad wordt gevolgd ten aanzien van het vergelijken van het overeengekomen loon met door de cao gegarandeerde periodieke loonsverhogingen (Ktr. Utrecht 24 juni 2009, LJN BI8715, AR 2009/598).