



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Hoge Raad 2002-05-31

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2003). Annotation: Hoge Raad 2002-05-31. *Nederlandse Jurisprudentie*, 734-763. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14711>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14711>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Nr. 110

HOGE RAAD

31 mei 2002, nr. C00/186HR

(Mrs. R. Herrmann, A.E.M. van der Putt-Lauwers, H.A.M. Aaftink, D.H. Beukenhorst en A. Hammerstein; A-G Bakels; m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder HR 28 juni 2002, NJ 2003, 111)

RvdW 2002, 91

JOL 2002, 313

Uitleg algemeen verbindend verklaarde CAO: maatstaf.

Voor de uitleg van de bepalingen van een algemeen verbindend verklaarde CAO en de daarbij behorende Uitvoeringsregeling geldt als uitgangspunt dat in beginsel de bewoordingen daarvan en eventueel van de daarbij behorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, van doorslaggevende betekenis zijn; daarbij komt het niet aan op de bedoelingen van partijen bij de CAO voorzover deze niet uit de CAO-bepalingen en de toelichting kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de CAO en de toelichting zijn gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. Hoge Raad doet zelf af.

Het gaat in deze zaak om fysiotherapeuten die per 1 januari 1996 meer dan 10 jaar bij een ziekenhuis in dienst waren. Vanaf deze datum is de CAO voor het Ziekenhuiswezen op hun arbeids-overeenkomsten van toepassing geworden en deze is in hun individuele arbeidsovereenkomsten geïncorporeerd. Bij de inschaling van deze werknemers in een functiegroep heeft het ziekenhuis geen rekening gehouden met de ervaringsjaren van de fysiotherapeuten; zij worden uitbetaald conform salarisschaal 26, hetgeen correspondeert met nul ervaringsjaren. In deze procedure vorderen de fysiotherapeuten betaling van 1 januari 1996 af van een salaris conform schaal 40 van de CAO, waarbij wel met hun ervaringsjaren wordt rekening gehouden. Daarbij gaat het om de uitleg van de CAO en de Uitvoeringsregeling, die geen uitdrukkelijke regeling bevatten voor een situatie als de on-

derhavige, waarin de CAO van toepassing wordt door een privatiseringsoperatie. Art. 3 lid 4 van de Uitvoeringsregeling bepaalt dat de werknemer wordt ingedeeld op het bij 0 functie-jaren vermelde bedrag uit zijn functionele schaal, dan wel, indien verkregen ervaring daartoe aanleiding geeft, op een hoger bedrag uit die schaal; de fysiotherapeuten bepleiten dat aan deze bepaling imperatieve betekenis toekomt. Het ziekenhuis betoogt dat deze bepaling de mogelijkheid openlaat dat wordt ingeschaald op het bij nul functie-jaren behorende bedrag (althans op een lager bedrag dan met het werkelijke aantal functie-jaren) en dat zulks ter beoordeling van de werkgever staat. De Kantonrechter heeft de vordering van de fysiotherapeuten afgewezen, de Rechtbank heeft daarentegen de vordering toegewezen.

Bij de beoordeling van dit betoog wordt vooropgesteld dat het hier gaat om de uitleg van CAO-bepalingen die algemeen verbindend verklaard zijn en derhalve recht in de zin van art. 79 RO vormen. Voorts geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de bepalingen van de CAO en de daarbij behorende Uitvoeringsregeling in beginsel de bewoordingen daarvan en eventueel van de daarbij behorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, van doorslaggevende betekenis zijn (vgl. HR 17 september 1993, NJ 1994, 173). Daarbij komt het niet aan op de bedoelingen van de partijen bij de CAO, voorzover deze niet uit de CAO-bepalingen en de toelichting kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de CAO en de toelichting zijn gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.

Art. 3 lid 4 van de Uitvoeringsregeling moet aldus worden uitgelegd, dat deze bepaling het ziekenhuis niet ertoe verplichtte de fysiotherapeuten bij het van toepassing worden van de CAO in te delen in een salarisschaal waarin met hun ervaringsjaren rekening wordt gehouden. Het middel is in zoverre gegrond en behoeft voor het overige geen behandeling. De Hoge Raad kan de zaak afdoen door met vernietiging van het vonnis van de Rechtbank het eindvonnis van de Kantonrechter te bekrachtigen.

(RO art. 79; Rv art. 420)

Stichting Ziekenhuis De Heel, te Zaandam, gemeente Zaanstad, eiseres tot cassatie, adv. mr. R.A.A. Duk,

tegen

1. Marijke Huisman, te Zaandam, gemeente Zaanstad,
2. Willemte Jannie Schutrops, te Amstelveen,
3. Jennigje Harryvan, te Heemskerk,

4. Wietske Nijland, te Oostzaan,
5. Paulina Theodora de Waal-Belyendaal, te Bergen,
6. Johan Frederik Lodewijk Talsma, te Krommenie, gemeente Zaanstad,
7. Lee Kang Yong, te Zaandam, gemeente Zaanstad,
8. Matthijs Jacobus Hendriks, te Purmerend, en
9. Adrianus van Oostveen, te Amstelveen, verweerders in cassatie, adv. mr. A.G. Castermans.

Rechtbank:

5. *Beoordeling van de grieven*

5.1 Blijkens de inhoud van de grieven begopen Huisman cs. hiermee het geschil tussen partijen opnieuw ter toetsing aan de rechtbank voor te leggen. De rechtbank zal daarom het geschil in volle omvang behandelen. Hiermee wordt tevens de grief van De Heel in (voorwaardelijk) incidenteel appel behandeld.

5.2 Partijen zijn het erover eens dat Huisman cs. met ingang van 1 januari 1996 terecht zijn ingedeeld in de functionele schaal van functiegroep 55. Partijen zijn echter verdeeld over de vraag of Huisman cs. met ingang van 1 januari 1996 conform salarisschaal 40, waarin rekening is gehouden met 10 functiejaren, dan wel conform salarisschaal 26, waarin geen functiejaren zijn meegenomen, dienen te worden betaald.

5.3 Het primaire verweer van De Heel houdt in dat voor haar op grond van de CAO-Z geen verplichting bestond om rekening te houden met functiejaren van Huisman cs. Zij voert hier toe aan, naar de rechtbank begrijpt, dat de CAO-Z voor Huisman cs. uitgaat van inschaling op het niveau van het oude salaris. De Heel verwijst hiertoe naar de toelichting op het reeds vervallen artikel 5 van de Uitvoeringsregeling salariering bij de CAO-Z met een looptijd 1 april 1994 tot en met 31 maart 1996, waarin wordt verwezen naar artikel 5 van de Uitvoeringsregeling salariering bij de CAO-Z met een looptijd van 1 april 1990 tot en met 1992. De rechtbank verwerpt dit verweer. Nu de Uitvoeringsregeling salariering bij de CAO-Z met de looptijd van 1 april 1994 tot en met 31 maart 1996 ten aanzien van artikel 5 bepaalt: „Is vervallen”, gaat het naar het oordeel van de rechtbank te ver de rechtspositie van Huisman cs. ten aanzien van hun salaris vast te stellen op grond van de achter deze Uitvoeringsregeling opgenomen toelichting, die verwijst naar een eerdere Uitvoeringsregeling (bij de CAO-Z van 1 april 1990 tot en met 1992), zeker nu in genoemde toelichting ook nog abusievelijk melding wordt gemaakt van „CAO” in plaats van „Uitvoeringsregeling”. De daaruit voortvloeiende verwarring komt voor rekening van De Heel.

5.4 Artikel 3 van de Uitvoeringsregeling salariering (bij de CAO met een looptijd van 1 april 1994 tot en met 31 maart 1996) geeft aan op welke wijze de inschaling van werknemers

bij indiensttreding dan wel bij vervulling van een nieuwe functie dient plaats te vinden. Artikel 6 van deze Uitvoeringsregeling regelt de jaarlijkse periodieke salarisverhoging op grond van functiejaren, waarop door de werkgever slechts inbreuken mogen worden gemaakt in verband met de functievervulling, waarvan in de onderhavige zaak niet is gebleken. Nu het systeem van de CAO-Z en de Uitvoeringsregeling zoals blijkend uit genoemde bepalingen uitgaat van periodieke salarisverhoging op grond van functiejaren en, anders dan De Heel stelt, daaruit niet blijkt van een ongeclausuleerde bevoegdheid van de werkgever om rekening te houden met functiejaren en De Heel deze stelling ook overigens niet heeft onderbouwd met een verwijzing naar enige bepaling, gaat de rechtbank er vanuit dat op grond van de CAO-Z rekening gehouden moet worden met functiejaren. Huisman cs. kunnen derhalve rechten ontlenen aan de functionele schaal van functiegroep 55 van bijlage A, die een duidelijk onderscheid in salaris maakt, gerelateerd aan het aantal functiejaren.

5.5 Subsidiar voert De Heel aan dat Huisman cs. hun recht hebben verwerkt om zich tegen de inschaling te verzetten. Ook dit verweer wordt door de rechtbank verworpen. Niet is gebleken van de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij De Heel het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat Huisman cs. hun aanspraken niet meer geldend zouden maken hetzij De Heel in haar positie onredelijk wordt benadeeld nu Huisman cs. hun aanspraak alsnog geldend maken. Het feit dat Huisman cs. geen bezwaar tegen de inschaling, waarvan eind november/begin december 1995 mededeling is gedaan, hebben gemaakt en geen beroep de hardheidsclausule hebben gedaan zijn hiertoe onvoldoende. Immers, Huisman cs. hebben bij brief van 10 januari 1996 – enige weken na bekendmaking van de inschaling – en voorts bij brief van 26 augustus 1996 uitdrukkelijk blij gegeven van hun bezwaren tegen de inschaling en nota bene aangegeven opnieuw over deze kwestie te willen praten.

5.6 Meer subsidiair voert De Heel aan dat de vordering van Huisman cs. dient te worden afgewezen omdat het met de bonden op 30 januari 1996 gesloten Sociaal Statuut ten behoeve van het personeel van De Heel prevaleert boven de CAO-Z c.q. de Uitvoeringsregeling Salariering en dat het Sociaal Statuut als doel heeft de situatie van vóór 1 januari 1996 naadloos te laten aansluiten bij de situatie na 1 januari 1996. De rechtbank wijst ook dit verweer van de hand. Onweersproken is gesteld dat de betrokken CAO-bepalingen uit de CAO-Z op 1 januari 1996 algemeen verbindend zijn verklaard. Deze door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen hebben kracht van wet en kunnen dientengevolge niet door een, ten tijde van de geldingsduur van deze algemeen verbind-

dendverklaring, overeengekomen Sociaal Statuut (ook ingeval dit Statuut als een CAO moet worden aangemerkt) terzijde worden gesteld. Het systeem van het collectief arbeidsvoorwaardenrecht noodzaakt te rechtbank tot dit oordeel.

5.7 Nu uit de stukken niet blijkt wanneer de algemeen verbindendverklaring eindigt, overweegt de rechtbank het navolgende. Voor het geval De Heel als werkgever lid is van een werkgeversorganisatie die partij is bij de CAO-Z geldt dat de CAO-Z nawerking heeft tot de nieuwe CAO is afgesloten. De ervaringsjaren blijven tellen voor de hoogte van het salaris, tenzij tussen de werkgever en de werknemer individueel andere afspraken zijn gemaakt, waarvan in de onderhavige zaak niet is gebleken. Voor het geval De Heel geen lid is van een werkgeversorganisatie, die partij is bij de CAO-Z, vallen partijen terug op de laatstgeldende arbeidsvoorwaarden, die vanuit de CAO-Z op 1 januari 1996 zijn geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomsten van Huisman cs. Het vorenstaande brengt met zich dat in beide gevallen ook na het einde van de algemeen verbindendverklaring van de CAO-Z de inschaling van Huisman cs. dient plaats te vinden op basis van de ervaringsjaren.

5.8 De rechtbank is op grond van het vorengaande van oordeel dat de vordering van Huisman cs. alsnog dient te worden toegewezen. In de omstandigheden van dit geval ziet de rechtbank geen gronden aanwezig tot toekenning van de over het loon gevorderde wettelijke verhoging, zodat deze zal worden gematigd tot nihil. De wettelijke rente zal worden toegewezen vanaf de datum van de dagvaarding in eerste aanleg.

5.9 De vordering tot vergoeding van de buitengerechtelijke kosten zal worden afgewezen, nu Huisman cs. dit deel van de vordering niet hebben onderbouwd.

5.10 De Heel zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in beide instanties.

(enz.)

Cassatiemiddel:

Schending van het recht, inzonderheid art. 52 van de CAO voor het Ziekenhuiswezen en/of artt. 3 e.v. van de Uitvoeringsregeling salariering behorende bij die CAO, zoals deze golden op en omstreeks 1 januari 1996, inclusief de (gehandhaafde) toelichting op (het vervallen) Artikel 5, te lezen in samenhang met dat Artikel 5, zoals dit voorheen gold, dan wel verzuim van vormen waarvan het niet in acht nemen grond voor vernietiging vormt;

doordat de Rechtbank heeft overwogen als met name in *rov. 5.3, 5.4, 5.6 en 5.7* van het bestreden vonnis is verwoord, en (mede) op grond daarvan heeft beslist als in het dictum daarvan is omschreven;

ten onrechte en in strijd met het recht in verband met het navolgende.

Noch uit de CAO voor het Ziekenhuiswezen zelf noch uit de Uitvoeringsregeling salariering (zoals die op 1 januari 1996 golden) vloeit voort dat in een situatie als zich in casu voordeed, te weten een waarin die CAO van toepassing wordt door een privatiseringsoperatie en die CAO tot dan toepassing miste, indeling (in een FWG functiegroep) en inschaling (in een salarisschaal) van werknemers als Huisman c.s. moet geschieden met inachtneming van voorheen opgebouwde (zogenoemde) functie jaren. Art. 6 van de Uitvoeringsregeling, waarnaar de Rechtbank verwijst, maakt dat niet anders, betreft immers slechts de situatie van werknemers die reeds onder de vigour van de CAO voor het Ziekenhuiswezen op grond van die Uitvoeringsregeling eerder zijn ingedeeld en uit dien hoofde recht op „periodieken” hebben. Met name Artikel 3, lid 4, van de Uitvoeringsregeling salariering laat, in elk geval, de mogelijkheid open dat ondanks voorervaring bij een eerste toepassing van de Uitvoeringsregeling op het bij 0 functie jaren behorende bedrag uit de betrokken schaal wordt ingeschaald, althans op een lager bedrag dan overeenstemt met het daadwerkelijke aantal functie jaren; of op 0 functie jaren dan wel hoger wordt ingeschaald, staat bij de gekozen opzet, zeker in beginsel, ter beoordeling van de werkgever, en deze heeft dan ook in een geval als dit, waarvoor voorheen Artikel 5 een bijzondere regeling gaf, de mogelijkheid lager in te schalen dan de Rechtbank nodig heeft geoordeeld.

Geldt zulks reeds in het algemeen, het geldt a fortiori in een situatie als de onderhavige waarop art. 52 van de CAO voor het Ziekenhuiswezen van toepassing is. Dit artikel bepaalt:

„Voor werknemers, voorheen ambtenaren in de zin van de Algemeen Burgerlijk Pensioenwet, in dienst van gemeentelijke (psychiatrische) ziekenhuizen, gemeentelijk verpleeghuizen en de overige bij de NZf aangesloten ABP-zorginstellingen, voor wie de CAO-Ziekenhuiswezen van toepassing is geworden, gelden daarbij tevens de overgangsbepalingen die zijn opgenomen in regelingen die genoemde ABP-zorginstellingen met de werknemersorganisaties zijn overeengekomen.”

Zoals uit de stukken blijkt, is De Heel (met de betrokken bonden) een dergelijk geheel van overgangsbepalingen overeengekomen, en heeft zij haar verweer met name ook daarop gebaseerd. De Rechtbank heeft ten onrechte niet onderkend dat uit art. 52 voortvloeit dat die regeling voorrang heeft, voor zover de Uitvoeringsregeling salariering in de gegeven situatie al in beginsel zou nopen tot het resultaat waartoe de Rechtbank in het vonnis waarvan beroep is gekomen. De betekenis van het Sociaal Plan zoals die voortvloeit uit Artikel 52, wordt in *rov. 5.6* van het vonnis dan ook niet naar waarde geschat; met name miskent de Rechtbank in

die rechtsoverweging dat uit Artikel 52 voortvloeit dat in dit geval aan het Sociaal Statuut als *bijzondere* regeling op het hier van belang zijnde punt voorrang toekomt, althans kan toekomen.

Verder wordt in *rov.* 5.7 miskend dat de daar bedoelde „nawerking” niet kan optreden uit hoofde van het *enkele* feit dat De Heel lid zou zijn van een werkgeversorganisatie partij bij de CAO voor het Ziekenhuiswezen. Die nawerking treedt op ingevolge artt. 9, 12 en 13 Wet op de CAO en derhalve uitsluitend in de relatie van een *georganiseerde* werkgever tot diens *georganiseerde* werknemers.

Verder is onjuist, althans onbegrijpelijk dat, als De Heel geen lid is van de werkgeversorganisatie, partijen na afloop van de a.v.v. terugvallen op een situatie waarin inschaling „op basis van de ervaringsjaren” *moet* plaatsvinden, nu partijen immers uitdrukkelijk een regeling hebben getroffen waarbij *niet* van die ervaringsjaren werd uitgegaan en in zo’n geval partijen na ommekeer van de a.v.v. terugvallen op hetgeen daadwerkelijk tussen hen is overeengekomen, óók voor zover zulks, bij voorbeeld door een onjuiste inschaling, in strijd met de betrokken CAO zou zijn.

Conclusie A-G mr. Bakels:

1. Feiten en procesverloop

1.1. Deze zaak betreft de vraag of een ziekenhuis in het kader van een privatiseringsoperatie, waarbij de CAO voor het Ziekenhuiswezen (verder: CAO-Z) van toepassing werd op de arbeidsovereenkomsten met het reeds in dienst zijnde personeel, gehouden was bij de eerste salarisschaling conform die CAO, rekening te houden met de door de betrokken werknemers voordien opgebouwde ervaringsjaren.

1.2. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.¹

(a) De Heel exploiteert het ziekenhuis De Heel in Zaandam.

(b) Huisman c.s. waren allen per 1 januari 1996 meer dan tien jaren bij De Heel in dienst.

(c) Tot 1 januari 1996 was De Heel een zogenaamde B3-instelling.² Per 1 januari 1996 is De Heel overgegaan van de B3-status naar de CAO-Z. De overgang is geregeld in een daarvoor in overleg met de werknemersbonden speciaal opgesteld Sociaal Statuut.³

(d) Met ingang van 1 januari 1996 is op de arbeidsovereenkomst van Huisman c.s. de CAO-Z van toepassing geworden. Deze CAO is vanaf 1 januari 1996 in hun individuele arbeidsovereenkomsten geïncorporeerd.

(e) Huisman c.s. zijn bij inschaling naar de

maatstaven van de CAO-Z, ingedeeld in functiegroep 55. Bij die inschaling heeft De Heel geen rekening gehouden met de ervaringsjaren van Huisman c.s. Laatstgenoemden werden uitbetaald conform salarisschaal 26, hetgeen correspondeert met 0 ervaringsjaren.⁴

(f) Salarisschaal 26 geeft⁵ recht op een bruto-maandsalaris van f 4271.

1.3. Tegen deze achtergrond hebben Huisman c.s. de onderhavige procedure aanhangig gemaakt bij het kantongerecht te Zaandam en gevorderd, kort gezegd, om De Heel te veroordelen aan ieder van hen te betalen een salaris conform schaal 40 van de CAO-Z, neerkomende op een bedrag van f 5699 per maand. Huisman c.s. hebben daartoe gesteld dat De Heel bij de inschaling van hun salaris op basis van de CAO-Z rekening diende te houden met hun ervaringsjaren.

1.4. De Heel heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Zij stelde zich daartoe, voor zover in cassatie nog van belang, primair op het standpunt dat de werkgever bij de inschaling van zijn werknemers op grond van de CAO-Z, niet verplicht is rekening te houden met hun ervaringsjaren. Uit de tekst van en de toelichting op artikel 5 van de Uitvoeringsregeling salariering, die onderdeel uitmaakt van de CAO-Z (looptijd 1 april 1994 tot en met 31 maart 1996) volgt, aldus De Heel, dat de reeds in dienst zijnde medewerkers moeten worden ingeschaald op het niveau dat overeenstemt met hun op dat moment verdiende salaris, met dien verstande dat, indien dit salaris niet in de CAO-Z-salarisschaal voorkomt, inschaling in de naasthogere schaal plaatsvindt. Dit is bij Huisman c.s. gebeurd.

Subsidiair heeft De Heel zich beroepen op het Sociaal Statuut en gesteld dat dit Statuut, waarin het beginsel van privatisering op „netto-netto-basis” is vastgelegd (dat wil zeggen: in beginsel met gelijkblijvend salaris), gelijk moet worden gesteld met een CAO en prevaleert boven de CAO-Z.

1.5. De kantonrechter heeft op 4 september 1997 een tussenvonnis gewezen. Bij eindvonnis van 30 oktober 1997 zijn de vorderingen van Huisman c.s. afgewezen. De kantonrechter heeft daartoe overwogen dat het Sociaal Statuut moet worden aangemerkt als een CAO (*rov.* 7 tussenvonnis). Wat de maandelijkse salarisbetalingen betreft heeft het Sociaal Statuut als doel de situatie voor 1 januari 1996 (B-3-status) naadloos te laten aansluiten bij de situatie na 1 januari 1996 (CAO-Z). Waar in het Statuut geen melding gemaakt wordt van ervaringsjaren, moet ervan worden uitgegaan dat die bij de overgang naar het CAO-Z-salaris geen rol spelen (*rov.* 5 eindvonnis).

De regeling zoals neergelegd in het Sociaal Statuut is ten opzichte van eisers niet (kenne-

1. Vonnis van het kantongerecht te Zaandam van 30 oktober 1997, *rov.* 2.

2. Dat wil zeggen een instelling in de zin van artikel B3 van de Algemene Burgerlijke Pensioenwet. Zie hierover nader CvA nr. 3.

3. Prod. 2 bij CvA.

4. Deze inschaling heeft plaatsgevonden op basis van het hierna te noemen Sociaal Statuut.

5. Althans ten tijde van het instellen van de vordering.

lijk) onredelijk. De CAO-Z geeft een werkgever als De Heel de *mogelijkheid* rekening te houden met ervaringsjaren, maar een *verplichting* daartoe bevat die CAO niet (rov. 6 eindvonnis).

1.6. Tegen deze uitspraken hebben Huisman c.s. appel ingesteld bij de rechtbank te Haarlem. Zij hadden daarmee succes: de rechtbank heeft bij vonnis van 28 december 1999 de bestreden beslissingen vernietigd en De Heel alsnog veroordeeld om aan ieder der appellanten vanaf 1 januari 1996 een salaris te betalen conform schaal 40 van de CAO-Z. De rechtbank overwoog daartoe kort weergegeven als volgt.

(a) De rechtbank verwerpt het beroep van De Heel op artikel 5 van de Uitvoeringsregeling salariering bij de CAO-Z die gold van 1 april 1994 tot en met 31 maart 1996. Nu deze Uitvoeringsregeling ten aanzien van artikel 5 bepaalt: „Is vervallen”, is er onvoldoende reden om het salaris van Huisman c.s. vast te stellen op grond van de achter deze Uitvoeringsregeling opgenomen toelichting die weer verwijst naar een eerdere Uitvoeringsregeling, temeer nu in genoemde toelichting abusievelijk melding wordt gemaakt van de CAO in plaats van de Uitvoeringsregeling. De daaruit voortvloeiende verwarring komt voor rekening van De Heel (rov. 5.3).

(b) Het systeem van de CAO-Z en de Uitvoeringsregeling gaat uit van een periodieke salarisverhoging op grond van functiejaren. Anders dan De Heel stelt, blijkt daaruit niet van een ongeclausuleerde bevoegdheid van de werkgever om naar eigen inzicht rekening te houden met functiejaren van zijn werknemers. Daarom gaat de rechtbank er vanuit dat op grond van de CAO-Z rekening gehouden *moet* worden met functiejaren (rov. 5.4).

(c) De door de minister van SZW algemeen verbindend verklaarde CAO-Z heeft kracht van wet. Gedurende deze algemeen verbindendverklaring kan zij dientengevolge niet door een Sociaal Statuut terzijde worden gesteld, ook niet als dit Statuut als een CAO moet worden aangemerkt (rov. 5.6).

1.7. Tegen dit vonnis heeft De Heel tijdig⁶ cassatieberoep ingesteld. Huisman c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben hun onderscheiden standpunten door hun advocaten schriftelijk doen toelichten, De Heel onder overlegging van stukken. Namens De Heel is voorts nog gerepleeerd.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Het middel, dat niet is onderverdeeld in (als zodanig aangeduide) onderdelen, keert zich tegen de rov. 5.3, 5.4, 5.6 en 5.7 van het bestreden vonnis.

De eerste in het middel neergelegde klacht is gericht tegen rov. 5.3 en 5.4 en houdt in dat

6. De cassatiedagvaarding dateert van 8 maart 2000.

noch uit de CAO-Z zelf, noch uit de daarbij behorende Uitvoeringsregeling salariering (zoals die op 1 januari 1996 golden), voortvloeit dat als die CAO van toepassing wordt door een privatiseringsoperatie, de indeling en inschaling van werknemers moet geschieden met inachtneming van hun voorheen opgebouwde functiejaren. Artikel 6 van de Uitvoeringsregeling betreft, aldus nog steeds het middel, slechts de situatie van werknemers die al eerder zijn ingedeeld en ingeschaald onder die CAO op grond van die Uitvoeringsregeling. Artikel 3 lid 4 van de Uitvoeringsregeling laat, aldus het middel, in elk geval de mogelijkheid open dat een werknemer, ondanks voorervaring, bij eerste toepassing van de Uitvoeringsregeling op het bij 0 functiejaren behorende bedrag uit de betrokken schaal wordt ingeschaald.

2.2. De CAO-Z was in de periode waarom het hier gaat – 22 december 1994 tot en met 31 maart 1996 – algemeen verbindend verklaard.⁷ Dit brengt met zich mee dat zij in cassatie als recht in de zin van artikel 99 RO moet worden beschouwd.⁸

2.3. Bij de uitleg van een CAO zijn in beginsel van beslissende betekenis de bewoordingen daarvan (en van de eventueel daarbij behorende toelichting), gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst.⁹ Onlangs¹⁰ heb ik gesteld dat deze rechtspraak m.i. niet aldus moet worden verstaan, dat CAO's uitsluitend grammaticaal mogen worden uitgelegd. Die uitleg dient te geschieden overeenkomstig hetgeen naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de CAO en de toelichting is gesteld. Daarbij kan mede worden gelet op gezichtspunten zoals (i) de formuleringen die elders in het stuk worden gebruikt en (ii) de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.¹¹

2.4. De CAO-Z zoals die gold van 1 april

7. *Stcrt.* 1994, 245. Voordien was die CAO ook al een aantal perioden algemeen verbindend verklaard.

8. Voor de beantwoording van de vraag, met ingang van welk tijdstip een algemeen verbindend verklaarde CAO als recht in de zin van artikel 99 RO is te beschouwen, verwijs ik naar de conclusie van de A-G Mok voor HR 27 september 1991, *NJ* 1991, 788 sub 2.1. a tot en met d en de daar aangehaalde rechtspraak, alsmede naar dat arrest in rov. 3.2.

9. HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 en HR 24 september 1993, *NJ* 1994, 174.

10. In mijn conclusie voor HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473.

11. Zie inmiddels ook S.F. Sagel in: Grammaticale uitleg van CAO-bepalingen – een absoluut criterium? *Arbeidsrecht* 2000/1, blz. 23-29. Zie voorts HR 3 september 1999, *NJ* 1999, 734, waarin de bewoordingen van de CAO nu juist geen uitkomst boden, waarover ook A. Steg in *ArA* 2001/1 blz. 48.

1994 tot 31 maart 1996, kent geen bepalingen die specifiek regelen hoe werknemers die al in dienst waren toen zij voor het eerst onder de CAO-Z kwamen te vallen, moeten worden ingeschaald. Zo'n regeling bestond wel in een eerdere versie van de CAO die van 1 april 1990 tot 31 maart 1992 gold; deze regeling was neergelegd in artikel 5 van de bij de CAO behorende Uitvoeringsregeling salariering.¹² Deze bepaling hield kort gezegd in dat de werknemer het bedrag ging ontvangen van de bij zijn functie behorende salarisschaal dat overeenkwam met het salaris dat hij op het moment van toepassinglijk worden van de CAO verdiende, tenzij zo'n gelijk bedrag niet bestond, in welk geval hij het naasthogere bedrag uit die schaal ging verdienen. Zowel in de CAO die gold in de periode van 1 april 1992 tot 31 maart 1994 als in de – op het onderhavige geval toepasselijke – CAO die gold van 1 april 1994 tot 31 maart 1996, is bij artikel 5 van de Uitvoeringsregeling salariering echter vermeld: „Is vervallen”.

2.5. In de toelichting op de bepalingen van de Uitvoeringsregeling salariering is bij artikel 5 opgenomen:

„Is vervallen.

Voor die reeds in dienst zijnde werknemers die voor het eerst ingedeeld worden in de nieuwe (FWG-)salarisschaal gelden de bepalingen van artikel 5 van de CAO 1-4-1990 t/m 31-3-1992.”

De tekst van deze toelichting lijkt erop te duiden dat het vervallen artikel (niettemin) van toepassing blijft op reeds in dienst zijnde werknemers die voor het eerst worden ingedeeld, zij het dat de toelichting kennelijk abusievelijk verwijst naar artikel 5 van de CAO die gold in de periode van 1-4-1990 t/m 31-3-1992, in plaats van naar artikel 5 van de *Uitvoeringsregeling salariering* bij die CAO.

Maar als dat zo is, waarom is het artikel dan vervallen verklaard? Immers, op andere categorieën werknemers dan die voor het eerst in de FWG worden ingedeeld had het vervallen artikel geen betrekking. Op deze vraag geeft noch de tekst van de CAO, noch de toelichting een antwoord.

2.6. In de schriftelijke toelichting van mr. Duk¹³ wordt hiervoor wel een verklaring gegeven: de bepaling zou aanvankelijk vooral zijn bedoeld voor werknemers die al onder de CAO-Z vielen, maar van wie de functie nog niet conform de FWG was ingedeeld. Toen alle functies waren ingedeeld, zou artikel 5 vervallen zijn verklaard, maar door middel van de toelichting zijn gehandhaafd voor wat betreft werknemers die voor het eerst onder de CAO-Z kwamen te vallen.

Hoewel dit op zichzelf plausibel klinkt – zij het dat men zich kan blijven afvragen waarom het artikel dan toch niet gewoon is gehandhaafd

– kan dit betoog m.i. geen rol spelen bij de uitleg van de onderhavige CAO. Deze verklaring is immers niet kenbaar uit de tekst daarvan of uit de daarbij behorende toelichting.

Mr. Duk heeft bij zijn schriftelijke toelichting bovendien nog een aantal stukken overgelegd waaruit zou moeten blijken dat aan de toelichting op de CAO-bepalingen dezelfde status moet worden toegekend als aan die bepalingen zelf. Maar ook deze stukken kunnen m.i. bij de uitleg van de onderhavige CAO geen rol spelen, reeds omdat zij betrekking hebben op de bedoelingen van de CAO-sluitende partijen.

2.7. De rechtbank heeft in verband met deze onduidelijkheden geoordeeld, dat het vervallen artikel 5 van de Uitvoeringsregeling salariering buiten beschouwing moet worden gelaten. Ik acht die benadering juist. De Heel behoort verweerders in cassatie niet met succes een vervallen artikel van een Uitvoeringsregeling te kunnen tegenwerpen dat, via een niet in duidelijkheid uitblinkende toelichting, tóch op de rechtsverhouding tussen partijen van toepassing blijkt te zijn. Een andere opvatting zou mijns inziens onaanvaardbaar afbreuk doen aan de rechtszekerheid, c.q. de bescherming van derden die bij de totstandkoming van de CAO geen partij zijn geweest. Deze belangen stonden de Hoge Raad klaarblijkelijk voor ogen toen hij besliste dat voor de uitleg van een CAO in beginsel de bewoordingen daarvan van beslissende betekenis zijn, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst.

2.8. Dit betekent dat voor wat betreft de rechtspositie van reeds in dienst zijnde werknemers die voor het eerst onder de CAO gaan vallen, teruggesproken moet worden op hetgeen in de overige – niet-vervallen – artikelen van die CAO en de daarbij behorende Uitvoeringsregeling salariering is neergelegd. Het stelsel van deze CAO en de Uitvoeringsregeling, naar objectieve maatstaven uitgelegd, bevat dienaangaande echter aanwijzingen in verschillende richtingen.

Uitgangspunt kan zijn het volgende artikel uit die Uitvoeringsregeling:

Artikel 3 lid 4:

„De werknemer, voor wie de functionele schaal geldt, wordt op het bij 0 functiejaar vermeld bedrag uit die schaal, dan wel, indien zijn al dan niet elders verkregen ervaring daartoe aanleiding geeft, op een hoger bedrag uit die schaal ingeschaald.”

Deze bepaling dient in samenhang te worden gelezen met artikel 6 van de Uitvoeringsregeling, waarin is geregeld dat werknemers die onder de CAO vallen, jaarlijks een salarisverhoging binnen de aanloop- of functionele schaal wordt toegekend.

2.9. Uit deze artikelen volgt dat binnen het systeem van de CAO, rekening wordt gehouden met ervaringsjaren. Van het jaarlijks toekennen van een periodieke verhoging kan op grond van artikel 6 lid 2 van de Uitvoeringsregeling salariering slechts worden afgezien, indien de toe-

12. Overgelegd als productie 7 bij CvD in eerste aanleg.

13. Nr. 2.

passing van een systeem van personeelsbeoordeling dat gebaseerd is op de uitgangspunten zoals opgenomen in het Statuut Sociaal Beleid van de CAO, daartoe naar het oordeel van de werkgever aanleiding geeft (met andere woorden: als de werkgever een systeem van prestatiebeloning hanteert).

Uit artikel 3 lid 4 van de CAO volgt voorts dat een eerste inschaling op het bij 0 functiejaar vermeld bedrag, de standaard is. Maar onduidelijk is of hier sprake is van aan de werkgever toekomende *bevoegdheid* om van de standaardinschaling bij 0 functiejaar af te wijken of van een op hem rustende *verplichting* om die standaard – behoudens bijzondere omstandigheden – te volgen.

Als taalkundig argument voor het eerste standpunt kan gelden dat, als van een verplichting sprake was, het artikel eenvoudigweg had kunnen bepalen dat inschaling plaatsvindt met inachtneming van de reeds opgebouwde ervaringsjaren. Het argument neemt overigens in gewicht af naarmate het redactioneel vermogen van partijen geringer is; de ervaringen dienaangaande geven geen aanleiding tot groot optimisme.

Als taalkundig argument voor het laatste standpunt – dat de werkgever in beginsel gehouden is rekening te houden met ervaringsjaren – kan worden gewezen op het imperatief gestelde woord „wordt”: „De werknemer (...) wordt (...) ingeschaald.”

2.10. Ik meen echter dat men deze discussie kan laten voor wat zij is omdat deze bepalingen niet specifiek betrekking hebben op het onderhavige geval, waarin de *op de instelling zelf* (het ziekenhuis) voor het eerst het systeem van de FWG van toepassing wordt. In de Uitvoeringsregeling salariëring is een bepaling opgenomen die betrekking heeft op een vergelijkbare – zij het anderssoortige – overgangssituatie, te weten artikel 4 sub D lid 2. In dat artikel is bepaald wat rechtens is als door een herindeling¹⁴ een hogere functiegroep van kracht wordt op een bepaalde functie. Kort gezegd en voorzover thans van belang, luidt die regeling dat in dat geval de salarisschalen behorend bij de hogere functiegroep van toepassing worden, terwijl bij de vaststelling van het salaris uit die nieuwe schaal ten minste het bedrag wordt toegekend dat overeenkomt met het salaris dat gold per de eerste van de kalendermaand, volgend op het indelingsbesluit. Wanneer dat bedrag niet in de nieuwe salarisschaal voorkomt, dan geldt het naasthogere bedrag van die schaal.

2.11. Ten gevolge deze regeling blijft, in een overgangssituatie als daarin bedoeld, het salaris zoveel mogelijk gelijk. Meer in het bijzonder houdt deze regeling *niet* in dat de werknemer in de nieuwe salarisschaal steeds, of althans als uitgangspunt, recht heeft op toekenning van de

door hem opgebouwde ervaringsjaren. Deze regeling geeft dus niet een onmiddellijk – sprongsgewijs – voordeel voor de betrokken werknemer, maar leidt er in de regel wel toe dat de werknemer uiteindelijk in een betere positie komt te verkeren omdat in een hogere functiegroep het maximumsalaris hoger ligt (en waarschijnlijk de jaarlijkse „stappen” groter zijn).

2.12. Deze regeling stemt overeen met het vervallen artikel 5 van de Uitvoeringsregeling. Hierboven heb ik betoogd dat dit vervallen artikel in de onderhavige overgangssituatie niet rechtstreeks beslissend is. Dit neemt niet weg dat het feit dat het in eerdere versies van de CAO was opgenomen, wel betekenis kan hebben voor de uitleg van de CAO naar objectieve maatstaven. Uit de tekst van de CAO volgt immers niet dat inmiddels andere inzichten zijn ontstaan met betrekking tot dergelijke overgangssituaties. Alle overgangssituaties die in deze en eerdere versies van de CAO-Z wel met zoveel woorden geregeld zijn, gaan uit van inpassing van het salaris in de nieuwe schaal, waarbij dit zoveel mogelijk gelijk blijft (het systeem van de naadloze overgang). Doorberekening van ervaringsjaren vindt in beginsel niet plaats, tenzij alleen daardoor die naadloze overgang tot stand kan worden gebracht. Daarom verdient de door De Heel aan de onderhavige bepaling gegeven uitleg mijns inziens naar objectieve maatstaven de voorkeur. Daarbij valt in aanmerking te nemen het stelsel van de onderhavige CAO en de daarbij behorende Uitvoeringsregeling ten aanzien van overgangssituaties en de gevolgen waartoe de door beide partijen verdedigde uitleggingen respectievelijk lijden, mede gelet op hetgeen in de onderhavige bedrijfstak klaarblijkelijk als gebruikelijk en redelijk wordt gezien. Dit betekent dat de eerste klacht van het middel naar mijn mening gegrond is.

2.13. Toegegeven kan worden dat deze uitleg ongunstig is voor de betrokken fysiotherapeuten. Zij verdienen kennelijk al jaren veel minder dan hun bij andere instellingen werkzame collega's die toen al wél onder de CAO-Z vielen.¹⁵ Ik meen echter dat aan deze omstandigheid geen beslissende betekenis kan toekomen voor de uitleg van de onderhavige CAO.

2.14. Bij gegrondbevinding van de eerste klacht kan de Hoge Raad de zaak zelf afdoen door, met vernietiging van het bestreden vonnis, de door de kantonrechter gewezen uitspraak alsnog te bekrachtigen. De overige klachten van het middel behoeven in mijn visie geen behandeling. Volledigheidshalve zal ik toch daarop ingaan.

2.15. Het middel vervolgt met een klacht gericht tegen rov. 5.6 van het vonnis, waarin de rechtbank het beroep van De Heel op het So-

14. Verwezen wordt naar het zogenaamde FWG-functieboek I Algemeen, hoofdstuk 4, welk document niet bij de stukken is gevoegd.

15. Uit het dossier valt af te leiden dat deze situatie al geruime tijd voor de overstap naar de CAO-Z aanleiding was tot conflicten tussen de fysiotherapeuten en de directie van De Heel.

ciaal Statuut heeft verworpen. Het middel doet daartoe een beroep op de tekst van artikel 52 van de CAO-Z. De Heel heeft deze klacht echter bij repliek moeten intrekken, nu van de zijde van Huisman c.s. terecht was aangevoerd dat de versie van het artikel waarop De Heel zich beroept, in de van toepassing zijnde CAO-Z nog niet was opgenomen. Dit betekent dat in cassatie niet aan de orde behoefte te komen wat de status van het Sociaal Statuut is.

2.16. De derde klacht richt zich tegen rov. 5.7 waar de rechtbank – overigens zonder dat aan die kwestie door partijen aandacht was besteed – heeft geoordeeld dat de bepalingen van de CAO-Z ook van toepassing blijven in de perioden waarin de CAO-Z haar algemeen verbindende status mocht verliezen. De klacht houdt in dat „nawerking” niet kan optreden uit hoofde van het enkele feit dat De Heel lid zou zijn van een werkgeversorganisatie die partij is bij de CAO voor het ziekenhuiswezen. Die nawerking treedt ingevolge artt. 9, 12 en 13 van de Wet op de CAO uitsluitend op in de relatie van een georganiseerde werkgever tot diens georganiseerde werknemers. Verder is volgens de klacht onjuist, dat als De Heel géén lid is van een werkgeversorganisatie, partijen na afloop van de a.v.v. terugvallen op een situatie waarin inschaling „op basis van de ervaringsjaren” moet plaatsvinden. Partijen hebben immers uitdrukkelijk een regeling getroffen waarin niet van die ervaringsjaren werd uitgegaan. In zo’n geval vallen zij na ommekomst van de a.v.v. terug op hetgeen daadwerkelijk tussen hen is overeengekomen.

2.17. De bepalingen van een CAO waarvan de geldigheidstermijn verstrijkt, blijven van toepassing tussen de leden van partijen bij die CAO, de georganiseerde werkgevers en de georganiseerde werknemers, totdat daarvoor een nieuwe CAO danwel een andere nieuwe partijregeling in de plaats treedt. Maar een CAO die krachtens een a.v.v. tussen partijen van toepassing wordt, heeft in beginsel geen nawerking. Hierdoor kan een jojo-effect optreden, omdat CAO’s steeds afwisselend wel en niet algemeen verbindend verklaard plegen te zijn.¹⁶

De Hoge Raad¹⁷ oordeelde dat een op basis

16. HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 348. Zie over de nawerking van CAO’s S.F. Sagel, Nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen: een evenwichtige oplossing, *SMA* nr. 11/12 1996, blz. 663-667. In dit artikel komt ook aan de orde een arrest van de Hoge Raad waaruit volgt dat de inhoud van de CAO in periodes waarin die CAO niet algemeen verbindend is verklaard, een rol kan spelen bij de uitleg van de arbeidsovereenkomst in het kader van hetgeen partijen over en weer van elkaar mogen verwachten. Zie voorts R. v.d. Water, Nawerking van CAO-bepalingen, *SR* nr. 12 1999 blz. 308-310.

17. HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 420 m.nt. PAS.

van de CAO toegekende suppletieverplichting bij arbeidsongeschiktheid voor de duur van 24 maanden, doorliep ook nadat de CAO – op enig moment gedurende die 24 maanden – zijn algemeen verbindend verklaring had verloren. Uit die uitspraak kan worden afgeleid dat tijdens de algemeen verbindendverklaring verworven rechten geëerbiedigd moeten worden, ook nadat de algemeen verbindendverklaring is afgelopen.¹⁸

2.18. In het licht van deze rechtspraak meen ik dat de wijze waarop de overgang naar de CAO-Z heeft plaatsgevonden gedurende de periode van algemeen verbindendverklaring, na afloop van die algemeen verbindendverklaring niet meer gewijzigd kan worden. De inschaling is immers, nadat zij eenmaal heeft plaatsgevonden, een voldongen feit waardoor de rechtspositie van partijen tegenover elkaar wordt bepaald. Het Sociaal Statuut, waarop De Heel volgens de klacht zou willen terugvallen, is daarentegen naar haar aard slechts gericht op de overgangssituatie, die inmiddels met inachtneming van de CAO-Z zijn invulling heeft gekregen. Voor toepassing van het Sociaal Statuut op een later moment dan op het overgangsmoment zelf, is geen plaats. De tegen rov. 5.7 gerichte klacht faalt daarom naar mijn mening.

3. Conclusie

Deze strekt tot vernietiging van de bestreden uitspraak en tot bekrachtiging van het door de kantonrechter gewezen vonnis, met veroordeling van De Heel in de kosten van de cassatie en het hoger beroep.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerders in cassatie – verder te noemen: Huisman c.s. – hebben bij exploit van 20 maart 1997 eiseres tot cassatie – verder te noemen: De Heel – gedagvaard voor de Kantonrechter te Zaandam en gevorderd bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. Te verklaren voor recht dat de bepalingen van de CAO voor het Ziekenhuiswezen vanaf 1 januari 1996 deel uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomsten van eisers;

2. De Heel te veroordelen ieder der eisers vanaf 1 januari 1996 te betalen conform de salarisschaal 40 van de CAO voor het Ziekenhuiswezen, neerkomende op een bedrag van f 5699 bruto per maand, althans conform een salaris-

18. In zijn annotatie bij dit arrest merkt Stein terecht op dat het niet altijd even duidelijk is welke rechten onder verworven rechten moeten worden geschaard en welke niet. Zie ook C.G. Boot, Hoge Raad Beenen/Vanduho: nawerking toegekend aan de algemeen verbindend verklaring? *SR* 1994 nr. 7/8, blz. 199-203. Boot beoogt dat de nawerking zoals aangenomen in het arrest betrekking heeft op alle reeds geldende primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden.

schaal door de Kantonrechter in goede justitie nader te bepalen, deze bedragen te verminderen met hetgeen De Heel vanaf 1 januari 1996 tot aan de dag van het in deze te wijzen vonnis aan ieder der eisers zal blijken te hebben voldaan, en

3. De Heel voorts te veroordelen tot betaling van de wettelijke verhoging van 50% ex art. 7A:1638q (oud) BW over het verschil tussen het bedrag dat zij aan ieder der eisers op het moment van wijzen van het vonnis blijkt te hebben voldaan en het bedrag dat zij op basis van het onder punt 2 van het petitum gevorderde zal blijken te moeten voldoen, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze bedragen vanaf 1 januari 1996 tot de dag der voldoening en te vermeerderen met de buitengerechtelijke kosten over eerder genoemde bedragen te berekenen volgens het NOVA-tarief.

De Heel heeft de vorderingen bestreden.

Na een tussenvonnis van 4 september 1997 heeft de Kantonrechter bij eindvonnis van 30 oktober 1997 de vordering van eisers afgewezen.

Tegen beide vonnissen hebben Huisman c.s. hoger beroep ingesteld bij de Rechtbank te Haarlem. Bij memorie van grieven hebben Huisman c.s. hun eis gewijzigd en vermeerderd. De Heel heeft voorwaardelijk incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij vonnis van 28 december 1999 heeft de Rechtbank, rechtdoende in hoger beroep, beide vonnissen van de Kantonrechter vernietigd en opnieuw rechtdoende:

– De Heel veroordeeld ieder der appellanten vanaf 1 januari 1996 te betalen conform salarisschaal 40 van de CAO voor het Ziekenhuiswezen, neerkomend op een bedrag van f 5699 bruto per maand, onder aftrek van hetgeen De Heel vanaf 1 januari 1996 tot aan de dag van dit vonnis aan ieder der appellanten zal blijken te hebben voldaan;

– De Heel veroordeeld tot betaling van de wettelijke rente over voornoemde maandbedragen vanaf 20 maart 1997, telkens te rekenen vanaf de datum waarop deze verschuldigd zijn geworden tot aan de dag der algehele voldoening;

– de wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW tot nihil gematigd, en

– het meer of anders gevorderde afgewezen.
(...)

2. Het geding in cassatie

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal F.B. Bakels strekt tot vernietiging van de bestreden uitspraak en tot bekrachtiging van het door de Kantonrechter gewezen (eind)vonnis, met veroordeling van Huisman c.s. in de kosten van de cassatie en het hoger beroep.

De advocaat van Huisman c.s. heeft bij brief van 28 maart 2002 op de conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De Heel exploiteert het ziekenhuis De Heel in Zaandam.

(ii) Huisman c.s. waren allen als fysiotherapeut per 1 januari 1996 meer dan tien jaren bij De Heel in dienst.

(iii) Tot 1 januari 1996 was De Heel een zogenaamde B3-instelling. Per 1 januari 1996 is De Heel overgegaan van de B3-status naar de CAO voor het Ziekenhuiswezen (CAO-Z). De overgang is geregeld in een daarvoor in overleg met de werknemersbonden speciaal opgesteld Sociaal Statuut.

(iv) Met ingang van 1 januari 1996 is op de arbeidsovereenkomst van Huisman c.s. de CAO-Z van toepassing geworden. Deze CAO is vanaf 1 januari 1996 in hun individuele arbeidsovereenkomst geïncorporeerd.

(v) Huisman c.s. zijn bij inschaling naar de maatstaven van de CAO-Z ingedeeld in functiegroep 55. Bij de inschaling van het salaris van Huisman c.s. heeft De Heel geen rekening gehouden met de ervaringsjaren van Huisman c.s. Zij worden uitbetaald conform salarisschaal 26, hetgeen correspondeert met nul ervaringsjaren.

(vi) Salarisschaal 26 geeft recht op een brutomaandsalaris van f 4271.

3.2. Huisman c.s. vorderen in dit geding, kort gezegd, betaling van 1 januari 1996 af van een salaris conform schaal 40 van de CAO-Z, waarbij wel met hun ervaringsjaren wordt rekening gehouden, hetgeen neerkomt op een brutosalaris van f 5699 per maand. De Heel heeft zich daartegen onder meer verweerd met het betoog dat de werkgever bij de inschaling van de werknemers op grond van de CAO-Z niet verplicht is rekening te houden met hun ervaringsjaren.

3.3. De Kantonrechter heeft de vorderingen van Huisman c.s. afgewezen. De Kantonrechter heeft daartoe onder meer overwogen (rov. 6) dat de positieverbetering die Huisman c.s. voorstaan niet afdwingbaar is, omdat de CAO-Z een werkgever als De Heel de mogelijkheid geeft rekening te houden met ervaringsjaren, maar een verplichting daartoe niet bevat.

3.4. De Rechtbank heeft het vonnis van de Kantonrechter vernietigd en De Heel alsnog veroordeeld om aan Huisman c.s. van 1 januari 1996 af een salaris te betalen conform schaal 40 van de CAO-Z. De Rechtbank heeft daartoe, samengevat en voorzover in cassatie van belang, het volgende overwogen.

a. De Rechtbank verworpt het beroep van De Heel op de toelichting op het reeds vervallen art. 5 van de Uitvoeringsregeling salariering bij de CAO-Z met een looptijd van 1 april 1994 tot en met 31 maart 1996, waarin wordt verwezen naar art. 5 van de Uitvoeringsregeling salariering bij de CAO-Z met een looptijd van 1 april 1990 tot en met 1992. Nu de eerstgenoemde Uitvoeringsregeling ten aanzien van art. 5 bepaalt: „Is vervallen”, gaat het te ver het sala-

ris van Huisman c.s. vast te stellen op grond van de achter deze Uitvoeringsregeling opgenomen toelichting, die verwijst naar een eerdere Uitvoeringsregeling, zeker nu in genoemde toelichting ook nog abusievelijk melding wordt gemaakt van „CAO” in plaats van „Uitvoeringsregeling”. De daaruit voortvloeiende verwarring komt voor rekening van De Heel (rov. 5.3).

b. Nu het systeem van de CAO-Z en de Uitvoeringsregeling (art. 3 en 6) uitgaat van periodieke salarisverhoging op grond van functiejaar en, anders dan De Heel stelt, daaruit niet blijkt van een ongeclausuleerde bevoegdheid van de werkgever om rekening te houden met functiejaar, terwijl De Heel haar andersluidende standpunt niet heeft onderbouwd met een verwijzing naar een bepaling, gaat de Rechtbank ervan uit dat op grond van de CAO-Z rekening moet worden gehouden met functiejaar. (rov. 5.4).

c. Het beroep van De Heel op het Sociaal Statuut heeft de Rechtbank verworpen. De op 1 januari 1996 algemeen verbindend verklaarde betrokken CAO-bepalingen uit de CAO-Z hebben kracht van wet en kunnen niet door een Sociaal Statuut terzijde worden gesteld, ook niet als dit Statuut als een CAO moet worden aangemerkt (rov. 5.6).

3.5. Het middel betoogt in de eerste plaats dat de Rechtbank heeft miskend dat noch uit de CAO-Z zelf noch uit de Uitvoeringsregeling salariering (verder: de Uitvoeringsregeling), zoals die op 1 januari 1996 golden, voortvloeit dat in een situatie als zich hier voordoet, te weten een waarin die CAO van toepassing wordt door een privatiseringsoperatie en die CAO tot dan toepassing miste, indeling (in een FWG functiegroep) en inschaling (in een salarisschaal) van werknemers als Huisman c.s. moeten geschieden met inachtneming van voorheen opgebouwde (zogenoemde) functiejaar. Art. 6 van de Uitvoeringsregeling, waarnaar de Rechtbank verwijst, maakt dat niet anders. Die bepaling betreft immers slechts de situatie van werknemers die reeds onder de vigour van de CAO voor het Ziekenhuiswezen op grond van die Uitvoeringsregeling eerder zijn ingedeeld en uit dien hoofde recht op „periodieken” hebben. Met name art. 3 lid 4 van de Uitvoeringsregeling laat, in elk geval, de mogelijkheid open dat ondanks voorervaring bij een eerste toepassing van de Uitvoeringsregeling op het bij 0 functiejaar behorende bedrag uit de betrokken salarisschaal wordt ingeschaald, althans op een lager bedrag dan overeenstemt met het daadwerkelijke aantal functiejaar; of op 0 functiejaar dan wel hoger wordt ingeschaald, staat bij de gekozen opzet, zeker in beginsel, ter beoordeling van de werkgever, en deze heeft dan ook in een geval als dit, waarvoor voorheen art. 5 een bijzondere regeling gaf, de mogelijkheid lager in te schalen dan de Rechtbank nodig heeft geoordeeld.

3.6. Bij de beoordeling van dit betoog wordt

vooropgesteld dat het hier gaat om de uitleg van CAO-bepalingen die algemeen verbindend verklaard zijn en derhalve recht in de zin van art. 79 RO vormen. Voorts geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de bepalingen van de CAO en de daarbij behorende Uitvoeringsregeling in beginsel de bewoordingen daarvan en eventueel van de daarbij behorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, van doorslaggevende betekenis zijn (vgl. HR 17 september 1993, nr. 15 064, *NJ* 1994, 173). Daarbij komt het niet aan op de bedoelingen van de partijen bij de CAO, voorzover deze niet uit de CAO-bepalingen en de toelichting kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de CAO en de toelichting zijn gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.

3.7. De onderhavige CAO en Uitvoeringsregeling bevatten sinds het vervallen van art. 5 van de Uitvoeringsregeling bij de vorige CAO geen uitdrukkelijke regeling voor een overgangssituatie als de onderhavige, waarbij – thans als gevolg van een privatiseringsoperatie – de werknemers voor de eerste maal voor de toepassing van de CAO moesten worden ingedeeld in een functiegroep en vervolgens in een bij die functiegroep behorende salarisschaal. De op 1 januari 1996 geldende Uitvoeringsregeling bepaalt in art. 3 lid 4 dat de werknemer, voor wie de functionele schaal geldt, wordt ingedeeld op het bij 0 functiejaar vermelde bedrag uit die schaal, dan wel, indien zijn al dan niet elders verkregen ervaring daartoe aanleiding geeft, op een hoger bedrag uit die schaal. Deze bepaling dient te worden gelezen in samenhang met art. 6 van de Uitvoeringsregeling, waarin is voorzien in jaarlijks binnen de geldende schaal toe te kennen periodieke salarisverhogingen. De bewoordingen van deze artikelen geven geen uitsluitel bij de beantwoording van de vraag of, zoals door Huisman c.s. bepleit, aan art. 3 lid 4 in die zin imperatieve betekenis toekomt dat de werkgever ook in een geval als het onderhavige verplicht is met (al dan niet elders verkregen) ervaring op de door hen voorgestane wijze rekening te houden, dan wel of de werkgever in een overgangssituatie als de onderhavige de mogelijkheid heeft met die ervaring geen rekening te houden, zoals De Heel betoogt. De in art. 3 lid 4 gekozen bewoordingen laten minst genomen de uitleg toe dat inschaling met inachtneming van functiejaar niet dwingend is voorgeschreven. Het in art. 6 neergelegde systeem van periodieke verhogingen geldt blijkens de tweede zin van lid 1 van dat artikel „na indiensttreding dan wel bevordering tot een functie welke is ingedeeld in een hogere functiegroep”, en houdt geen regeling in voor het geval van reeds bij een instelling werk-

zame werknemers op wie voor het eerst de CAO-Z van toepassing wordt.

3.8. De Rechtbank heeft weliswaar met juistheid geoordeeld dat De Heel zich niet rechtstreeks kan beroepen op het vervallen art. 5 van de vroegere Uitvoeringsregeling, noch op de daarop gegeven toelichting die als volgt luidt: „Voor die reeds in dienst zijnde werknemers die voor het eerst ingedeeld worden in de nieuwe (FWG-)salarisschaal gelden de bepalingen van de CAO 1-4-1990 t/m 31-3-1992.” (waarbij als gevolg van een kennelijke vergissing is vermeld „CAO” in plaats van „Uitvoeringsregeling”). Dat neemt echter niet weg dat de – door de van een toelichting voorziene vermelding van de vervallenverklaring kenbare – omstandigheid dat in de vroegere Uitvoeringsregeling een afzonderlijk artikel ten aanzien van overgangssituaties als de onderhavige was opgenomen, een bij de uitlegging in aanmerking te nemen aanwijzing vormt. De evenbedoelde toelichting en art. 5 van de vroegere Uitvoeringsregeling, waarnaar in die toelichting wordt verwezen, maken duidelijk dat bij het voor het eerst van toepassing worden van het functiewaarderingsstelsel op reeds in dienst zijnde werknemers is gekozen voor een regeling waarbij het voorheen verdiende salaris wordt ingepast in de nieuwe schaal, waarbij dit zoveel mogelijk gelijk blijft en een sprongsgewijze salarisverhoging wordt vermeden. Dit betreft een enigszins andere overgangssituatie dan thans aan de orde, waarbij op de reeds in dienst zijnde werknemers voor het eerst de CAO-Z van toepassing wordt, zodat op hen om die reden voor het eerst het functiewaarderingsstelsel moet worden toegepast. Er is echter geen reden de vermelde bepalingen van art. 3 lid 4 en art. 6 het door Huisman c.s. bepleite imperatieve karakter toe te kennen en deze bepalingen, in afwijking van het eerder voor een vergelijkbare situatie gekozen stelsel, aldus uit te leggen dat deze zouden verplichten tot een sprongsgewijze verbetering van het salaris van de betrokkenen. Aldus wordt ook aangesloten bij nog weer een andere, zij het vergelijkbare, overgangsregeling, te weten die waarin door een herindeling van de functiegroepen ten aanzien van een reeds in dienst zijnde werknemer een hogere functiegroep van kracht wordt. Dienaangaande wordt in art. 4 onder D.2 van de Uitvoeringsregeling op soortgelijke wijze voorzien in een aansluiting bij het geldende salarisoniveau, waardoor een sprongsgewijze salarisverbetering wordt voorkomen.

3.9. Een en ander leidt tot de slotsom dat art. 3 lid 4 van de Uitvoeringsregeling aldus moet worden uitgelegd, dat deze bepaling De Heel niet ertoe verplichtte Huisman c.s. bij het van toepassing worden van de CAO-Z in te delen in een salarisschaal waarin met hun ervaringsjaren rekening wordt gehouden. Het middel is in zoverre gegrond en behoeft voor het overige geen behandeling. De Hoge Raad kan de zaak afdoen door met vernietiging van het

vonnis van de Rechtbank en het eindvonnis van de Kantonrechter te bekrachtigen.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het vonnis van de Rechtbank te Haarlem van 28 december 1999;

bekrachtigt het vonnis van de Kantonrechter te Zaandam van 30 oktober 1997;

veroordeelt Huisman c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van De Heel begroot op € 167,90 aan verschotten en € 585 voor salaris;

veroordeelt Huisman c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van De Heel begroot op € 331,83 aan verschotten en € 1590 voor salaris.

Nr. 111

HOGE RAAD

28 juni 2002, nr. C01/012HR

(Mrs. G.G. van Erp Taalman Kip-Nieuwenkamp, J.B. Fleers, D.H. Beukenhorst, A. Hammerstein, P.C. Kop; A-G Spier; m.nt. G.J.J. Heerma van Voss)

RvdW 2002, 117

JOL 2002, 392

Uitleg algemeen verbindend verklaarde CAO: maatstaf. Horeca-CAO: begrip „hulpkracht”.

Bij de uitleg van de bepalingen van een CAO die algemeen verbindend is verklaard en derhalve recht vormt in de zin van art. 79 RO geldt als uitgangspunt dat de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Dit betekent echter niet – de woorden „in beginsel” duiden daarop – dat bij het bepalen van inhoud en strekking van een CAO-bepaling onder alle omstandigheden alleen gelet mag worden op de letterlijke (grammaticale) betekenis van de bewoordingen. Indien de bedoeling van partijen bij de CAO naar objectieve maatstaven volgt uit de CAO-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest kenbaar is, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend. De Rechtbank heeft een juiste uitleg gegeven aan het in de Horeca-CAO gebezigde begrip „hulpkracht” met haar oordeel dat het hierbij gaat om scholieren en studenten die in hun vrije tijd willen bijverdienen.

Eisers tot cassatie zijn in de periode 1992-1996 in dienst geweest bij Motel Akersloot. Op dit dienstverband waren van toepassing de drie in deze periode geldende, elkaar opeenvolgende en telkens algemeen verbindend verklaarde

CAO's voor het horeca- en aanverwante bedrijf. Deze CAO's kenden als bijzondere categorie werknemers de „hulpkracht”. In de van 1 april 1993 tot 1 april 1995 geldende CAO is de hulpkracht omschreven als: „de werknemer die uitsluitend tijdens de vakanties van het dagonderwijs en/of op vrijdag vanaf 17.00 uur en/of op zaterdag en/of zondag die werkzaamheden uitvoert die zijn ingedeeld in de functiegroep I, II of III”. De daarvoor en daarna geldende CAO's bevatten een vergelijkbare definitie. Vaststaat dat de werkzaamheden van eisers tot cassatie vielen onder functiegroep III. Inzet van de onderhavige procedure is de vraag of eisers tot cassatie gedurende het dienstverband uitsluitend werkzaam zijn geweest als hulpkracht in de zin van de CAO's en diensgevolge slechts recht hadden op het wettelijk minimumloon. Eisers tot cassatie bestrijden dat en voeren daartoe onder meer aan dat zij niet uitsluitend binnen de in de CAO's voor hulpkrachten voorgeschreven werktijden hebben gewerkt. Zij stellen zich op het standpunt dat zij in dienst zijn geweest als vaste medewerkers met een part-time dienstverband en daarom aanspraak hebben op het voor parttimers geldende CAO-loon. De Rechtbank heeft dit standpunt verworpen.

In cassatie gaat het om de vraag of de Rechtbank een onjuiste uitleg heeft gegeven aan het begrip „hulpkracht” in de CAO's. In het middel wordt betoogd dat de Rechtbank ten onrechte bij die uitleg niet is uitgegaan van de in de definitie gebezigde bewoordingen, doch betekenis heeft toegekend aan de ratio van de regeling voor hulpkrachten, dat het woord „uitsluitend” geen ruimte laat voor de door de Rechtbank aanvaarde incidentele afwijkingen van de voorgeschreven werktijden en dat, gelet op een aantal andere bepalingen van de CAO's waarin gedetailleerde en strikte begrenzingen zijn opgenomen, de CAO-partners dergelijke afwijkingen niet hebben gewild.

Bij de beoordeling van deze rechtsklacht wordt het volgende vooropgesteld. De onderhavige CAO's zijn algemeen verbindend verklaard en vormen derhalve recht in de zin van art. 79 RO. In de onderdelen wordt terecht ervan uitgegaan dat bij de uitleg van de bepalingen van een dergelijke CAO de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Anders dan in de onderdelen wordt betoogd, betekent dit echter niet – de woorden „in beginsel” duiden daarop – dat bij het bepalen van inhoud en strekking van een CAO-bepaling onder alle omstandigheden alleen gelet mag worden op de letterlijke (grammaticale) betekenis van de bewoordingen. Indien de bedoeling van de partijen bij de CAO naar objectieve maatstaven volgt uit de CAO-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest kenbaar is, kan ook daar-

aan bij de uitleg betekenis worden toegekend. (Vgl. HR 17 september 1993, NJ 1994, 173).

Gelet op het in de definitie van „hulpkracht” gebezigde woord „vakantiewerker” en op de daarin vermelde, bij het dagonderwijs aansluitende, werktijden en in aanmerking genomen dat de salariëring van hulpkrachten beperkt blijft tot het minimumloon, heeft de Rechtbank terecht geoordeeld dat het hierbij gaat om een aparte regeling voor scholieren en studenten die in hun vrije tijd iets willen bijverdienen. Ook juist is het oordeel van de Rechtbank dat deze, uit de CAO-bepalingen zelf volgende, strekking meebrengt dat het woord „uitsluitend” in de definitie van hulpkracht niet naar de letter moet worden opgevat en dat ook bij een incidentele inzet buiten de voorgeschreven werktijden nog sprake kan zijn van een als hulpkracht te beschouwen werknemer. De Rechtbank heeft zich daarbij terecht rekenschap gegeven van de begrenzing die moet worden aangebracht tussen de mogelijke inzet van parttimers en die van hulpkrachten en de daaruit voortvloeiende beperking met betrekking tot die inzet.

(BW art. 7:610, 616. 625; RO art. 79)

1. Maurice Jean Pierre Buijsman, en
2. Rogier Alphons Hubertus Johannes Elsenburg, beiden te Amsterdam, eisers tot cassatie, adv. mr. D.M. de Knijff,

tegen

Motel Akersloot B.V., te Akersloot, verweerder in cassatie, adv. mr. R.A.A. Duk.

Rechtbank:

De behandeling van de zaak

1. Tussen partijen staat, mede op basis van hetgeen de kantonrechter onbestreden heeft vastgesteld, onder meer het volgende vast:

a) Buijsman en Elsenburg zijn in de periode vanaf februari 1992 – en reeds voordien – tot respectievelijk september en augustus 1996 in dienstbetrekking werkzaam geweest bij Motel Akersloot als medewerkers in de bediening. De door hen uitgeoefende werkzaamheden vallen onder functiegroep III van na te noemen CAO.

b) Op het dienstverband is – kortweg aangeduid – de Horeca-CAO van toepassing.

c) Na afloop van het dienstverband is tussen partijen een geschil ontstaan met betrekking tot de hoogte van het salaris – naar inschaling als part-time medewerker dan wel als hulpkracht – waarop Buijsman c.s. over bovengenoemde periode aanspraak konden maken.

d) De periode waarover de nabetaling aan loon wordt gevorderd valt grotendeels in het tijdvak dat werd bestreken door de Horeca-CAO 1993/1995 (1 april 1993-1 april 1995). In de in deze periode toepasselijke CAO wordt in artikel 9 de aanspraak op loon van de werknemer met een part-time dienstverband omschreven als het toepasselijk schaalessalaris per week gedeeld door 38 en vermenigvuldigd met het aan-

tal overeengekomen te werken uren per week.

Het begrip *hulpkracht* wordt in deze CAO als volgt omschreven:

De werknemer, die uitsluitend als vakantie-werker tijdens de vakanties van het dagonderwijs en/of op vrijdag vanaf 17.00 uur en/of op zaterdag en/of op zondag die werkzaamheden uitvoert, die behoren tot een bedrijfsfunctie die is ingedeeld in functiegroep I, II of III.

De CAO met een hieraan voorafgaande looptijd (vanaf 1 april 1991) en de latere CAO (vanaf 1 april 1995) kennen dezelfde begrippen, maar de eerdere CAO kende in de beschrijving van de mogelijke werktijden van de hulpkracht niet de vrijdag, terwijl de latere CAO nog een toevoeging behelst ten aanzien van een vaste (andere) dag in de week vanaf 17.00 uur.

2. De kernvraag in dit geschil betreft de vraag of Buijsman c.s. in dienst zijn geweest als hulpkrachten of als part-time medewerkers.

De *eerste grief* van Motel Akersloot richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter omtrent deze kernvraag.

De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis overwogen, dat sprake is geweest van een langdurig dienstverband (meerdere jaren) waarin Buijsman c.s. vrijwel alle weekenden en vakantieperiodes bij Motel Akersloot werkzaam waren volgens een tevoren vastgesteld werkrooster, terwijl zij voorts zogenaamde „wijklopers” waren, die zelfstandig verantwoordelijk waren voor de bediening van en afrekening met gasten aan een vast aantal tafels en het afrekenen van de door hen op een dag gemaakte omzet.

De kantonrechter heeft uit deze feiten en omstandigheden afgeleid, dat sprake was van een vast part-time dienstverband in de functie van medewerker bediening, functiegroep III. Dit leidt tot de slotsom, dat Motel Akersloot over de gevorderde periode een te laag bruto salaris heeft betaald.

3. De rechtbank stelt voorop, dat partijen het eens zijn over de ratio van een aparte regeling voor hulpkrachten in de CAO. Het gaat hier om scholieren of studenten die in de weekenden en/of schoolvakanties iets willen bijverdienen en derhalve niet voor hun levensonderhoud afhankelijk zijn van een baan in de horeca.

Motel Akersloot heeft onweersproken gesteld, dat Buijsman c.s. aldus in dienst zijn getreden en bij haar weten aldus in dienst zijn gebleven.

Naar het oordeel van de rechtbank kunnen de bovengenoemde door de kantonrechter vastgestelde omstandigheden niet leiden tot de conclusie dat sprake is van een part-time dienstverband. Immers, zowel de beschreven werktijden (weekends en vakantieperiodes) als de beschreven werkzaamheden (vallend onder functiegroep III) passen naadloos in de definitie van het begrip hulpkracht, terwijl een vastgesteld rooster hieraan evenmin afdoet als een langere duur van het dienstverband.

Nu deze eindbeslissing van de kantonrechter

terecht door Motel Akersloot is bestreden, heeft de rechtbank op basis van het debat in beide instanties te onderzoeken hoe meergenoemde kernvraag dient te worden beantwoord.

4. De rechtbank neemt hiertoe allereerst in aanmerking dat niet is gesteld of gebleken, dat tussen Motel Akersloot enerzijds en Buijsman respectievelijk Elsenburg anderzijds een aantal per week te werken arbeidsuren als bedoeld in rechtsoverweging 1d overeengekomen is. De rechtbank begrijpt de hieronder weergegeven stellingen echter aldus, dat sprake zou zijn van een in de praktijk gegroeide situatie waarin Buijsman c.s. op enig moment geacht moeten worden een part-time dienstverband te zijn aangegaan. Buijsman c.s. hebben zich ter onderbouwing van hun standpunt beroepen op de omstandigheid, dat zij vast iedere week werkten op zaterdagen en zondagen – de drukste dagen van de week – en reeds geruime tijd tevoren plachten te worden ingeroosterd. Zoals hierboven overwogen vormt een – in zoverre – vast rooster op zich geen doorslaggevende omstandigheid, aangezien naar de begripsomschrijving van de toepasselijke CAO zowel een werknemer met een part-time dienstverband als een hulpkracht vast kan zijn ingeroosterd op zaterdagen en zondagen.

Voorts hebben Buijsman c.s. aangevoerd, dat zij niet uitsluitend binnen de voor hulpkrachten voorgeschreven werktijden hebben gewerkt. Hiertoe hebben Buijsman c.s., onder verwijzing naar de over deze periode overgelegde werkbriefjes, gesteld dat zij regelmatig op vrijdagen vanaf 12.00 uur hebben gewerkt, te weten Buijsman omstreeks tweemaal per maand en Elsenburg omstreeks eenmaal per maand, terwijl zij daarnaast meermalen hebben gewerkt op een andere dag buiten het weekeinde dan de vrijdag. Als gevolg hiervan, zo stellen Buijsman c.s., wordt niet voldaan aan de in de CAO opgenomen definitie van de hulpkracht, aangezien deze „uitsluitend” binnen de onder 1d weergegeven werktijden wordt ingezet.

Naar het oordeel van de rechtbank vloeit uit de ratio van de onderhavige CAO-bepaling (de definitie van de hulpkracht) niet een strikt grammaticale uitleg voort als door Buijsman c.s. voorgestaan. Dit zou immers betekenen, dat reeds een incidentele inzet van een vakantie-werker op een dag of tijdstip buiten de in de CAO opgenomen werktijden direct tot gevolg heeft een wijziging van arbeidsovereenkomst, inhoudende salariëring als vaste part-time medewerker in plaats van als hulpkracht.

Anderzijds moet worden aangenomen, dat de CAO-partners welbewust en herhaald in meerdere CAO's een begrenzing hebben willen aanbrengen tussen de mogelijke inzet van parttimers en hulpkrachten door deze laatste groep „uitsluitend” binnen omschreven werktijden te plaatsen.

Derhalve komt het aan op de vraag of een eventuele afwijking van de voorgeschreven

werktijden nog incidenteel genoemd kan worden.

De rechtbank beantwoordt die vraag in de onderhavige zaak bevestigend.

Wat betreft andere weekdagen dan de vrijdag blijkt uit de door Buijsman c.s. in het geding gebrachte bescheiden dat deze niet dan uiterst incidenteel buiten de vakantieperioden vallen. Meer aandacht verdient de vrijdag als werkdag. Uit de overgelegde bescheiden met betrekking tot de jaren 1995 en 1996 blijkt onweersproken, dat Buijsman op omstreeks 2 dagdelen per maand en Elsenburg op omstreeks 1 dagdeel per maand buiten de voorgeschreven werktijden – vóór 17.00 uur – heeft gewerkt. De rechtbank neemt in aanmerking, dat deze dagdelen uiteraard ten dele in de vakantieperioden vallen. De rechtbank neemt voorts in aanmerking, dat de overige arbeidstijd binnen de voorgeschreven werktijden valt te stellen op 5 dagdelen per week (vrijdag na 17.00 uur + zaterdag + zondag) te vermeerderen met de werkdagen in vakantieperioden.

Naar het oordeel van de rechtbank kan de weergegeven afwijking wat betreft Buijsman – en derhalve zonder meer ook wat betreft Elsenburg – nog als incidenteel worden aangemerkt.

Er is dan ook geen sprake van een in de praktijk gegroeide situatie waarin Buijsman c.s. op enig moment geacht moeten worden een part-time dienstverband te zijn aangegaan.

5. Buijsman heeft in hoger beroep nog naar voren gebracht, dat zijn indiensttreding valt te stellen op oktober 1986, in een periode waarin de toepasselijke CAO het begrip hulpkracht niet kende, maar slechts de begrippen „vaste en losse dienst”. Deze stelling is strijdig met de in eerste aanleg door Buijsman overgelegde bescheiden waaronder diens schriftelijke verklaring en overgelegde loonspecificaties welke laatste als datum van indiensttreding 1 januari 1990 vermelden.

In hoger beroep heeft Buijsman het gelaten bij een blote stelling zonder enige onderbouwing met betrekking tot gesloten overeenkomst(en) of gewerkte tijden, laat staan een concreet bewijsaanbod, hetgeen in hoger beroep wel op zijn weg had gelegen. De rechtbank zal aan deze nieuwe stelling daarom voorbijgaan.

6. Gelet op het bovenstaande leidt het slagen van de eerste grief tot vernietiging van het bestreden tussenvonnissen, nu Buijsman c.s. ten onrechte aanspraak hebben gemaakt op salariëring als werknemer met een vast part-time dienstverband.

De overige grieven behoeven geen bespreking meer.

De vorderingen van Buijsman c.s. vinden alle hun basis in de hierboven verworpen stelling met betrekking tot het verschil tussen het CAO-loon als werknemer met een vast part-time dienstverband enerzijds en feitelijk betaald loon als hulpkracht anderzijds. De rechtbank zal de zaak derhalve zelf afdoen door deze vorderingen af te wijzen. Buijsman c.s. zullen als

de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van beide instanties.

(enz.)

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid met zich brengt, omdat het hof heeft overwogen en beslist als vermeld in het arrest waarvan beroep, ten onrechte, om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang te beschouwen redenen:

Inleiding

Het gaat in deze zaak om een loonvordering. Eisers in cassatie (Buysman c.s.) zijn in de periode van februari 1992 tot september respectievelijk augustus 1996 in deeltijd bij verweerder (Motel Akersloot B.V.) als medewerker in de bediening werkzaam zijn geweest. Buysman c.s. zijn door Motel Akersloot ingedeeld als „hulpkracht” – als gedefinieerd in de Horeca-CAO's, van toepassing in de periode dat zij bij Motel Akersloot in dienst zijn geweest – en hebben overeenkomstig die indeling steeds het wettelijk minimum loon ontvangen.

De Horeca-CAO, zoals van kracht tijdens het dienstverband van Buysman c.s., is algemeen bindend verklaard. De definitie van „hulpkracht” in de Horeca-CAO, zoals die in deze relevante periode heeft gegolden, luidt als volgt:

Horeca-CAO 1 januari 1992-1 april 1993

artikel 1 § 2:

„8. *hulpkracht*: de werknemer, die uitsluitend als vakantiewerker tijdens de vakanties van het dagonderwijs en/of uitsluitend op zaterdag en/of op zondag die werkzaamheden uitvoert, die zijn vermeld in de groepsindeling van de functiegroep I, II en III in artikel 4B § 2.”

Horeca-CAO 1 januari 1993-1 april 1995; verlengd tot 1 april 1996

artikel 2 lid 4C:

„*hulpkracht*: de werknemer die uitsluitend als vakantiewerker tijdens de vakantie van het dagonderwijs en/of uitsluitend op vrijdag vanaf 17.00 uur en/of zaterdag en/of zondag die werkzaamheden uitvoert, die behoren tot een bedrijfsfunctie die is ingedeeld in functiegroep I, II en III.”

Horeca-CAO 1 januari 1996-1 april 1997

artikel 1 lid 4C:

„*hulpkracht*: de werknemer, die uitsluitend als vakantiewerker tijdens de vakantie van het dagonderwijs en/of uitsluitend op vrijdag vanaf 17.00 uur en/of zaterdag en/of zondag die werkzaamheden uitvoert, die behoren tot een bedrijfsfunctie die is ingedeeld in functiegroep I, II en III. Daarnaast kunnen per bedrijf op een vaste dag in de week hulpkrachten worden ingezet vanaf 17.00 uur. Die vaste dag wordt bepaald in overleg tussen werkgever en werknemers in het bedrijf.”

Tussen Motel Akersloot en Buysman c.s. is

na 1 april 1996 niet overeengekomen dat zij een vaste dag per week vanaf 17.00 uur zouden worden ingezet, terwijl zij in de periode vanaf dat tijdstip tot aan het einde van hun dienstverband – en ook in de periode gelegen tussen de indiensttreding en 1 april 1996 – op doorde-weekse dagen, waaronder ook vrijdagen vóór 17.00 uur, zijn ingezet. Buysman c.s. hebben gesteld dat zij aldus buiten de voor „hulpkrachten” vastgestelde werktijden hebben gewerkt en daarom moeten worden ingedeeld als parttime-medewerker. Zij hebben aanspraak gemaakt op betaling van het bij die indeling behorende hogere loon, te vermeerderen met de verhoging als bedoeld in art 7:625 BW en de wettelijke rente.

I Klacht

In r.o. 3 van het vonnis stelt de Rechtbank voorop, dat partijen het eens zijn over de ratio van een aparte regeling voor hulpkrachten in de CAO. Het gaat hier, aldus wordt vervolgens overwogen, om scholieren of studenten die in de weekenden en/of schoolvakanties iets willen bijverdienen en derhalve niet voor hun levensonderhoud afhankelijk zijn van een baan in de horeca, waarna de Rechtbank overweegt dat Motel Akersloot onweersproken heeft gesteld dat Buysman c.s. aldus in dienst zijn getreden.

Met het vooropstellen van de ratio, zoals vermeld, is de Rechtbank uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Voor de uitleg van de bepalingen van de CAO zijn de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst in beginsel van doorslaggevende betekenis (zie HR 17 september 1993 N.J. 1994, 173 en HR 24 september 1993, N.J. 1994, 174). De Rechtbank had de ratio niet bij haar overwegingen (in r.o. 3 en 4) voorop mogen stellen, maar moeten uitgaan van de bewoordingen van de onderhavige – duidelijke en maar voor één uitleg vatbare – CAO-bepaling.

Voorts is het rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk, om voor het aannemen van de ratio bepalend te achten dat partijen het daar over eens zijn. Het gaat bij de vaststelling van de ratio van enigerlei rechtsregel of (algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeids)overeenkomst niet om een feitelijke vaststelling aan de hand van hetgeen partijen al dan niet over en weer hebben gesteld, erkend of weersproken, maar om een wijze van rechtsvinding. De Rechtbank had dienen te motiveren dat en waarom de ratio of de strekking van de genoemde CAO-bepaling tot afwijking noopt van het hiervoor genoemde uitgangspunt dat de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn, althans had moeten motiveren dat en waarom in dit geval de bewoordingen van die CAO-bepaling niet van doorslaggevende betekenis zijn (en vervolgens moeten motiveren op grond waarvan in dit geval een ratio kan worden aangenomen in de zin als door de Rechtbank vermeld).

Uitwerking en toelichting

Voorts is de vaststelling door de Rechtbank dat partijen het eens zijn over bedoelde ratio onbegrijpelijk omdat niet uit enige stelling van Buysman c.s. blijkt dat zij die ratio hebben onderschreven. In de brief van 3 februari 2000, gericht aan raadsman van Buysman c.s., door hen bij memorie van antwoord overgelegd als produktie 3, wordt door J. Krabbe namens de FNV Horecabond in de zevende alinea gesteld dat „(de) ratio achter de aparte regeling is dat het vaak studenten of scholieren zijn die in het weekend of in de schoolvakanties iets bij willen verdienen” en dat „zij dus niet voor hun levensonderhoud afhankelijk (zijn) van een baan in de horeca.” Buysman c.s. hebben in par. 2.9 memorie van antwoord naar deze brief verwezen en hebben in dat verband gesteld dat in die brief wordt bevestigd hetgeen zij menen aan de hand van de in par. 2.7 van die memorie van antwoord aan de orde gestelde werkbrieftjes, te hebben aangetoond, namelijk dat „zij ook *buiten* de voor hulpkrachten geldende werktijden hebben gewerkt en om die reden niet gekwalificeerd kunnen worden als hulpkracht in de zin van de CAO” en dat zij „dan ook steeds werkzaam geweest (zijn) als „parttime-medewerker” in de zin van de diverse Horeca-CAO’s”. Buysman c.s. hebben aldus alleen verwezen naar de bevestiging in deze brief (zie daarvan de achtste en negende alinea) dat uit de onderzochte werkbrieftjes blijkt dat Buysman c.s. hebben gewerkt buiten de tijden, zoals die – in de derde en vierde alinea van die brief weergegeven CAO-bepalingen – door de partijen bij die CAO zijn vastgesteld. De Rechtbank had daaruit niet mogen afleiden dat Buysman c.s. de in die brief vermelde ratio hebben onderschreven. Voor zover de Rechtbank heeft bedoeld zulks af te leiden uit hetgeen Buysman c.s. bij repliek (in par. 2.4) hebben gesteld, is ook dat onbegrijpelijk nu zij daarin slechts hebben gesteld dat hulpkrachten, jonge mensen, veelal scholieren, zijn die voor een korte periode een bijbaantje hebben. Daarin kan niet worden gelezen dat Buysman c.s. hebben verdedigd dat de ratio achter de definitie in meer genoemde CAO-bepaling zou zijn een onderscheid te maken tussen werknemers die niet voor hun levensonderhoud afhankelijk zijn van een baan in de horeca en werknemers die dat wél zijn.

Onbegrijpelijk in dat verband is voorts de oweging dat Buysman c.s. „aldus” in dienst zijn getreden, voor zover daarmee door de Rechtbank wordt bedoeld dat Buysman c.s. als scholieren en student niet voor hun levensonderhoud van een baan in de horeca afhankelijk zijn. Motel Akersloot heeft bij dupliek (zie par. 5) alleen gesteld „niet anders (te weten) dan dat Buysman en Elsenburg studenten waren, die naast hun studie uitsluitend op zaterdag en zondag als bijbaan in de bediening werkzaamheden hebben verricht” en voorts bij grieven (zie par. 5) dat zij gedurende hun schooltijd/studie „nagenoeg uitsluitend tijdens de va-

kanties en/of op de zaterdagen als hulpkracht in de bediening werkzaam zijn geweest". Motel Akersloot heeft pas bij akte uitlating produkties (zie daarvan par. 3) verwezen naar de ratio, zoals vermeld in eerder genoemde brief, stellende dat studenten en/of scholieren niet voor hun levensonderhoud afhankelijk zijn van een baan in de horeca en dat zulks ook voor Buysman c.s. geldt. Buysman c.s. hebben op deze stelling niet kunnen reageren en de Rechtbank mocht er niet vanuit gaan dat Buysman c.s. die stelling niet hebben weersproken, terwijl het voorts een feit van algemene bekendheid is dat studenten veelal voor hun levensonderhoud wél (althans in grote mate) afhankelijk zijn van een baan naast hun studie, zodat ook om die reden onbegrijpelijk is dat de Rechtbank heeft overwogen dat zulks bij Buysman c.s. niet het geval was.

II Klacht

De Rechtbank komt in r.o. 3 tot het oordeel dat de door de Kantonrechter vastgestelde omstandigheden, zoals door de Rechtbank vermeld in r.o. 2 van het vonnis, niet tot de conclusie leiden dat sprake is van een parttime dienstverband omdat „zowel de beschreven werktijden (weekenden en vakantieperioden) als de beschreven werkzaamheden (vallende onder functiegroep III) naadloos (passen) in de definitie van het begrip hulpkracht, terwijl een vastgesteld rooster hieraan evenmin afdoet als een langere duur van het dienstverband." Aan het slot van r.o. 3 komt de Rechtbank tot de slotsom dat Motel Akersloot de eindbeslissing van de Kantonrechter terecht heeft bestreden en overweegt zij voorts dat zij de kernvraag – zijn Buysman c.s. als parttime medewerkers in dienst geweest – opnieuw dient te worden beantwoord.

De Kantonrechter heeft in r.o. 3 van zijn vonnis overwogen „dat er sprake was van een langdurig dienstverband (meerdere jaren) waarin Buysman en Elsenburg vrijwel alle weekenden en vakantieperioden bij Motel Akersloot werkzaam waren volgens een tevoren vastgesteld werkrooster." De Kantonrechter heeft relevant geacht dat Buysman c.s. gedurende meerdere jaren vrijwel alle weekenden en vakantieperioden werkzaam waren, waarmee onmiskenbaar niet is bedoeld dat zij *uitsluitend* in de weekenden en vakantieperioden werkzaam waren. Dit blijkt ook uit r.o. 1 eerste gedachtestreepje van het vonnis waarin de Kantonrechter overweegt dat beiden „grotendeels in de weekenden en vakanties" werkzaam waren.

De Rechtbank heeft, door te overwegen dat de beschreven werktijden (weekends en vakantieperioden) naadloos passen in de definitie van voornoemde CAO-bepaling van het begrip hulpkracht, blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van de definitie van genoemde CAO-bepaling, althans deze overweging is onbegrijpelijk nu de – door de Kantonrechter – beschreven werktijden niet zijn *uitsluitend* weekends en vakantieperioden,

maar ook vielen buiten die perioden.

Voor zover de verwerping van de omstandigheid van een vast rooster en van de langere duur van het dienstverband is gebaseerd op de hiervoor genoemde, en in het onderdeel van de eerste klacht bestreden uitgangspunt, geldt dat ook die verwerping rechtens onjuist is, althans niet met redenen omkleed.

III Klacht

In de vierde alinea van r.o. 4 komt de Rechtbank tot het oordeel dat uit de ratio van onderhavige CAO-bepaling niet een strikt grammaticale uitleg voortvloeit als door Buysman c.s. voorgestaan, omdat zulks zou betekenen dat reeds een incidentele inzet van een vakantiewerker op een dag of tijdstip buiten de CAO opgenomen werktijden direct tot gevolg heeft een wijziging van de arbeidsovereenkomst, inhoudende salariëring als vaste parttime medewerker in plaats van hulpkracht. De Rechtbank overweegt anderzijds dat de CAO-partners welbewust en herhaald in meerdere CAO's een begrenzing hebben willen aanbrengen op zijn parttimers en hulpkrachten door deze laatste groep „uitsluitend" binnen de omschreven werktijden te plaatsen. Het komt volgens de Rechtbank erop aan of een eventuele afwijking van de voorgeschreven werktijden nog incidenteel genoemd kan worden.

Door aldus te overwegen geeft de Rechtbank blijk van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van de definitie in de onderhavige CAO van het begrip hulpkracht. Zoals hiervoor in de eerste klacht al is toegelicht, zijn de bewoordingen van de onderhavige CAO-bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis. In de onderhavige bepaling blijkt uit het woord „uitsluitend" onmiskenbaar dat de werktijden dat de hulpkracht (aldus als vakantiewerker) kan worden ingezet strikt zijn beperkt tot de vakanties in het dagonderwijs en/of uitsluitend op zaterdagen en/of zondagen en – vanaf 1 april 1993 – en/of vrijdagen vanaf 17.00 uur, terwijl ook de uitbreiding die de partijen bij de CAO vanaf 1 april 1996 zijn overeengekomen – een vaste, vooraf overeen te komen, dag per maand vanaf 17.00 uur – blijk geeft van een gedetailleerde, strikte begrenzing. Die gedetailleerde, strikte begrenzing blijkt ook uit andere definities en bepalingen in de CAO, zoals de definitie van het begrip dienstverband (zie art. 1 lid 6 van de CAO april 1996-1997), van het begrip nachtdienst (in lid 8; „minimaal 7,6 uur"), van erkende feestdagen, de bepaling omtrent de normale en maximale arbeidstijd voor verschillende categorieën medewerkers, de regeling voor arbeidstijdverkorting (in art. 6) en de vakantie-regeling (in art. 7). Voorts valt in dit verband te wijzen op het minimumkarakter van deze CAO (zoals verwoord in art. 2 lid 6 daarvan) en de bepaling dat zonder ontheffing door de Landelijke Bedrijfscommissie voor het Horecabedrijf de

bepalingen van de CAO „onverkort” van kracht blijven (zie art. 2 lid 7).

De onderhavige CAO-bepaling, gelezen in het licht van de tekst van de gehele CAO, met name in het licht van de zojuist genoemde overige bepalingen, laat geen andere lezing toe dan dat de CAO-partners niet hebben gewild dat van die bepaling – ook niet incidenteel – wordt afgeweken en dat, zouden de CAO-partners de mogelijkheid van incidentele afwijkingen wel hebben gewild, zij deze uitdrukkelijk – en even gedetailleerd als de al eerder genoemde uitbreiding – zouden hebben geregeld door te bepalen dat hulpkrachten ook incidenteel buiten de voorgeschreven werktijden mogen worden ingezet en daarbij tevens zouden hebben aangegeven wat door de werkgever nog als incidenteel mag worden beschouwd.

Zonder een omliggende begrenzing van de werktijden voor hulpkrachten is de beoordeling van hetgeen als incidenteel moet worden beschouwd afhankelijk van de omstandigheden van het geval – zo wordt ook bevestigd in het vervolg van r.o. 4 waar de Rechtbank in aanmerking neemt dat in het onderhavige geval de dagdelen waarop is gewerkt ten dele vallen in de vakantieperiode en voorts in aanmerking neemt dat de overige arbeidstijd valt te stellen op vijf dagdelen per week – en werkgevers kunnen met het oog op de lagere loonkosten hulpkrachten buiten de aangegeven werktijden inzetten om vervolgens – daarop aangesproken door betrokken werknemers – die inzet maar al te gemakkelijk als een incident af te doen.

De CAO geeft een regeling omtrent arbeidsvoorwaarden „bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen”, aldus art. 1 Wet CAO en het is eveneens in strijd met het doel en strekking van die wet – het delegeren van regelgeving op het gebied van arbeidsovereenkomsten met behoud van een zo groot mogelijke mate van rechtszekerheid ten behoeve van de werknemer – indien wordt afgeweken van de duidelijke bevoordelingen van een CAO-bepaling.

Gezien het voorgaande heeft de Rechtbank terecht overwogen dat de CAO-partners welbewust en herhaald een begrenzing hebben willen aanbrengen. De Rechtbank had op grond daarvan – anders dan zij thans heeft gedaan – moeten overwegen dat een incidentele inzet van een vakantiewerker op een dag of tijdstip buiten de in de CAO opgenomen werktijden direct een wijziging van diens arbeidsovereenkomst tot gevolg heeft, inhoudende salariëring als vaste parttime medewerker in plaats van als hulpkracht, zoals dat door Buysman c.s. is gevorderd.

IV Klacht

In de slotalinea's van r.o. 4 komt de Rechtbank tot de conclusie dat in het onderhavige geval de afwijking van de voorgeschreven werktijden als incidenteel kan worden aangemerkt. De Rechtbank komt tot deze conclusie op grond van de hiernavolgende overwegingen.

De Rechtbank leidt eerst uit de overgelegde bescheiden met betrekking tot de jaren 1995 en 1996 af dat de weekdagen waarop Buysman c.s. hebben gewerkt „niet dan uiterst incidenteel buiten de vakantieperioden vallen”. Niet blijkt welke dagen dan buiten die vakantieperioden vallen, terwijl evenmin wordt aangegeven dat Buysman en Elsenburg op die dagen vakantie genoten, althans blijkt niet wat in dit verband door de Rechtbank als vakantieperiode – die immers regionaal verschilt en evenmin voor alle dagopleidingen (middelbaar onderwijs, HBO of universiteit) hetzelfde zijn – wordt opgevat. Aldus wordt geen inzicht gegeven in de gevolgde gedachtegang en is deze overweging onbegrijpelijk. Dit geldt ook voor de overweging dat de dagdelen die op vrijdag voor 17.00 uur vielen „uiteraard ten dele in de vakantieperiode vielen”, terwijl bovendien de inzet op twee dagdelen respectievelijk één dagdeel per maand gedurende door de Rechtbank aangegeven periode niet als incidenteel, maar eerder als structureel moet worden aangemerkt.

Voorts zien de werkbriefjes die Buysman c.s. in eerste instantie (en bij memorie van antwoord) hebben overgelegd ter adstructie van hun stelling dat zij buiten bedoelde werktijden zijn ingezet, alleen op de periode maart 1995-augustus respectievelijk september 1996 en Buysman c.s. hebben zich voor de perioden vóór maart 1995 voor die adstructie moeten baseren op een reconstructie van de gewerkte dagen omdat zij niet over de werkbriefjes over die voorafgaande periode beschikken (zie par. 3.5 repliek). Buysman c.s. hebben in dat verband gesteld dat die werkbriefjes zich in de administratie van Motel Akersloot (moeten) bevinden en dat op Motel Akersloot de bewijslast rust terzake van de gewerkte uren/dagen (zie par. 2.5 dagvaarding, par. 3.5, 3.7 en 7.2 repliek en meer uitvoerig par. 4.1-4.16 memorie van antwoord). De Kantonrechter heeft overwogen dat op Motel Akersloot de bewijslast rust terzake van het aantal gewerkte uren/dagen (zie r.o. 6 van diens vonnis). De daartegen door Motel Akersloot gericht grieve heeft de Rechtbank verder onbesproken gelaten (zie r.o. 6).

Aldus heeft de Rechtbank ten onrechte bij de beantwoording van de vraag of de in het onderhavige geval de afwijking van bedoelde werktijden als incidenteel moet worden beschouwd, geen acht geslagen op de periode voor maart 1995 en is de Rechtbank voorbij gegaan aan een essentiële stelling van Buysman c.s. en heeft de Rechtbank ook de devolutieve werking van het appel miskend. Aldus is ook onbegrijpelijk het oordeel dat „de weergegeven afwijking wat betreft Buysman – en derhalve zonder meer ook wat betreft Elsenburg – nog als incidenteel (kan) worden aangemerkt”, omdat indien óók de periode voor maart 1995 in aanmerking wordt genomen, die inzet niet anders dan als structureel moet worden aangemerkt.

Conclusie A-G mr. Spier:**1. Feiten**

1.1. Voorzover in cassatie nog van belang kan in deze zaak worden uitgegaan van het volgende. Hetgeen onder 1.2 en 1.3 is weergegeven is aldus vastgesteld door de Rechtbank in haar in cassatie bestreden vonnis. Het onder 1.4 en 1.5 vermelde is ontleend aan de CAO's die ik heb doen opvragen.

1.2. Buijsman en Elsenburg zijn in de periode februari 1992 tot respectievelijk september en augustus 1996 in dienstbetrekking werkzaam geweest bij Akersloot. Zij waren dat trouwens ook eerder al.

1.3. Op dit dienstverband was steeds van toepassing de CAO voor het horeca- en aanverwante bedrijf (hierna: de Horeca CAO). De door Buijsman en Elsenburg uitgeoefende werkzaamheden vielen onder functiegroep III van deze CAO.

1.4. De Rechtbank heeft vastgesteld dat tijdens de in 1.2 genoemde periode drie opeenvolgende Horeca-CAO's hebben gegolden. In deze CAO's is het begrip „hulpkracht” achtereenvolgens als volgt gedefinieerd:

Horeca-CAO 1 april 1991-1 april 1993¹:

Artikel 1 § 2, Definities, onder 8

de werknemer, die uitsluitend als vakantiewerker tijdens de vakanties van het dagonderwijs en/of uitsluitend op zaterdag en/of zondag die werkzaamheden verricht, die zijn vermeld in de groepsindeling van functiegroep I, II en III in art. 4B § 2.

Horeca-CAO 1 april 1993-1 april 1995:

Artikel 2 onder 4c

de werknemer, die uitsluitend als vakantiewerker tijdens de vakanties van het dagonderwijs en/of op vrijdag vanaf 17.00 uur en/of op zaterdag en/of op zondag die werkzaamheden uitvoert, die behoren tot een functie die is ingedeeld in functiegroep I, II of III.

Horeca-CAO 1 januari 1995² - 1 april 1996

Artikel 2, Definities, onder 4c

de werknemer die uitsluitend als vakantiewerker tijdens de vakanties van het dagonderwijs en/of op vrijdag vanaf 17.00 uur

en/of op zaterdag en/of op zondag die werkzaamheden uitvoert, die behoren tot een functie die is ingedeeld in functiegroep I, II of III. Daarnaast kunnen per bedrijf op één vaste dag in de week hulpkrachten worden ingezet vanaf 17.00 uur. Die vaste dag wordt bepaald in overleg tussen werkgever en werknemers in het bedrijf.

1.5. In de Horeca-CAO 1 april 1993-1 april

1. De betrokken CAO vermeldt nogal verwarrend dat deze „geldig” is voor de periode tot 1 januari 1992. Uit art. 15 valt evenwel af te leiden dat de duur loopt tot 1 april 1993.

2. De CAO-partijen hebben, blijkens de Inleiding tot de hier bedoelde CAO, ervoor gekozen dat deze CAO ingaat op een dag die eerder in de tijd ligt dan de laatste datum waarop de vorige CAO gold.

1995 wordt in artikel 9 de aanspraak op loon van de werknemer met een parttime dienstverband – kort gezegd – omschreven als het toepasselijke schaalsalaris gedeeld door 38 en vermenigvuldigd met het overeengekomen aantal te werken uren per week. De daarop volgende CAO's kennen een gelijke bepaling.

2. Procesverloop

2.1. Na afloop van het dienstverband is tussen partijen een geschil ontstaan met betrekking tot de hoogte van het salaris.

2.2.1. Zakelijk weergegeven stellen Buijsman en Elsenburg zich op het standpunt dat zij in de hiervoor onder 1.2 bedoelde periode bij Akersloot parttime in vaste dienst zijn geweest als medewerkers in de bediening en dat zij aanspraak hebben op het (uur)loon waarop volgens de Horeca-CAO parttime medewerkers in vaste dienst recht hadden (dagvaarding onder 1.1-1.2, 2.1 en 3.1-4.8). Op deze grond vorderen zij in de onderhavige procedure betaling van achterstallig loon ten belope van respectievelijk f 27 330,76 en f 26 050,72, te vermeerderen met de wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW, wettelijke rente en buitengerechtelijke kosten.

2.2.2. De dagvaarding maakt er melding van dat Akersloot aanvankelijk het aantal gewerkte uren onjuist administreerde. Uit de stellingen van Buijsman c.s. – mede tegen de achtergrond van de becijferingen overgelegd bij eis – zal moeten worden afgeleid dat de vordering betrekking heeft op de hoogte van het genoten loon en niet op in het geheel niet uitbetaalde uren. Dit wordt bij repliek ook bevestigd (onder 3).

2.3. Akersloot bestrijdt dat sprake is geweest van een vast parttime dienstverband. Zij stelt dat Buijsman en Elsenburg uitsluitend werkzaam zijn geweest in de hoedanigheid van hulpkrachten als bedoeld in de Horeca-CAO. Buijsman en Elsenburg hebben immers steeds gewerkt tijdens de vakanties en/of op zaterdagen en/of zondagen en zij verrichtten daarbij bedieningswerkzaamheden die thuishoren in functiegroep II of III (CvA onder 4 en 5). Een hulpkracht heeft ingevolge de Horeca-CAO slechts recht op het wettelijk minimumloon, zodat er geen sprake van is dat Buijsman en Elsenburg een te laag loon is betaald (CvA onder 6).

2.4.1. Bij CvR hebben Buijsman en Elsenburg bestreden dat zij voldeden aan de definitie van hulpkrachten in de Horeca-CAO. Zij houden vol dat zij werknemers in vaste (parttime) dienst waren. Daartoe hebben zij onder meer aangevoerd:

(a) dat zij in de periode februari 1992-augustus/september 1996 hebben gewerkt op nagenoeg iedere zaterdag en zondag en „voorts nog op andere (doordeweekse) dagen” (onder 2.1). Buijsman en Elsenburg wijzen er daarbij op dat zij iedere week op deze dagen werden ingeroosterd en verplicht waren op die dagen te verschijnen. Daarbij dient te worden bedacht dat de zaterdag en de zondag de drukste dagen zijn,

waarop het meeste personeel nodig is (onder 2.2);

(b) dat navraag bij de CAO-partijen heeft geleerd dat het bij hulpkrachten gaat om jonge mensen, veelal scholieren, die voor een korte periode een bijbaantje hebben. Gezien hun leeftijd en de duur van de arbeidsverhouding kan dan ook niet worden gezegd dat Buijsman en Elsenburg hulpkrachten waren. Hulpkrachten worden ook niet ingeroosterd (onder 2.3-2.5);

(c) dat zij „wijklopers” waren, hetgeen – kort gezegd – inhield dat zij volledig verantwoordelijk waren voor een vast aantal tafels. Onder deze verantwoordelijkheid viel onder meer het toezicht op de „luiklopers” en het zelfstandig afrekenen met de gasten en van de dagomzet. Daarmee omvatte hun functie (zelfs) meer dan de werkzaamheden die onder de functiegroepen I-III vallen. Contact met de CAO-partijen heeft geleerd dat de werkzaamheden in die functiegroepen geen enkele verantwoordelijkheid meebrengen (onder 2.3, 2.4 en 2.6).

2.5. Akersloot heeft hiertegen bij CvD aangevoerd dat zij niet anders weet dan dat Buijsman en Elsenburg studenten waren, die uitsluitend op zaterdagen en zondagen als bijbaan in de bediening als serveerder hebben gewerkt. Het zal best wel eens zijn voorgekomen dat zij bij extreme drukte zijn ingezet op een doorde-weekse dag, doch dat gebeurde slechts sporadisch. De werkzaamheden als serveerder verrichtten Buijsman en Elsenburg onder toezicht; van een eigen verantwoordelijkheid – anders dan voor hun eigen werkzaamheden – was dan ook geen sprake (onder 5 en 8; zie ook mvg onder 6).

2.6. Bij tussenvonnis van 21 juli 1999 heeft de Kantonrechter te Alkmaar geoordeeld dat sprake is geweest van een langdurig dienstverband (meerdere jaren), waarin Buijsman en Elsenburg vrijwel alle weekenden en vakantieperiodes volgens een tevoren vastgesteld rooster hebben gewerkt en dat Buijsman en Elsenburg „wijklopers” waren, die zelfstandig verantwoordelijk waren voor het bedienen van en het afrekenen met de gasten aan een vast aantal tafels en het afrekenen van de door hen op een dag gemaakte omzet. Hieruit moet, naar het oordeel van de Kantonrechter, worden afgeleid dat Buijsman en Elsenburg op basis van een vast parttime dienstverband werkzaam zijn geweest in de functie van medewerker bediening, functiegroep III. Motel Akersloot heeft aldus over de in dit geding aan de orde zijnde periode een te laag bruto salaris betaald (rov. 3). Omtrent de hoogte van de loonvordering van Buijsman en Elsenburg behoeft de Kantonrechter voorlichting door een deskundige (rov. 6).

2.7. Akersloot is van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij de Rechtbank te Alkmaar. In cassatie is uitsluitend nog van belang grief 1, waarmee Motel Akersloot opkwam tegen het oordeel van de Kantonrechter dat tussen partijen sprake is geweest van een vast parttime dienstverband.

2.8. Ter toelichting op deze grief heeft Motel Akersloot betoogd dat uit de definitie van het begrip hulpkracht in de opeenvolgende Horeca-CAO's volgt dat een werknemer als hulpkracht kan worden aangemerkt wanneer de aard van zijn werkzaamheden alsmede zijn werktijden aan deze definitie voldoen. Buijsman en Elsenburg hebben steeds bedieningswerkzaamheden verricht die behoren bij functiegroep III, zodat het nog slechts gaat om de werktijden. Aangezien Buijsman en Elsenburg nagenoeg uitsluitend tijdens de weekenden en in de vakantieperiodes werkzaam waren, zijn zij in het licht van alle achtereenvolgens geldende Horeca-CAO's hulpkrachten geweest. De overige door de Kantonrechter genoemde omstandigheden – de duur van het dienstverband en de omstandigheid dat sprake was van een tevoren vastgesteld werkrooster – zijn niet van belang. De Horeca-CAO schrijft een dergelijk rooster overigens voor (MvG onder 11-14).

2.9.1. Buijsman en Elsenburg hebben het beroep bestreden. Zij wijzen er op dat uit de eigen stellingen van Akersloot volgt dat zij geen hulpkrachten in de zin van de (opeenvolgende) CAO's waren; aldus wordt erkend dat ze niet louter en alleen binnen de desbetreffende periodes werkzaam waren (mva onder 2.3-2.5).

2.9.2. Ten aanzien van grief 1 hebben zij onder overlegging van een groot aantal werkbriefjes – kort gezegd – aangevoerd dat zij (alleen al) in de periode mei 1995-augustus/september 1996 regelmatig buiten de onder alle Horeca-CAO's voor hulpkrachten geldende werktijden hebben gewerkt; Buijsman circa tweemaal per maand en Elsenburg circa eenmaal per maand. Het ging daarbij om steeds wisselende doorde-weekse dagen, op welke dagen zij bovendien ook vóór 17.00 uur hebben gewerkt (MvA onder 2.6-2.8). Buijsman en Elsenburg hebben daarbij een brief van FNV Horecabond overgelegd, waarin wordt betoogd dat Buijsman „circa 2 maal in de maand op vrijdag na 12.00 uur begint”, terwijl Elsenburg ongeveer 1 maal per maand op een vrijdag vanaf 12.00 uur³ begint (onder 2.9-2.11).

2.10.1. Motel Akersloot heeft hierop nog een akte genomen. Zij stelt daarin voorop dat Buijsman en Elsenburg

„nagenoeg uitsluitend tijdens de vakantie en tijdens het weekend als hulpkracht in de bediening bij Motel Akersloot werkzaam (waren). Met nagenoeg uitsluitend wordt bedoeld dat er mogelijk wel eens een andere dag gedurende de arbeidsovereenkomsten met een duur van respectievelijk zes en een half jaar en vijf jaar heeft gezeten, doch dat was slechts bij wijze van uitzondering! (onder 2).”

2.10.2. Onder verwijzing naar voornoemde brief van FNV Horecabond heeft zij nog aangevoerd dat de ratio achter een aparte regeling voor hulpkrachten in de Horeca-CAO is dat het

3. Prod. 3 bij de MvA.

bij deze werknemers vaak om studenten of scholieren gaat die in de weekenden en vakanties iets willen bijverdienen en die voor hun levensonderhoud verder niet afhankelijk zijn van een baan in de horeca. Volgens Akersloot was dit bij Buijsman en Elsenburg eveneens het geval: zij hebben zich gepresenteerd als twee scholieren die als hulpkrachten in de weekenden en de vakanties iets wilden bijverdienen en dit heeft alle partijen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst ook voor ogen gestaan, hetgeen mede blijkt uit het feit dat Buijsman en Elsenburg tijdens het dienstverband nimmer bezwaar hebben gemaakt tegen de hoogte van hun loon (onder 3).

2.11.1. Ten aanzien van de door Buijsman en Elsenburg overgelegde werkbriefjes heeft Motel Akersloot erop gewezen dat vrijwel alle doordeweekse werkdagen waarop Buijsman en Elsenburg zich beroepen vrijdagen of feestdagen zijn geweest, dan wel in de grote vakantieperiode vielen. Volgens haar heeft Buijsman buiten deze periodes slechts op 12 september en 5 oktober (1995) op een andere dag (een dinsdag en een donderdag) gewerkt, mogelijk in de herfstvakantie. Waar het dagdelen betreft, heeft Buijsman op dinsdag 23 april, woensdag 8 mei en dinsdag 6 augustus 1996 gewerkt, waarbij zij aantekent dat 6 augustus zeker en de andere data mogelijk in een vakantieperiode vielen. Wat Elsenburg betreft, wordt betoogd dat hij – waar het volle werkdagen betreft – naast tweede pinksterdag, en drie dagen in de grote vakantie louter op vrijdag, zaterdag of zondag heeft gewerkt. In gevallen waarin Elsenburg dagdelen heeft gewerkt, ging het, buiten de eerder genoemde dagen, om tweede paas- en pinksterdag en twee dagen in de grote vakantie (onder 9).

2.11.2. Voorzover Buijsman en Elsenburg op eigen verzoek toch nog een enkele keer buiten de voor hulpkrachten geldende werktijden hebben gewerkt, dringt Motel Akersloot aan dat een enkele uitzondering op het normale werkdagenpatroon niet mag meebrengen dat een hulpkracht op eens als een vaste parttime kracht moet worden aangemerkt (onder 10). Zij tekent bovendien aan dat hulpkrachten, zonder dat zij daarvan wist, „nog wel eens van dienst wisselden” (onder 9 in fine).

2.12. In haar vonnis van 21 september 2000 heeft de Rechtbank grief 1 gegrond bevonden, het bestreden tussenvonnis van de Kantonrechter vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vordering van Buijsman en Elsenburg afgewezen. Voor zover in cassatie van belang heeft zij daartoe het volgende overwogen:

„2. De kernvraag in dit geschil betreft de vraag of Buijsman c.s. in dienst zijn geweest als hulpkrachten of als part-time medewerkers. (...).

3. De rechtbank stelt voorop, dat partijen het eens zijn over de ratio van een aparte regeling voor hulpkrachten in de CAO. Het gaat hier om scholieren of studenten die in de weekenden en/of schoolvakanties iets willen bijver-

dienen en derhalve niet voor hun levensonderhoud afhankelijk zijn van een baan in de horeca.

Motel Akersloot heeft onweersproken gesteld, dat Buijsman c.s. aldus in dienst zijn getreden en bij haar weten aldus in dienst zijn gebleven.

Naar het oordeel van de rechtbank kunnen de (...) door de kantonrechter vastgestelde omstandigheden niet leiden tot de conclusie dat sprake is van een part-time dienstverband. Immers, zowel de beschreven werktijden (weekends en vakantieperiodes) als de beschreven werkzaamheden (vallend onder functiegroep III) passen naadloos in de definitie van het begrip hulpkracht, terwijl een vastgesteld rooster hieraan evenmin afdoet als een langere duur van het dienstverband. Nu deze eindbeslissing van de kantonrechter terecht door Motel Akersloot is bestreden, heeft de rechtbank op basis van het debat in beide instanties te onderzoeken hoe meergenoemde kernvraag dient te worden beantwoord.

4. De rechtbank neemt hiertoe allereerst in aanmerking dat niet is gesteld of gebleken, dat tussen Motel Akersloot enerzijds en Buijsman respectievelijk Elsenburg anderzijds een aantal per week te werken arbeidsuren (...) overeengekomen is. De rechtbank begrijpt de hieronder weergegeven stellingen echter aldus, dat sprake zou zijn van een in de praktijk gegroeide situatie waarin Buijsman c.s. op enig moment geacht moeten worden een part-time dienstverband te zijn aangegaan.

Buijsman c.s. hebben zich ter onderbouwing van hun standpunt beroepen op de omstandigheid, dat zij vast iedere week werkten op zaterdagen en zondagen – de drukste dagen van de week – en reeds geruime tijd tevoren plachten te worden ingeroosterd. Zoals hierboven overwogen vormt een – in zoverre – vast rooster op zich geen doorslaggevende omstandigheid, aangezien naar de begripsomschrijving van de toepasselijke CAO zowel een werknemer met een part-time dienstverband als een hulpkracht vast kan zijn ingeroosterd op zaterdagen en zondagen.

Voorts hebben Buijsman c.s. aangevoerd, dat zij niet uitsluitend binnen de voor hulpkrachten voorgeschreven werktijden hebben gewerkt. Hiertoe hebben Buijsman c.s., onder verwijzing naar de over deze periode overgelegde werkbriefjes, gesteld dat zij regelmatig op vrijdagen vanaf 12.00 uur hebben gewerkt (...), terwijl zij daarnaast meermalen hebben gewerkt op een andere dag buiten het weekeinde dan de vrijdag. Als gevolg hiervan, zo stellen Buijsman c.s., wordt niet voldaan aan de in de CAO opgenomen definitie van de hulpkracht, aangezien deze „uitsluitend” binnen de (daarin genoemde) werktijden wordt ingezet.

Naar het oordeel van de rechtbank vloeit uit

de ratio van de onderhavige CAO-bepaling (...) niet een strikt grammaticale uitleg voort als door Buijsman c.s. voorgestaan. Dit zou immers betekenen, dat reeds een incidentele inzet van een vakantiewerker op een dag of tijdstip buiten de in de CAO opgenomen werktijden direct tot gevolg heeft dat een wijziging van de arbeidsovereenkomst, inhoudende salariëring als vast part-time medewerker in plaats van als hulpkracht.

Anderzijds moet worden aangenomen, dat de CAO-partners welbewust en herhaald in meerdere CAO's een begrenzing hebben willen aanbrengen tussen de mogelijke inzet van part-timers en hulpkrachten door deze laatste groep „uitsluitend” binnen omschreven werktijden te plaatsen.

Derhalve komt het aan op de vraag of een eventuele afwijking van de voorgeschreven werktijden nog incidenteel genoemd kan worden.

De rechtbank beantwoordt die vraag in de onderhavige zaak bevestigend.

Wat betreft de andere wekdagen dan de vrijdag blijkt uit de door Buijsman c.s. in het geding gebrachte bescheiden dat deze niet dan uiterst incidenteel buiten de vakantieperiodes vallen. Meer aandacht verdient de vrijdag als werkdag. Uit de overgelegde bescheiden met betrekking tot de jaren 1995 en 1996 blijkt onweersproken, dat Buijsman op omstreeks 2 dagdelen per maand en Elsenburg op omstreeks 1 dagdeel per maand buiten de voorgeschreven werktijden – vóór 17.00 uur – heeft gewerkt. De rechtbank neemt in aanmerking, dat deze dagdelen uiteraard ten dele in de vakantieperiodes vallen. De rechtbank neemt voorts in aanmerking, dat de overige arbeidstijd binnen de voorgeschreven werktijden valt te stellen op 5 dagdelen per week (vrijdag na 17.00 uur + zaterdag + zondag) te vermeerderen met de werkdagen in vakantieperiodes.

Naar het oordeel van de rechtbank kan de weergegeven afwijking wat betreft Buijsman – en derhalve zonder meer ook wat betreft Elsenburg – nog als incidenteel worden aangemerkt.

Er is dan ook geen sprake van een in de praktijk gegroeide situatie waarin Buijsman c.s. op enig moment geacht moeten worden een part-time dienstverband te zijn aangegaan.”

2.13. Buijsman en Elsenburg hebben tegen het vonnis van de Rechtbank tijdig beroep in cassatie ingesteld. Akersloot heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben hun standpunt schriftelijk doen toelichten. Buijsman en Elsenburg hebben hiera nog gerepliceerd.

3. Bespreking van het middel

Inleiding

3.1.1. Het middel neemt terecht tot uitgangspunt dat de opeenvolgende Horeca-CAO's die tijdens het dienstverband van Buijsman en El-

senburg hebben gegolden, algemeen verbindend waren verklaard.⁴ Daaraan doet niet af dat de gang van zaken bij de opeenvolgende algemeen verbindend verklaringen geen schoonheidsprijs verdient. Immers wordt in een aantal opeenvolgende besluiten waarbij algemeen verbindend verklaring plaatsvindt, een eerder besluit daartoe ten aanzien van de voorafgaande CAO ingetrokken. Zie met name het besluit van 22 december 1994, Bijvoegsel *Stcrt.* 27 december 1994, 249 (blz. 4) waarbij de algemeen verbindend verklaring van 18 november 1993 werd ingetrokken en het niet gedateerde besluit dat als bijvoegsel in de Staatscourant van 3 december 1996, nr 234 is gepubliceerd nopens de algemeen verbindend verklaring van 22 december 1994. Omdat intrekking met terugwerkende kracht niet mogelijk is⁵, sorteren de zojuist genoemde intrekkingen m.i. geen effect. En dat is maar goed ook; anders zou een chaos ontstaan.

3.1.2. Daarmee gaat het in deze zaak om de uitleg van een bepaling in een algemeen verbindend verklaarde CAO. Het is vaste rechtspraak dat algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen recht zijn in de zin van (thans) art. 79 RO, ook wanneer de algemeen verbindend verklaring slechts een deel van de CAO-duur betreft.⁶ De uitleg van de betrokken bepaling is daarmee een rechtsvraag.⁷

3.2. Bij de uitleg van CAO-bepalingen geldt niet het Haviltex-criterium. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad behoort in beginsel doorslaggevende betekenis te worden toegekend aan de bewoordingen van de betrokken bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de CAO. Achtergrond van deze regel is dat de werkgevers en werknemers die door de CAO worden gebonden doorgaans niet betrokken zijn geweest bij de totstandkoming daarvan, zodat hen bij het bepalen van de inhoud en strekking van een CAO geen andere gegevens ter beschikking staan dan de tekst en de eventueel daaraan toegevoegde schriftelijke toelichting.⁸

4. Besluiten van 19 februari 1992, *Stcrt.* 1992, nr. 39; 18 november 1993, *Stcrt.* 1993, nr. 226; 27 december 1994, nr. 249.

5. Art. 6 lid 3 Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten.

6. HR 27 september 1991, *NJ* 1991, 788 rov. 3.2; HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 120; HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 500; zie ook Vee-gens/Korthals Altes/Groen, Cassatie in burgerlijke zaken (1989) nr. 76.

7. Dit stelsel levert praktische problemen op. Het blijkt lastig dergelijke CAO's te bemachtigen. Merkwaardig genoeg blijken de CAO's telkens weer niet voorhanden op het ministerie dat deze wél algemeneen verbindend verklaart!

8. HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 rov. 3.3; HR 24 september 1993, *NJ* 1994, 174 (PAS) rov. 3.6; nadien herhaald in HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 120; HR 3 mei 1996, *NJ*

3.3. CAO-bepalingen moeten voor alle betrokkenen op dezelfde wijze worden uitgelegd; ook wanneer het gaat om partijen die beide bij de totstandkoming betrokken waren.⁹ Wanneer van de letter wordt afgeweken op grond van het geheel van de CAO, dan moeten daarvoor in de tekst als geheel m.i. duidelijke aanwijzingen kunnen worden gevonden. Anders bestaat een niet te verwaarlozen kans dat verschillende rechters tot een andere uitkomst geraken. Een probleem dat slechts bij een algemeen verbindend verklaarde CAO door Uw Raad zou kunnen worden geremedieerd omdat daar immers sprake is van recht in de zin van art. 79 RO.

3.4. De door Uw Raad voorgestane uitlegmethode van een afzonderlijke bepaling vergt vanzelfsprekend niet dat CAO-bepalingen zo letterlijk worden genomen dat de uitkomst van de uitleg niet kan stroken met hetgeen de partijen die haar sloten hebben beoogd. Dat ligt niet alleen in de rede, het blijkt ook hieruit dat de CAO – zoals gezegd – als geheel in ogenschouw moet worden genomen. Het ligt voorts besloten in het door Uw Raad toekennen van betekenis aan hetgeen voor de hand ligt.¹⁰ Anders gezegd: bij de uitleg van een CAO-bepaling mag mede acht worden geslagen op de aanmerkelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe onderscheiden, op zich zelf mogelijke, tekstinterpretaties zouden leiden.¹¹

3.5.1. Mijn ambtgenoot Bakels heeft er, m.i. terecht, op gewezen dat de rechtspraak niet inhoudt dat voor CAO's een strikt grammaticale uitleg geldt. Met de hiervoor bedoelde regel heeft de Hoge Raad beoogd individuele werknemers en werkgevers te beschermen tegen de voor hen niet kenbare bedoelingen van de CAO-partijen. Het bijzondere van deze rechtspraak is daarmee slechts dat niet kenbare partijbedoelingen bij de uitleg (in beginsel) zijn uitgeschakeld. De regel dient m.i. dan ook aldus te worden verstaan dat een CAO-bepaling dient te worden uitgelegd overeenkomstig hetgeen

naar objectieve maatstaven uit de bewoordingen daarvan volgt.¹²

3.5.2. Ook in de literatuur is steun voor deze opvatting te vinden.¹³ Sagel heeft in dit verband gewezen op de wijze waarop CAO's worden gesloten; soms wordt daarbij bewust een voor verschillende uitleg vatbare bepaling opgenomen, terwijl in andere gevallen de tekst niet op een goudschaaltje wordt gewogen. Een strikt grammaticale uitleg schiet dan tekort.¹⁴

3.5.3. Sagel wijst verder nog op de uitweg die Uw Raad biedt door aan te geven dat de door hem geformuleerde regel „in beginsel” geldt.¹⁵

3.5.4. Volgt men de hier verdedigde opvatting – die, naar ik meen, geheel in lijn is met de rechtspraak van Uw Raad – dan vervluchtigt de kritiek die deze rechtspraak ten deel is gevallen.¹⁶

3.6. In overeenstemming met het voorafgaande heeft de Rechtbank zich blijkens rov. 4 niet beperkt tot een strikt grammaticale uitleg van de definitiebepaling van het begrip „hulpkracht”. Zij heeft bij haar uitleg de in het oog springende ratio van de definitie in de CAO van het begrip hulpkracht betrokken. Bovendien heeft zij betekenis toegekend aan de omstandigheid dat een letterlijke interpretatie van alleen de „hulpkracht-bepaling” leidt tot een consequentie die moeilijk aanvaardbaar is.

3.7. Dit rechtsoordeel – het gaat als gezegd om een algemeen verbindend verklaarde CAO – lijkt mij juist. Ik werk dit als volgt uit.

3.8.1. Blijkens de definitie in de Horeca CAO wordt de hulpkracht gezien als een bijzondere categorie werknemer; zie hierboven onder 1.4.

3.8.2. In de verdere tekst van de CAO wordt de hulpkracht verder alleen genoemd in de artikelen die betrekking hebben op Loon c.a. (in de opeenvolgende CAO's de artikelen 7 paragraaf 5 en artikel 9 lid 1 onder f) en in het artikel dat ziet op toeslagen (art. 10). Art. 10 lid 2 onder d CAO 1 april 1993-1 april 1995 regelt – enigszins mysterieus omdat de eerdere CAO daarover m.i. niets behelst – de afschaffing van de zodagtoeslag voor hulpkrachten.

3.8.3. Wordt de CAO als geheel in ogenschouw genomen dan komt daaruit het beeld naar voren van een bijzondere bejegening van – kort gezegd – scholieren en studenten. Blijk-

1996, 523; HR 19 december 1997, *NJ* 1998, 300 rov. 3.4; HR 3 september 1999, *NJ* 1999, 734 rov. 3.4 en HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473 rov. 3.3.2.

9. HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473 rov. 3.4.

10. HR 3 september 1999, *NJ* 1999, 734 rov. 3.4. Strikt genomen, staat in het arrest niet wat in de tekst is verwoord. Uw Raad overweegt niet meer of anders dan dat de uitleg die hij juist acht ook „zonder meer voor de hand ligt” (rov. 3.4 in fine).

11. A-G Bakels voor HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473 onder 2.8; eender in zijn conclusie van 15 maart 2002, rolnr. C 00/186 sub 2.3; vgl. S.F. Sagel, *ArbeidsRecht* 2000/1 blz. 29. Op de in de tekst voorgestane wijze ontkomen we bij algemeen verbindend verklaarde CAO's ook (goedgeels) aan het terecht door Duk in *SMA* 1998 blz. 470 onder 6 geschetste probleem.

12. Zie A-G Bakels voor HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473 onder 2.1-2.9 en de daar aangehaalde literatuur en jurisprudentie; zie eveneens zijn conclusie van 15 maart 2002, rolnr. C 00/186 onder 2.3. Zie in vergelijkbare zin Hof Amsterdam 31 oktober 1996, *Jurisprudentie Arbeidsrecht* 1996 nr 246.

13. S.F. Sagel, *ArbeidsRecht* 2000/1 blz. 27/29.

14. *ArbeidsRecht* 2000/1 blz. 27; vgl. J.J.M. de Laat, *NTBR* 1994 blz. 111.

15. T.a.p. blz. 28.

16. Zie R.A.A. Duk, *SMA* 1998 blz. 470/1; vgl. W.L. Valk, *NTBR* 1994 blz. 112.

baar waren de CAO-partijen – de vakbonden daaronder begrepen – én de minister die de CAO's algemeen verbindend heeft verklaard van oordeel dat het minimumloon zonder verdere toeslagen, mede in het licht van de harde economische wet van vraag en aanbod, voor deze categorie werknemers een toereikende vergoeding bood.

3.9. Er is weinig reden om de regel zo letterlijk te interpreteren dat iedere overschrijding van de werkdagen of -tijden als bedoeld in de onder 1.4 genoemde artikelen meebrengt dat de betrokken hulpkracht ineens „gewoon” werknemer wordt met als consequentie dat hij aanspraak kan maken op een (wezenlijk) hoger loon met toeslagen. Met name de navolgende omstandigheden spreken daar tegen:

a. een hulpkracht zou het zelf in de hand hebben van „status” te veranderen, bijvoorbeeld door (met enige regelmaat) traag te bedienen en/of af te rekenen en daardoor de onder 1.4 bedoelde werktijden te overschrijden. Zelfs een grammaticale uitleg van uitsluitend de definitie-bepaling kan zo'n resultaat niet bewerkstelligen;

b. door Akersloot is aangevoerd (hetgeen mij alleszins plausibel lijkt) dat hulpkrachten met enige regelmaat, zonder haar daarin te kennen, van „dienst” veranderen (zie onder 2.11.2). Moeilijk kan worden aanvaard dat een dergelijke eenzijdige stap voor de betrokkene(n), nog wel structureel, een ander (hoger) loon teweeg brengt;

c. ook los van eenzijdige stappen van de hulpkracht(en), laten zich heel bijzondere omstandigheden denken waarin 1) op korte termijn onverwacht behoefte bestaat aan iemand die in het restaurant bedieningswerkzaamheden verricht, zonder 2) beroep te (kunnen) doen op een uitzendbureau, aldus 3) hulpkrachten die wat willen (bij)verdienen de mogelijkheid daartoe ontnemend. Een dergelijke starre regeling zou louter nadelen in zich bergen. Immers bestaat de kans dat aan een plotselinge hulpvraag niet kan worden voldaan, terwijl degenen die – naar mag worden aangenomen – maar al te graag bereid zijn de werkzaamheden te verrichten, niet in de gelegenheid worden gesteld zulks te doen vanwege een starre interpretatie van één CAO-bepaling;

d. in deze richting wijst onmiskenbaar de onder 1.4 reeds signaleerde verruiming van het begrip „hulpkracht” in de CAO 1 april 1993-1 april 1995.

3.10. Anders gezegd: uit de CAO, in haar geheel gelezen, is duidelijk kenbaar dat het bij hulpkrachten gaat om goedkope arbeidskrachten die eenvoudig werk verrichten. Daarbij gaat het om werknemers die extra inzetbaar zijn tijdens drukke periodes en vakanties. Gegeven de hoogte van het loon en de beperking van de werktijden tot – kort gezegd – weekenden en schoolvakanties, is het werken als hulpkracht vooral interessant voor scholieren en studenten.

3.11. Voor een werkgever is het financieel

uiteraard interessant dergelijke laag betaalde krachten zoveel mogelijk in te zetten, hetgeen ten koste zal gaan van de duurdere vaste (part-time) medewerkers in dezelfde functiegroepen. Het ligt daarmee voor de hand de inzetbaarheid van hulpkrachten in beginsel te beperken tot strikt omschreven periodes. Aldus beschouwd ligt aan de definitie van hulpkracht m.i. (mede) bescherming van werkgelegenheid van vaste medewerkers ten grondslag.

3.12. Daarom kan aan Buijsman c.s. worden toegegeven dat de definitie strikt moet worden opgevat. Grammaticaal laat het woord „uitsluitend” geen ruimte voor afwijking. Het zou echter een miskennis van de maatschappelijke realiteit zijn en ook niet stroken met de CAO als geheel, indien hulpkrachten niet onder bijzondere omstandigheden incidenteel buiten de in de CAO voorgeschreven werktijden zouden kunnen worden ingezet.

3.13. Het bovenstaande voert m.i. tot de slotsom dat de hulpkrachtenbepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de CAO, meebrengt dat een hoogst incidentele inzet buiten de voor hulpkrachten geldende werktijden niet zonder meer ertoe kan leiden dat een werknemer niet (meer) als hulpkracht kan worden aangemerkt. Waar de werkdagen en werktijden voor hulpkrachten onmiskenbaar zijn ingeperkt, dient bij de beantwoording van de vraag of sprake is geweest van een incidentele afwijking het begrip incidenteel evenwel zeer beperkt te worden opgevat.

Bespreking van de klachten ten gronde

3.14. *Onderdeel I* bevat vier klachten, die alle zijn gericht tegen hetgeen de Rechtbank heeft overwogen in rov. 3.

3.15. Volgens de *eerste klacht* is de Rechtbank met het voorop stellen van de ratio van de hulpkrachtbepaling uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Betoogd wordt dat de Rechtbank bij de uitleg van deze bepaling had moeten uitgaan van de bewoordingen daarvan.

3.16. Deze klacht faalt m.i. op de hierboven onder 3.2-3.13 genoemde redenen.

3.17. De *tweede klacht* mist belang. Uit het voorafgaande vloeit voort dat de Rechtbank m.i. niet alleen een juiste rechtsopvatting aan haar oordeel ten grondslag heeft gelegd, maar dat zij bovendien op goede grond heeft aangenomen dat de ratio van de litigieuze bepaling is hetgeen in rov. 3 is overwogen. Of partijen het daar al dan niet over eens zijn doet dan niet ter zake. Daarop stuit is tevens de *derde klacht* af.

3.18. Volgens de *vierde klacht* van onderdeel I heeft de Rechtbank ten onrechte als onweersproken aangenomen dat Buijsman en Elsenburg bij Akersloot in dienst zijn getreden en gebleven als scholieren of studenten die in de weekenden en/of schoolvakanties iets wilden bijverdienen en voor hun levensonderhoud niet afhankelijk waren van een baan in de horeca.

3.19.1. De klacht mist m.i. belang omdat de vraag of Buijsman c.s. (of studenten en scholieren in het algemeen) voor hun levensonderhoud

afhankelijk waren van de werkzaamheden bij Akersloot voor de uitleg van de CAO geen gewicht in de schaal legt. De Rechtbank heeft met de door de klacht gewraakte passage slechts tot uitdrukking gebracht dat Buijsman c.s. in feitelijke zin gelden als hulpkracht. Daarbij heeft zij, volkomen overbodig, iets gezegd over hun oogmerk om werkzaamheden bij Akersloot te verrichten.

3.19.2. Ook voor de feitelijke vraag of Buijsman c.s. als hulpkrachten golden, doet niet ter zake of zij al dan niet afhankelijk waren van de verdiensten bij Akersloot. Nu het desbetreffende oordeel van de Rechtbank niet wordt bestreden, kan er van worden uitgegaan dat zij scholier en/of student waren (wat intussen geen voorwaarde is voor het zijn van hulpkracht, al is de bepaling klaarblijkelijk wel voor dergelijke personen geschreven). Bij die stand van zaken is nog slechts van belang of zij geheel of eventueel nagenoeg uitsluitend werkten op de voor hulpkrachten bestemde dagen en uren. Die vraag wordt door andere delen van het middel aan de orde gesteld.

3.20. Ten overvloede stip ik nog aan dat Buijsman c.s. terecht de stelling poneren dat volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad de omstandigheid dat de geïntimeerde niet meer reageert op een nadere akte van de appellant niet meebrengt dat de rechter het daarin aangevoerde (als niet of onvoldoende weersproken) als juist mag aanvaarden. Van een procespartij mag niet worden gevergd dat deze steeds een akte ter rolle neemt of pleidooi vraagt, uitsluitend om te voorkomen dat nieuwe feiten of stellingen als vaststaand zullen gelden.¹⁷

3.21. *Onderdeel II* munt niet uit door helderheid. Naar ik begriip, behelst het twee klachten:

a. volgens de CAO is slechts sprake van „hulpkrachten” ingeval de betrokken werknemers uitsluitend op dagen en uren als in de desbetreffende definitie-bepaling genoemd, werkzaam zijn;

b. het ging om een dienstverband van jaren waarbij de werktijden „tevorens” waren ingeroosterd.

De Rechtbank zou een en ander hebben miskend.

3.22. De onder 3.21 sub a genoemde klacht loopt vast in hetgeen hierboven onder 3.2-3.13 werd opgemerkt.

3.23.1. De onder b genoemde klacht voldoet niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. omdat zij blijft steken in een niet nader toegelichte stelling; ook de s.t. biedt verder geen houvast.

3.23.2. Ik merk hierbij op dat geenszins zon-

der meer duidelijk is waarom van belang – laat staan beslissend – zou zijn of/dat werktijden tevorens zijn ingeroosterd. Inroostering die, zo voeg ik toe, voor een ordelijk verloop der werkzaamheden allicht onvermijdelijk is. Wat het werken volgens een rooster betreft, verdient nog opmerking dat (in elk geval) art. 6 van de Horeca-CAO 1996-1997 uitdrukkelijk bepaalt dat de werkgever ten aanzien van alle werknemers (dus ook hulpkrachten) verplicht is een dienstrooster te hanteren.

3.24. *Onderdeel III* betreft – kort gezegd – andermaal de stelling dat de definitie van het begrip „hulpkracht” zeer strikt moet worden uitgelegd.

3.25. In feite is sprake van een herhaling van zetten zodat afzonderlijke bespreking van de klacht niet nodig lijkt. Ten overvloede ga ik kort in op de genoemde argumenten.

3.26. Ik stel voorop dat het onderdeel – in strijd met de rode draad die door het middel loopt – zelf tot uitgangspunt kiest wat de CAO-partijen (al dan) niet hebben gewild. Ik merk verder op dat de steller – terecht – signaleert dat de door Uw Raad gegeven regel „in beginsel” geldt; in de uitwerking wordt dat geheel uit het oog verloren.

3.27. De kern van de zaak lijkt mij de moeilijk aanvaardbare consequentie van de – met alle respect – letterknechterij die aan het middel ten grondslag ligt. Onder 3.9 gaf ik daarvan enkele voorbeelden. Zonder deze te noemen heeft ook de Rechtbank er op gewezen dat niet goed aanvaardbaar is dat iedere (zelfs zeer geringe) overschrijding van bijvoorbeeld de werktijd ertoe zou leiden dat de status van de betrokken werknemer verandert.

3.28. Het onderdeel brengt hier slechts tegen in dat werkgevers, in deze benadering, met het oog op de lagere loonkosten, werknemers „buiten de aangegeven werktijden (kunnen) inzetten om vervolgens – daarop aangesproken door betrokken werknemers – de inzet maar al te gemakkelijk als een incident af te doen”.

3.29. Deze uiteenzetting verliest al aanstonds uit het oog dat, als gezegd, het initiatief niet van de werkgever behoeft uit te gaan (zie onder 3.9 sub b).

3.30. Belangrijker is dat inderdaad denkbaar is dat werkgevers zulks zullen proberen, maar dat het daarop niet aankomt. Beslissend is de vraag of dergelijke pogingen in rechte succes zullen hebben. Het antwoord luidt in beginsel ontkennend; zie onder 3.2-3.13.

3.31. Het onderdeel beroept zich ten slotte nog op enkele andere bepalingen van de CAO. Deze voegen m.i. niets wezenlijks toe. Ook daaruit valt niet af te leiden dat onaanvaardbare consequenties zijn beoogd en op de koop moeten worden toegenomen.

3.32. *Onderdeel IV* betreft het oordeel van de Rechtbank in rov. 4 dat de afwijking van de voor hulpkrachten voorgeschreven werktijden in het geval van Buijsman en Elsenburg incidenteel kunnen worden genoemd.

17. HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 20 rov. 3.3; HR 10 oktober 1997, *NJ* 1998, 473 JBMV rov. 3.4; HR 23 oktober 1998, *NJ* 1999, 114 rov. 3.3. Zie voorts: Burgerlijke Rechtsvordering (Wesseling-van Gent), aant. 3a bij art. 142 (oud) en Burgerlijke Rechtsvordering (Asser), aant. 7 bij art. 176 (oud).

3.33. De *eerste klacht* acht het oordeel van de Rechtbank dat uit de overgelegde bescheiden blijkt dat de andere doordeweekse dagen dan de vrijdag waarop Buijsman en Elsenburg hebben gewerkt, „niet dan uiterst incidenteel buiten de vakantieperiodes vallen” onvoldoende gemotiveerd. Betoogd wordt dat de Rechtbank niet aangeeft welke dagen buiten die periodes vielen, terwijl de Rechtbank ook niet vermeldt welke vakantieperiodes voor Buijsman en Elsenburg golden.

3.34. De klacht ziet voorbij aan de door de Rechtbank gegeven motivering. Deze luidt dat „uit de door Buijsman c.s. in het geding gebrachte bescheiden” niet blijkt dat op andere dagen dan de vrijdag anders dan uiterst incidenteel is gewerkt. Deze redengeving wordt als zodanig niet bestreden. Reeds daarop stuit de klacht af. Met name ook omdat in het geheel niet wordt aangegeven welke stellingen de Rechtbank noopten tot een ander oordeel, laat staan dat wordt onthuld waar deze zouden zijn betrokken.

3.35. Ik veroorloof mij hierbij een kanttekening van meer principiële aard. Ons (oude) procesrechtelijk stelsel is (was), in een internationale context, bepaaldelijk genereus. Een partij die niet de moeite neemt om haar stellingen hoorlijk te etaleren kon die omissie in appèl rechtzetten. Het is evenwel overvraagd – mede gezien de capaciteit van de rechterlijke macht en de omstandigheid dat de kosten daarvan door de samenleving worden gedragen – om in derde aanleg te klagen over het niet uitvoerig responderen op lapidaire stellingen; stellingen die hetzij niet duidelijk of voldoende onderbouwd zijn dan wel geheel of ten dele in het oog springend onjuist zijn.

3.36. Hetgeen Buijsman c.s. te berde hebben gebracht, is in belangrijke mate nogal onaannemelijk. Hetgeen Akersloot daartegen in heeft gebracht, zoals weergegeven onder 2.11.1, heeft de Rechtbank klaarblijkelijk en allerminst onbegrijpelijk, heel plausibel geoordeeld, mede gelet op hetgeen omtrent (periodes van) schoolvakanties en algemeen erkende feestdagen van algemene bekendheid is. In het oordeel van de Rechtbank ligt besloten dat Buijsman c.s. niet konden volstaan met het enkele in geding brengen van briefjes maar dat zij tevens hadden moeten aangeven (en tevoren uitzoeken) dat de daarop voorkomende data buiten de vakanties vielen. Het rechterlijk apparaat kan moeilijk worden verweten een dergelijk onderzoek, waar de eisende partij om haar moverende redenen van afziet, niet zelf uit te voeren.

3.37. Voorzover de *tweede klacht* geen herhaling van zetten is, betoogt zij dat het omstreeks twee maal per maand inzetten van Buijsman en het omstreeks één maal per maand inzetten van Elsenburg op vrijdag vóór 17.00 uur, anders dan de Rechtbank meent, niet als incidenteel, maar eerder als structureel moet worden aangemerkt. Het gaat hier om een motiveeringsklacht.

3.38. Toegegeven kan worden dat op de gewraakte overweging veel valt af te dingen. Ik zou menen dat zij veeleer getuigt van een onjuiste rechtsopvatting dan dat zij onbegrijpelijk is. Het onderdeel behelst evenwel geen rechtsklacht.

3.39. De overweging zou onbegrijpelijk zijn wanneer de Rechtbank zou hebben geoordeeld dat veruit de meeste door Buijsman c.s. genoemde vrijdagen binnen de vakantieperiode vallen. Gezien het aantal, de frequentie en hetgeen omtrent schoolvakanties van algemene bekendheid is, zou een dergelijk oordeel veel toelichting behoeven. Ik lees een dergelijk oordeel evenwel niet in rov. 4. Bovendien is kwestieus of de klacht tegen een dergelijk verondersteld oordeel opkomt.

3.40. De klacht acht ik mitsdien ongegrond.

3.41. Volledigheidshalve merk ik nog op dat Buijsman c.s. – anders dan de Rechtbank lijkt te menen – niet hebben aangevoerd dat zij twee respectievelijk eenmaal per maand vóór 17.00 uur op vrijdag bij Akersloot werkten. Hun stellingen zien immers niet alleen op vrijdagen maar ook op andere door de weekse dagen; zie onder 2.9.2. In de daar genoemde brief van FNV Horecabond wordt die stelling wel betrokken, maar dat berust op een verkeerde lezing van de stellingen van Buijsman c.s.

3.42. Volgens de *derde klacht* van het onderdeel heeft de Rechtbank bij haar oordeel dat de afwijking van de voor hulpkrachten geldende werktijden als incidenteel kan worden aangemerkt, ten onrechte geen acht geslagen op de periode vóór maart 1995.

3.43.1. Buijsman c.s. vorderen in deze procedure nabetaling van loon over de periode februari 1992 tot augustus/september 1996 (zie onder 2.2.1). Wat de omvang van deze loonvordering betreft, hebben zij gesteld (civ. onder 2.1 en 3.5) dat zij in deze periode nagenoeg alle weekenden en vakantieperiodes en „ook op andere (doordeweekse) dagen” hebben gewerkt. Het onderdeel verwijst niet naar deze vindplaatsen in de stukken.

3.43.2. Buijsman c.s. hebben deze stelling voor de periode vanaf maart 1995 willen onderbouwen met een groot aantal werkbriefjes. Ten aanzien van de periode daarvoor hebben zij aangegeven de gewerkte uren niet te kunnen specificeren omdat toen nog werd gewerkt met werkbonnen die aan het eind van de dag werden ingeleverd. Deze gegevens en de werkroosters bevinden zich in de administratie van Akersloot (civ. onder 3.5, 3.7 en 7.2).

3.43.3. Het onderdeel verwijst voorts nog naar de inleidende dagvaarding onder 2.5. Hetgeen daar staat, mist betekenis omdat het klaarblijkelijk betrekking heeft op de – naar later is gebleken – niet beoogde stelling dat te weinig uren zijn betaald; zie onder 2.2.

3.44.1. In hoger beroep heeft het debat zich in het kader van grief I toegespitst op de vraag in hoeverre Buijsman en Elsenburg buiten de voor

hulpkrachten geldende werktijden hebben gewerkt.

3.44.2. In dit verband hebben Buijsman c.s. de bij replek betrokken stelling dat zij in de periode 1992-1996 nagenoeg alle weekenden en vakantieperioden en ook door de week hebben gewerkt, niet uitdrukkelijk prijsgegeven. Zij hebben, als gezegd, de werkbonnen vanaf maart 1995 overgelegd en nogmaals aangegeven – zij het in het kader van grief III – dat zij hun stelling over de periode daarvoor niet exact kunnen onderbouwen of bewijzen omdat de daarop betrekking hebbende gegevens zich bij Akersloot bevinden. Zo op Akersloot al niet de bewijslast rust, ligt het volgens Buijsman c.s. in elk geval op haar weg deze gegevens te verstrekken (mva onder 4.1-4.16).

3.45. In het licht van het voorgaande betoogt de klacht terecht dat de Rechtbank zich niet had mogen beperken tot de door de overgelegde werkbonnen bestreken periode. Nu Buijsman en Elsenburg in hoger beroep hun stelling dat zij gedurende hun hele dienstverband naast de weekenden en vakanties ook door de week hebben gewerkt, niet hebben prijsgegeven, is immers ook de periode vóór maart 1995 relevant. Dit klemmt te meer (het middel zwijgt daarover) nu tot 1 april 1993 ook de vrijdagen voor hulpkrachten taboe waren en tot 1 april 1995 iedere andere doordeweekse dag vóór 17.00 uur.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden vonnis.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Eisers tot cassatie – verder te noemen: Buijsman en Elsenburg dan wel Buijsman c.s. – hebben bij exploit van 16 november 1998 verweester in cassatie – verder te noemen: Akersloot – gedagvaard voor de Kantonrechter te Alkmaar en gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, Akersloot te veroordelen om:

1. aan Buijsman te betalen een bedrag van f 27 330,76 aan achterstallig loon, te vermeerderen met de wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW, althans ten belope van een door de Kantonrechter te bepalen bedrag, en te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de tijdstippen waarop het achterstallig loon en de wettelijke verhoging daarover verschuldigd zijn geworden, althans vanaf 22 februari 1996, althans vanaf 12 februari 1997, althans vanaf de dag der dagvaarding, alsmede een bedrag van f 3609,81 aan buitengerechtelijke kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

2. aan Elsenburg te betalen een bedrag van f 26 050,72 aan achterstallig loon, te vermeerderen met de wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW, althans ten belope van een door de Kantonrechter te bepalen bedrag, en te vermeerde-

ren met de wettelijke rente vanaf de tijdstippen waarop het achterstallig loon en de wettelijke verhoging daarover verschuldigd zijn geworden, althans vanaf 19 februari 1996, althans vanaf 12 februari 1997, althans vanaf de dag der dagvaarding, alsmede een bedrag van f 3513,80 aan buitengerechtelijke kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening.

Akersloot heeft de vorderingen bestreden.

De Kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 21 juli 1999 de zaak naar de rol verwezen voor het nemen van een akte door Buijsman c.s. en iedere verdere beslissing aangehouden.

Tegen dit tussenvonnis heeft Akersloot hoger beroep ingesteld bij de Rechtbank te Alkmaar.

Bij vonnis van 21 september 2000 heeft de Rechtbank het vonnis van de Kantonrechter vernietigd en het in eerste aanleg gevorderde afgewezen.

(...)

2. Het geding in cassatie

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt tot vernietiging van het bestreden vonnis.

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Buijsman en Elsenburg zijn in de periode februari 1992 tot onderscheidenlijk september en augustus 1996 in dienstbetrekking werkzaam geweest bij Akersloot.

(ii) Op het dienstverband waren van toepassing de drie in deze periode geldende, elkaar opvolgende en telkens algemeen verbindend verklaarde, CAO's voor het horeca- en aanverwante bedrijf (hierna: de CAO's). De werkzaamheden van Buijsman c.s. vielen onder functie-groep III van deze CAO's.

(iii) In art. 2 onder 4c van de van 1 april 1993 tot 1 april 1995 geldende horeca-CAO is het begrip „hulpkracht” als volgt omschreven:

„De werknemer, die uitsluitend als vakantie-werker tijdens de vakanties van het dagonderwijs en/of op vrijdag vanaf 17.00 uur en/of op zaterdag en/of op zondag die werkzaamheden uitvoert, die behoren tot een bedrijfsfunctie die is ingedeeld in functie-groep I, II of III.”

De daarvoor en daarna geldende CAO's kennen eveneens het begrip „hulpkracht”, met dien verstande dat in de eerdere CAO nog niet de vrijdag als mogelijke werktijd wordt genoemd en volgens de latere CAO naast de vrijdag vanaf 17.00 uur ook nog een vaste (andere) dag in de week vanaf 17.00 uur als mogelijke werktijd geldt.

3.2. In de onderhavige procedure stellen Buijsman c.s. zich op het standpunt dat zij parttime in vaste dienst zijn geweest als medewer-

kers in de bediening en aanspraak hebben op het (uur)loon waarop parttime medewerkers in vaste dienst volgens de CAO's recht hadden. Op deze grond vorderen zij betaling van achterstallig loon. Akersloot stelt dat Buijsman c.s. uitsluitend werkzaam zijn geweest als hulpkrachten in de zin van de CAO's en dientengevolge slechts recht hebben op het wettelijk minimumloon, zodat aan hen geen te laag loon is uitbetaald. De Kantonrechter heeft in zijn tussenvonnis van 21 juli 1999 op grond van door hem vastgestelde feiten en omstandigheden (kort samengevat: langdurig dienstverband, waarin zij vrijwel alle wekeinden en vakantieperioden volgens een tevoren vastgesteld rooster hebben gewerkt als zogenaamde „wijklopers”) geoordeeld dat Buijsman c.s. op basis van een vast parttime dienstverband werkzaam zijn geweest in de functie van medewerker bediening, functiegroep III. In hoger beroep hebben Buijsman c.s. onder meer aangevoerd dat zij niet uitsluitend binnen de in de CAO's voor hulpkrachten voorgeschreven werktijden hebben gewerkt zodat niet is voldaan aan de definitie van de hulpkracht. De Rechtbank is tot het oordeel gekomen dat Buijsman c.s. nimmer een parttime dienstverband met Akersloot zijn aangegaan, zodat zij ten onrechte aanspraak maken op een daarmee overeenstemmende salariëring.

3.3. In het bestreden vonnis heeft de Rechtbank, voorzover in cassatie van belang, het volgende overwogen.

„De rechtbank stelt voorop, dat partijen het eens zijn over de ratio van een aparte regeling voor hulpkrachten in de CAO. Het gaat hier om scholieren of studenten die in de weekenden en/of schoolvakanties iets willen bijverdienen en derhalve niet voor hun levensonderhoud afhankelijk zijn van een baan in de horeca. Motel Akersloot heeft onweersproken gesteld, dat Buijsman c.s. aldus in dienst zijn getreden en bij haar weten aldus in dienst zijn gebleven. Naar het oordeel van de rechtbank kunnen de bovengenoemde door de kantonrechter vastgestelde omstandigheden niet leiden tot de conclusie dat sprake is van een part-time dienstverband. Immers, zowel de beschreven werktijden (weekends en vakantieperioden) als de beschreven werkzaamheden (vallend onder functiegroep III) passen naadloos in de definitie van het begrip hulpkracht, terwijl een vastgesteld rooster hieraan evenmin afdoet als een langere duur van het dienstverband.” (rov. 3);

De Rechtbank begrijpt de stellingen van Buijsman c.s. aldus „dat sprake zou zijn van een in de praktijk gegroeide situatie waarin Buijsman c.s. op enig moment geacht moeten worden een part-time dienstverband te zijn aangegaan” (rov. 4, tweede volzin);

„Naar het oordeel van de rechtbank vloeit uit de ratio van de onderhavige CAO-bepaling (de definitie van de hulpkracht) niet een strikt grammaticale uitleg voort als door Buijsman c.s. voorgestaan. Dit zou immers betekenen,

dat reeds een incidentele inzet van een vakantiewerker op een dag of tijdstip buiten de in de CAO opgenomen werktijden direct tot gevolg heeft een wijziging van de arbeidsovereenkomst, inhoudende salariëring als vaste part-time medewerker in plaats van als hulpkracht. Anderzijds moet worden aangenomen, dat de CAO-partners welbewust en herhaald in meerdere CAO's een begrenzing hebben willen aanbrengen tussen de mogelijke inzet van part-timers en hulpkrachten door deze laatste groep „uitsluitend” binnen omschreven werktijden te plaatsen. Derhalve komt het aan op de vraag of een eventuele afwijking van de voorgeschreven werktijden nog incidenteel genoemd kan worden. De rechtbank beantwoordt die vraag in de onderhavige zaak bevestigend (rov. 4, alinea 4 e.v.).”

3.4.1. In cassatie gaat het om de vraag of de Rechtbank een onjuiste uitleg heeft gegeven aan het begrip „hulpkracht” in de CAO's. In de onderdelen 1 tot en met 3 wordt betoogd dat de Rechtbank ten onrechte bij die uitleg niet is uitgegaan van de in de definitie gebezigde bewoordingen, doch betekenis heeft toegekend aan de ratio van de regeling voor hulpkrachten, dat het woord „uitsluitend” geen ruimte laat voor de door de Rechtbank aanvaarde incidentele afwijkingen van de voorgeschreven werktijden en dat, gelet op de in onderdeel 3 genoemde andere bepalingen van de CAO's waarin gedetailleerde en strikte begrenzingen zijn opgenomen, de CAO-partners dergelijke afwijkingen niet hebben gewild.

3.4.2. Bij de beoordeling van deze rechtsklacht wordt het volgende vooropgesteld. De onderhavige CAO's zijn algemeen verbindend verklaard en vormen derhalve recht in de zin van art. 79 RO. In de onderdelen wordt terecht ervan uitgegaan dat bij de uitleg van de bepalingen van een dergelijke CAO de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Anders dan in de onderdelen wordt betoogd, betekent dit echter niet – de woorden „in beginsel” duiden daarop – dat bij het bepalen van inhoud en strekking van een CAO-bepaling onder alle omstandigheden alleen gelet mag worden op de letterlijke (grammaticale) betekenis van de bewoordingen. Indien de bedoeling van de partijen bij de CAO naar objectieve maatstaven volgt uit de CAO-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest kenbaar is, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend. (Vgl. HR 17 september 1993, 15064, NJ 1994, 173).

3.4.3. Gelet op het in de definitie van „hulpkracht” gebezigde woord „vakantiewerker” en op de daarin vermelde, bij het dagonderwijs aansluitende, werktijden en in aanmerking ge-

nomen dat de salariering van hulpkrachten beperkt blijft tot het minimumloon, heeft de Rechtbank terecht geoordeeld dat het hierbij gaat om een aparte regeling voor scholieren en studenten die in hun vrije tijd iets willen bijverdienen. Ook juist is het in de hiervoor onder 3.3 weergegeven overwegingen besloten liggende oordeel van de Rechtbank dat deze, uit de CAO-bepalingen zelf volgende, strekking meebrengt dat het woord „uitsluitend” in de definitie van hulpkracht niet naar de letter moet worden opgevat en dat ook bij een incidentele inzet buiten de voorgeschreven werktijden nog sprake kan zijn van een als hulpkracht te beschouwen werknemer. De Rechtbank heeft zich daarbij terecht rekenschap gegeven van de begrenzing die moet worden aangebracht tussen de mogelijke inzet van parttimers en die van hulpkrachten en de daaruit voortvloeiende beperking met betrekking tot die inzet. Hieruit volgt dat de hiervoor onder 3.4.1 weergegeven rechtsklacht faalt. Dit betekent dat ook de tegen de uitleg van de Rechtbank van het begrip „hulpkracht” gericht motiveringsklachten niet tot cassatie kunnen leiden.

3.4.4. De in onderdeel 1 vervatte klacht dat de Rechtbank haar oordeel omtrent de ratio van de voor hulpkrachten geldende regeling alleen zou hebben gebaseerd op het oordeel van partijen faalt, reeds omdat, zoals uit het onder 3.4.3 overwogene volgt, dit oordeel van de Rechtbank juist is.

3.4.5. De klacht in onderdeel 1 die zich richt tegen het oordeel van de Rechtbank in rov. 3 dat Buijsman c.s. „aldus” in dienst zijn getreden voorzover dit oordeel zou inhouden dat Buijsman c.s. als scholieren en studenten niet voor hun onderhoud van een baan in de horeca afhankelijk waren, kan niet tot cassatie leiden omdat het daarin veronderstelde oordeel niet in het bestreden vonnis valt te lezen.

3.4.6. De overige in de onderdelen 1 tot en met 3 nog vervatte klachten gaan uit van een andere uitleg dan die welke door de Rechtbank – blijkens het hiervoor onder 3.4.3 overwogene terecht – is aanvaard en falen dus.

3.5.1. Onderdeel 4 richt zich tegen het oordeel van de Rechtbank dat in het geval van Buijsman c.s. slechts sprake is geweest van incidentele afwijkingen van de voor hulpkrachten voorgeschreven werktijden. De Rechtbank heeft dit oordeel in rov. 4 als volgt gemotiveerd.

„Wat betreft andere weekdays dan de vrijdag blijkt uit de door Buijsman c.s. in het geding gebrachte bescheiden dat deze niet dan uiterst incidenteel buiten de vakantieperioden vallen. Meer aandacht verdient de vrijdag als werkdag. Uit de overgelegde bescheiden met betrekking tot de jaren 1995 en 1996 blijkt onweersproken, dat Buijsman op omstreeks 2 dagdelen per maand en Elsenburg op omstreeks 1 dagdeel per maand buiten de voorgeschreven werktijden – vóór 17.00 uur – heeft gewerkt. De rechtbank neemt in aan-

merking, dat deze dagdelen uiteraard ten dele in de vakantieperioden vallen. De rechtbank neemt voorts in aanmerking, dat de overige arbeidstijd binnen de voorgeschreven werktijden valt te stellen op 5 dagdelen per week (vrijdag na 17.00 uur + zaterdag + zondag) te vermeerderen met de werkdagen in vakantieperioden. Naar het oordeel van de rechtbank kan de weergegeven afwijking wat betreft Buijsman – en derhalve zonder meer ook wat betreft Elsenburg – nog als incidenteel worden aangemerkt.”

3.5.2. Het onderdeel bevat in de eerste plaats de klacht dat het oordeel van de Rechtbank dat uit de overgelegde bescheiden met betrekking tot de jaren 1995 en 1996 kan worden afgeleid dat de weekdays (anders dan de vrijdagen) waarop Buijsman c.s. hebben gewerkt „niet dan uiterst incidenteel buiten de vakantieperiode vallen” en dat de vrijdagen waarop vóór 17.00 uur is gewerkt „uiteraard ten dele in de vakantieperiode vielen”, onbegrijpelijk is. Deze klacht faalt, in aanmerking genomen dat algemene feestdagen en de perioden van de schoolvakanties van algemene bekendheid zijn, terwijl door Buijsman c.s. niet nader is aangegeven om welke (hoeveel) daarbuiten vallende dagen het in het bijzonder zou gaan.

3.5.3. De tweede klacht van het onderdeel houdt in dat de Rechtbank ten onrechte geen acht heeft geslagen op de periode vóór maart 1995. Betoogd wordt dat dit volgt uit het feit dat de, ter adstructie van hun stelling dat zij buiten de voorgeschreven werktijden zijn ingezet door Buijsman c.s. overgelegde, werkbriefjes geen betrekking hebben op die periode. Buijsman c.s. beschikten niet over daarvoor relevante werkbriefjes en hebben gesteld dat, nu die werkbriefjes zich in de administratie van Akersloot bevinden, de bewijslast met betrekking tot het aantal in die eerdere periode gewerkte uren/dagen op Akersloot rust, zoals ook door de Kantonnier is geoordeeld. Deze klacht mist feitelijke grondslag voorzover ervan wordt uitgegaan dat de Rechtbank de periode tot maart 1995 buiten beschouwing heeft gelaten. De Rechtbank heeft kennelijk geoordeeld dat zich in die periode niet een zodanige inzet van Buijsman c.s. buiten de voorgeschreven werktijden heeft voorgedaan dat, anders dan in de daarop volgende periode, toen wel sprake zou zijn geweest van een meer dan incidentele inzet en dus van „een in de praktijk gegroeide situatie waarin Buijsman c.s. op enig moment geacht moeten worden een part-time dienstverband te zijn aangegaan” (rov. 4, tweede volzin). Dit oordeel van de Rechtbank is niet onbegrijpelijk, in aanmerking genomen dat door Buijsman c.s. niet is aangevoerd dat zij in de periode april 1992 tot maart 1995 veelvuldiger buiten de toen voorgeschreven werktijden zijn ingezet dan in de daarop volgende periode en hun reconstructie met betrekking tot die eerdere periode evenmin daarop wijst. Tot nadere motivering was de Rechtbank niet gehouden. Dit alles brengt mee

dat Buijsman c.s. geen belang hebben bij hun klacht dat de Rechtbank voorbij is gegaan aan hun stelling met betrekking tot de ten aanzien van die eerdere periode op Akersloot rustende bewijslast. Ook deze klacht is dus tevergeefs voorgesteld. In de hiervoor onder 3.3 weergegeven overwegingen van de Rechtbank ligt besloten dat naar het oordeel van de Rechtbank aan het incidentele karakter van de extra inzet van Buijsman c.s. geen afbreuk wordt gedaan door de omstandigheid dat die inzet zich gedurende de gehele periode dat Buijsman c.s. bij Akersloot werkzaam zijn geweest, heeft voorgedaan. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk zodat, voorzover het onderdeel een daartegen gerichte klacht bevat, die klacht faalt.

4. Beslissing

De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt Buijsman c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Akersloot begroot op € 148,48 aan verschotten en € 1365 voor salaris.

Noot:

1. Sinds 1993 is vaste jurisprudentie dat „voor de uitleg van de bepalingen van een cao, de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn” (HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173, *JAR* 1993/234, Gerritse/HAS, later herhaald in HR 24 september 1993, *NJ* 1994, 174, *JAR* 1993/236; HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 120; HR 3 mei 1996, *NJ* 1996, 523; HR 19 december 1997, *NJ* 1998, 300 (Vink/SVK); HR 3 september 1999, *NJ* 1999, 734; HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473, *JAR* 2000/151, Akzo Nobel/FNV Bondgenoten; HR 21 december 2001, *JAR* 2002/20). Geen beroep kan worden gedaan op de zogenaamde Haviltex-formule (HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635). De ratio van deze jurisprudentie ligt hierin dat de individuele werknemer niet bij de totstandkoming van de cao betrokken was, en daarom de werkgever zijn eventuele bijzondere wetenschap die hij uit de onderhandelingen kent niet tegenover de werknemer dient te kunnen inroepen.

2. In de literatuur is deze uitlegmethode wel gekarakteriseerd als „grammaticale uitleg”. In conclusies bij de bovenaangehaalde arresten van 26 mei 2000 en 21 december 2001 hadden de A-G's Bakels en Mok reeds een andere interpretatie aangenomen, die kan worden aangeduid als de „objectieve uitleg”. Bij het tweede arrest sluit ook A-G Spier zich hierbij aan. Uit de beide nu gepubliceerde arresten blijkt dat deze laatste leer door de Hoge Raad wordt gevolgd. Het komt niet aan op de bedoelingen van partijen bij de cao, voor zover deze niet uit de cao-bepalingen en de toelichting kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maat-

staven volgt uit de bewoordingen waarin de cao en de toelichting zijn gesteld. Bij deze uitleg kan ondermeer acht worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden, aldus de Hoge Raad thans.

3. De beide zaken vormden goede voorbeelden van het gegeven dat men er met de grammaticale uitleg vaak niet komt. In het eerste arrest (De Heel/Huisman e.a.) handelde het om een geprivatiseerd ziekenhuis dat de werknemers moest inpassen in de cao. Onduidelijk was of rekening moest worden gehouden met eerdere ervaringsjaren. De Hoge Raad oordeelde nu dat een reeds vervallen uitvoeringsregeling waarin een overgangsregeling was opgenomen voor vergelijkbare overgangssituaties een bij de uitlegging in aanmerking te nemen aanwijzing vormde. Ook kon worden aangesloten bij weer een andere, zij het vergelijkbare overgangsregeling. Dit leidde ertoe dat een verhoging in verband met dienstjaren niet imperatief behoefde te worden toegepast, indien dit zou leiden tot een sprongsgewijze salarisverbetering.

4. De tweede zaak (Buijsman e.a./Motel Akersloot) is nog duidelijker. Volgens de definitie van de Horeca-cao waren hulpkrachten uitsluitend werkzaam als vakantiewerker en/of in het weekeinde. De betrokken werknemers hadden incidenteel ook buiten de weekeinden gewerkt en baseerden hierop hun aanspraak op een hogere beloning als deeltijdwerker. De rechtbank had vastgesteld dat een strikt grammaticale uitleg – zoals voorgestaan door de betrokken werknemers – niet overeenstemde met de ratio van de cao-bepaling, te weten dat het bij de functie van hulpkracht om bijbaantjes voor scholieren en studenten ging. In dit arrest stelt de Hoge Raad expliciet dat de woorden „in beginsel” in de vaste formule van de Hoge Raad erop duiden dat de bewoording niet in alle gevallen doorslaggevend is. Het betekent niet „dat bij het bepalen van de inhoud en strekking van een cao-bepaling onder alle omstandigheden alleen gelet mag worden op de letterlijke (grammaticale) betekenis van de bewoordingen. Indien de bedoeling van de partijen bij de cao naar objectieve maatstaven volgt uit de cao-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest kenbaar is, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend”.

5. De door de Hoge Raad gevolgde lijn is gelukkig. De in de literatuur wel getrokken conclusie dat cao's louter grammaticaal mochten worden geïnterpreteerd, leidde tot onnodige beperkingen. Juist bij cao's klemmt dit, omdat hierin bij wijze van compromis nogal eens voor onduidelijke formuleringen wordt gekozen. In de nu geldende objectieve uitleg zijn in beginsel ook historische, systematische, teleologische

en sociologische interpretaties mogelijk. Daarmee is het scala aan mogelijkheden bij de interpretatie slechts in zoverre beperkt, dat – zoals de Hoge Raad beoogde – voorkennis van partijen uit de onderhandelingen geen rol mogen spelen. Indien men op basis van de tekst en toelichting van de cao de bedoeling van een bepaling kan opmaken, kan om deze bedoeling te realiseren, zelfs van de letterlijke tekst worden afgeweken. Daarmee wijkt de methode van interpretatie van cao's minder af van die bij andere contracten, dan velen een aantal jaren hebben gedacht.

G.J.J. Heerma van Voss
