

RECHTSPRAAK

Afbouwbeding waarbij de persoonlijke toeslag wordt afgebouwd als het cao-loon steeg, is in strijd met artikel 7:663 BW en Richtlijn 2001/23/EG.*Feiten*

Werknemer is op 20 maart 1984 bij Travenol B.V. in dienst getreden. Meermaals heeft een overgang van onderneming plaatsgevonden, uiteindelijk naar Omega Logistics B.V. Na de overgang van onderneming ontving werknemer een persoonlijke toeslag van € 777,04 bruto per vier weken. Die persoonlijke toeslag werd afgebouwd als zijn cao-loon steeg. Op de arbeidsovereenkomst is de Cao Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen van toepassing (hierna: de cao). Naar aanleiding van rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie hebben de vakbonden en werkgevers overleg gevoerd over de berekening van het vakantieloon. Per 1 januari 2019 is de cao op dat punt aangepast en wordt rekening gehouden met structurele toeslagen en overwerkuren bij de berekening van het vakantieloon. Voor het vakantieloon over de periode voor 1 januari 2019 heeft Omega aan werknemer op 1 maart 2019 een voorstel gedaan. Werknemer is met dat voorstel niet akkoord gegaan. Hij heeft op 3 mei 2019 een brief aan Omega geschreven, waarin hij schreef dat hij aanspraak maakt op € 5.306,16 aan vakantieloon. In eerste aanleg heeft werknemer o.a. betaling daarvan gevorderd. De kantonrechter heeft de vordering toegewezen. Omega komt tegen het vonnis in hoger beroep.

*Oordeel**Klachtplicht*

Het beroep van Omega op het schenden van de klachtplicht faalt. Werknemer diende op grond van artikel 6:89 BW te klagen binnen bekwame tijd, 'nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken'. Uit niets blijkt dat werknemer – vóór hij het afkoopvoorstel van zijn werkgever ontving – wist of redelijkerwijze had moeten ontdekken dat de cao in strijd was met het Europese recht. Werknemer heeft daarom tijdig, namelijk bij brief van 3 mei 2019, geklaagd.

Vakantieloon

De inhoudelijke vraag die het hof moet beantwoorden is of werknemer inderdaad recht heeft op een hoger vakantieloon over de periode vóór 2019. Het hof moet het Nederlandse wetsartikel richtlijnconform uitleggen. De uitleg die het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna het Hof van Justitie) aan de bepalingen geeft, is daarom doorslaggevend. Voorop staat

daarbij dat het vereiste van betaling van vakantievergoeding tot doel heeft, de werknemer tijdens de jaarlijkse vakantie in een situatie te plaatsen die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens gewerkte periodes. Uit de overwegingen van het Hof van Justitie in het *Hein*-arrest volgt dat overuren moeten worden meegeteld voor de berekening van het vakantieloon als aan drie voorwaarden is voldaan. Het hof volgt daarbij de Duitse versie van het arrest, omdat dat de authentieke versie is. Allereerst is het hof van oordeel dat het overwerk 'arbeidsvertraglich verpflichtet' is. Werknemer maakte op basis van (stilzwijgende) afspraken en rooster overuren. In de Duitse tekst van het *Hein*-arrest wordt verder als voorwaarde geformuleerd dat de overuren 'weitgehend vorhersehbar und gewöhnlich' zijn. Ook daar is aan voldaan: beide partijen zijn steeds uitgegaan van de beschikbaarheid van te werken overuren. Uitbetaling van overwerk vormde bovendien een belangrijk onderdeel van het totale jaarloon. Het overwerk van werknemer voldoet dan ook aan de eisen die gelden om meegerekend te worden bij de berekening van het vakantieloon van werknemer. Het beroep van Omega op de redelijkheid en billijkheid faalt. Het is ongetwijfeld nadelig voor werkgevers dat werknemers recht hebben op een hoger vakantieloon dan de werkgevers (ten onrechte) dachten, maar dat is onvoldoende om te oordelen dat het in dit concrete geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn om werknemer het vakantieloon te betalen waar hij recht op heeft.

Persoonlijke toeslag

Volgens Omega is de persoonlijke toeslag in strijd met de cao, vanwege het standaardkarakter van die cao. Dat betekent volgens Omega dat werknemer de toeslag moet terugbetalen. Het hof oordeelt dat het voor werkgevers en werknemers niet mogelijk is van de cao af te wijken, maar dat geldt alleen voor de onderwerpen die in de cao zijn geregeld. De cao bevat geen regeling voor de rechten van werknemers bij de overgang van onderneming. Dat betekent dat op dit punt werkgevers en werknemers afwijkende regelingen kunnen overeenkomen. De persoonlijke toeslag is dus niet in strijd met de cao.

Afbouwbeding

Het afbouwbeding levert een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden van werknemer op: waar hij eerst meer verdiende dan het cao-salaris wordt na de overgang van onderneming zijn salaris, doordat hij per saldo geen loonsverhogingen meer ontvangt, uiteindelijk gelijk aan het cao-salaris. Het gaat hier om een wezenlijk salarisverlies, dat rechtstreeks verband houdt met de overgang van onderneming. Dat is in strijd met artikel 7:663 BW en Richtlijn 2001/23/EG. Het hof komt zodoende tot het oordeel dat werknemer – tot de rechtsgeldige beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst – recht heeft op een toeslag van € 777,04 bruto per vier weken.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-02-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:1050

Zaaknummer: 200.301.346

Rechters: O.G.H. Milar, C.J.H.G. Bronzwaer en A. van Zanten-Baris

Advocaten: A. Oomen en E. Visser

Wetsartikelen: 6:89 BW, 7:639 BW en 7:663 BW