



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Hoge Raad 2002-06-07

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2003). Annotation: Hoge Raad 2002-06-07. *Nederlandse Jurisprudentie*, 1325-1336. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14848>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14848>

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

Nr. 175**HOGE RAAD**

7 juni 2002, nr. C00/202HR

(Mrs. P. Neleman, A.E.M. van der Putt-Lauwers, J.B. Fleers, A.G. Pos en P.C. Kop; A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. G.J.J. Heerma van Voss)

RvdW 2002, 96

JOL 2002, 321

CAO: „nawerking” algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen; leer der verkregen rechten; uitleg.

In cassatie is niet bestreden het oordeel van de Rechtbank dat art. 39 van de voor bepaalde perioden algemeen verbindend verklaarde CAO ook aan de werknemer die op het tijdstip van de algemeen verbindendverklaring reeds ziek/arbeidsongeschikt is, recht geeft op suppletie. Dit recht vangt aan op het tijdstip van algemeen verbindendverklaring. Nu art. 39 van de CAO recht geeft op suppletie voor twee jaren te rekenen vanaf de dag dat de werknemer ziek wordt, gaat het om een recht op suppletie voor een bepaald tijdvak. Een dergelijk verkregen recht wordt niet aangetast doordat de CAO-bepaling waarop het berust in de loop van dat tijdvak ophoudt algemeen verbindend te zijn. Voor het antwoord op de vraag of de inconveniëntentoeslag in de suppletie dient te worden betrokken, is beslissend wat volgens art. 19 lid 3 van de CAO onder loon wordt verstaan.

Werkneemster, die in 1992 in dienst is getreden van een vleesfabrikant in de functie van vleesbewerkster is met ingang van 21 oktober 1996 wegens ziekte uitgevallen en zij is sedertdien ziek gebleven. Sinds 21 oktober 1997 ontvangt zij een WAO-uitkering naar een mate van arbeidsongeschiktheid van 80-100%. Art. 39 van de CAO voor de Vleesgroothandel en export-slachterijen (de CAO) zoals deze luidde in de jaren 1996, 1997 en 1998 geeft recht op suppletie bij ziekte; lid 1 bepaalt dat gedurende de eerste 52 weken het loon zoals omschreven in het derde lid van deze bepaling wordt doorbetaald; lid 2 bepaalt dat vervolgens gedurende het eerste jaar dat een uitkering krachtens de WAO en de AWW wordt genoten, een aanvulling van 30% zal plaatsvinden van het laatstgenoten loon als bedoeld in het derde lid, te weten het bedrag dat de betrokken werknemer gemiddeld per dag netto heeft verdiend in de dertien weken die zijn voorafgegaan aan de week waarin de werknemer arbeidsongeschikt werd, met inbegrip van de verdiensten op grond van regelma-

tig overwerk doch met uitzondering van vakantietoelage etc. De vleesfabrikant, een onderneming als bedoeld in art. 1, aanhef en lid 1 onder a, van de CAO, is niet aangesloten bij de Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel die partij is bij de CAO. De CAO is in haar verschillende versies algemeen verbindend verklaard in de perioden 28 maart 1996-31 maart 1996, 26 december 1996-31 maart 1997 en 25 december 1997-28 februari 1998. Werkneemster heeft gevorderd de vleesfabrikant te veroordelen tot betaling van achterstallig loon en aanvulling op de WAO-uitkering ad 30% conform art. 39 van de CAO vanaf februari 1998 tot het tijdstip waarop zij op grond van de bepalingen van de CAO geen aanspraak meer kan maken op deze aanvulling. De Rechtbank heeft de vorderingen van werkneemster gedeeltelijk toegewezen op de grond dat werkneemster in de periodes waarin art. 39 verbindend is geweest recht op suppletie heeft, maar niet in de tussenvolgende periodes – 1 april tot en met 24 december 1997 en 1 maart tot 21 oktober 1998 –, nu art. 39 niet algemeen verbindend was ten tijde van haar uitval wegens arbeidsongeschiktheid – 21 oktober 1996 – en zich dus niet het geval voordoet dat aan de orde was in het arrest van de Hoge Raad van 28 januari 1994, NJ 1994, 420. Slechts voor dat geval – de werknemer die op het tijdstip waarop hij arbeidsongeschikt is geworden kan krachtens algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een CAO tegenover de werkgever recht doen gelden op doorbetaling van salaris of aanvulling van wegens die arbeidsongeschiktheid genoten uitkeringen over een in die bepalingen omschreven tijdvak – heeft, zo oordeelde de Rechtbank, de Hoge Raad aanvaard dat het aldus verkregen recht niet wordt aangetast doordat in de loop van dat tijdvak de bedoelde bepalingen ophouden algemeen verbindend te zijn.

Gegronde is het middel dat betoogt dat de Rechtbank aldus oordelende heeft miskend dat de leer van het arrest van 28 januari 1994 moet worden doorgetrokken naar een situatie als de onderhavige, waarin de algemeen verbindendverklaring kort na de eerste dag van de arbeidsongeschiktheid – en in elk geval binnen 24 maanden nadien – plaatsvond. Het oordeel van de Rechtbank dat ingevolge art. 39 ook de werknemer die op het tijdstip van algemeen verbindendverklaring reeds ziek/arbeidsongeschikt is, recht heeft op suppletie, is in cassatie niet bestreden. Dit recht vangt aan op het tijdstip van de algemeen verbindendverklaring. Nu art. 39 het recht op suppletie geeft voor twee jaren te rekenen vanaf de dag dat de werknemer ziek wordt, gaat het om een recht op suppletie voor een bepaald tijdvak. Een dergelijk verkregen recht wordt, zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld in zijn hiervoor genoemd arrest, niet aangetast doordat de CAO-bepaling waarop het berust in de loop van dat tijdvak ophoudt algemeen verbindend te zijn.

De Rechtbank heeft geoordeeld dat werk-

neemster over de periode van 26 december 1996 tot en met 31 maart 1997 jegens de vleesfabrikant recht op aanvulling van het haar volgens de CAO toekomende loon tot 100% heeft, „evenwel zonder de inconvenientietoelage. Deze toeslag is een vergoeding die slechts bestemd is voor die mensen die ook werkelijk werkzaamheden verrichten, niet voor hen die ziek zijn (zie art. 19, lid 1 van de CAO).” Voor het antwoord op de vraag of de inconvenientietoelage in de suppletie dient te worden betrokken is niet doorslaggevend dat in art. 19 lid 1 van de CAO is bepaald dat die toeslag toekomt aan de werknemer die daadwerkelijk de daar genoemde werkzaamheden verricht. Beslissend is dat volgens art. 39 lid 3 van de CAO in dit artikel onder loon wordt verstaan het bedrag dat de betrokken werknemer gemiddeld per dag netto heeft verdiend in de 13 weken die zijn voorafgegaan aan de week waarin de werknemer arbeidsongeschikt werd met inbegrip van verdiensten op grond van regelmatig overwerk en met uitzondering van vakantietoelage, eindejaarsuitkering en eventuele eenmalige uitkeringen. De Rechtbank is dus uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting.*

(CAO voor de Vleesgroothandel en export-slachterijen art. 1, 19, 39)

Adelheid Luitjens, te Vriezenveen, eiseres tot cassatie, adv. mr. A.J. Swelheim,
tegen

J.B. Groothandel in Vlees B.V., te Vriezenveen, verweerster in cassatie, niet verschenen.

Rechtbank:

Ten aanzien van het recht:

1. Nu Luitjens tijdig en op de bij de wet voorgeschreven wijze in hoger beroep is gekomen van het vonnis van de kantonrechter te Almelo van 29 oktober 1998 en tegen dat vonnis grieven heeft geformuleerd, kan zij in haar appèl worden ontvangen.

2a. Luitjens heeft drie grieven tegen het bestreden vonnis geformuleerd. Deze grieven luiden, zakelijk weergegeven:

Grief I

2b. Ten onrechte heeft de kantonrechter te Almelo geoordeeld dat de collectieve arbeidsovereenkomst (CAO), zoals die gold vóór de wijziging van de beschrijving van de werkzaamheden in artikel 1 van die CAO per maart 1998, niet van toepassing is en heeft hij op grond daarvan de vordering van Luitjens afgewezen, een en ander zoals overwogen in de rechtsoverwegingen 6.1 tot en met 6.5 van het bestreden vonnis.

2c. Ter toelichting op deze grief heeft Luitjens het volgende gesteld.

Gelet op artikel 1, aanhef, lid 1 en onder a.

* Zie ook NJB 2002, p. 1255; JAR 2002/154; red.

van de CAO voor de Vleesgroothandel en Exportslachterijen (hierna: de CAO), zoals dat tot maart 1998 luidde, moet onder „groothandel in vlees” worden verstaan „die onderneming, of dat gedeelte van een onderneming, welke zich bezighoudt met één of meerdere van de volgende werkzaamheden:

- slachten van varkens, runderen, kalveren, schapen of paarden;
- afsnijden of anderszins bewerken van geslachte varkens, geslachte runderen, geslachte kalveren, geslachte schapen, geslachte paarden;
- bewerken van vlees of ongesmolten dierlijke vetten;
- verhandelen van vlees of ongesmolten dierlijke vetten;
- inleenbedrijven;

met uitzondering van ondernemingen wier werkzaamheden bestaan uit het verhandelen, be- of verwerken van slachtorganen of darmen en ondernemingen zonder productie- of verwerkingsfunctie (beheers B.V.).”.

2d. Binnen de onderneming J.B. Vlees B.V. worden volgens Luitjens onder meer de volgende werkzaamheden verricht: het ontdoen van aangeleverde varkens- en runderkoppen van hun vel, het bewerken van dat vel, het afsnijden en bewerken van vlees, het ontdoen van de aangeleverde schouders van de zwoerd (dat bewerkt wordt), het uitbenen en verwerken van de schouders en het uitbenen en bewerken van aangeleverde hammen. Deze werkzaamheden vallen wat Luitjens betreft onder de in artikel 1, aanhef, lid 1 en onder a. van de CAO genoemde werkzaamheden. Omdat de CAO algemeen verbindend is verklaard is J.B. Vlees B.V. aan de CAO gebonden. De algemeen verbindend verklaarde CAO heeft volgens haar nawerking, dat wil zeggen dat de CAO ook na het verstrijken van de duur van de algemeenverbindendverklaring gevolg voor individuele arbeidsovereenkomsten behoudt. Zij meent dan ook recht te hebben op nabetaling van de gevorderde aanvulling tot het volledige CAO-loon in de eerste 52 weken van haar ziekteperiode en op de aanvulling van 30% op het laatstgenoten loon in het tweede ziektejaar (conform artikel 39, lid 1, respectievelijk lid 2 van de CAO).

Grief II 2e. De kantonrechter heeft, na overwogen te hebben dat de werkzaamheden die Luitjens verricht ingevolge de nieuwe beschrijving in de per 1 maart 1998 van toepassing zijnde CAO wel onder de CAO vallen, ten onrechte nagelaten de gevorderde suppletie over de periode van 1 maart 1998 tot 21 oktober 1998 toe te wijzen.

2f. Ter toelichting op deze grief heeft Luitjens bij memorie van grieven gesteld dat deze is voorgedragen voor het geval grief I geen doel zou treffen. Bij pleidooi heeft Luitjens te kennen gegeven dat deze grief verder onbesproken kan blijven, omdat de CAO die geldt van 1 maart 1998 tot 1 april 2000 pas met ingang van

27 januari 1999 algemeen verbindend verklaard is.

Grief III 2g. Ten onrechte heeft de kantonrechter Luitjens veroordeeld in de proceskosten.

2h. Aan deze grief heeft Luitjens ten grondslag gelegd dat zij haars inziens door de kantonrechter in het gelijk had moeten worden gesteld en dat J.B. Vlees B.V. dus in de kosten had moeten worden veroordeeld.

3. Bij de beoordeling van het hoger beroep zal de rechtbank uitgaan van de volgende feiten, nu zij in eerste aanleg, dan wel in appel enerzijds zijn gesteld en anderzijds erkend, dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd betwist, dan wel blijken uit de inhoud van de overgelegde produkties voor zover niet bestreden:

a. Luitjens is op 3 februari 1992 voor bepaalde tijd (te weten een jaar) in dienst getreden van J.B. Vlees B.V. in de functie van vleesbewerker. De arbeidsovereenkomst is jaarlijks verlengd. Per 3 februari 1996 bedroeg haar salaris f 2363,20 bruto per maand.

b. Op 21 oktober 1996 is Luitjens uitgevallen wegens ziekte. Zij is sedertdien ziek gebleven. Met ingang van 21 oktober 1997 ontvangt Luitjens een uitkering krachtens de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO), berekend naar een mate van arbeidsongeschiktheid van 80-100%.

c. J.B. Vlees B.V. is niet aangesloten bij de Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel, die partij is bij de CAO.

d. Luitjens heeft de hierna in rechtsoverweging 4 beschreven vordering ingesteld bij de kantonrechter te Almelo. De kantonrechter heeft bij vonnis van 29 oktober 1998 de vordering afgewezen omdat J.B. Vlees B.V. geen onderneming zou zijn als bedoeld in artikel 1, aanhef, lid 1 onder a. van de CAO.

4. Luitjens heeft in hoger beroep gevorderd dat de rechtbank het vonnis van de kantonrechter zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, J.B. Vlees B.V. zal veroordelen tot betaling van:

– f 20 183,80 terzake van achterstallig loon over de periode van 21 oktober 1996 tot en met januari 1998;

– de aanvulling op de WAO-uitkering ad 30% conform artikel 39 van de CAO vanaf februari 1998 tot het tijdstip waarop Luitjens op grond van de bepalingen van de CAO aanspraak kan maken op deze aanvulling (bedoeld zal zijn: tot het tijdstip waarop Luitjens op grond van de bepalingen van de CAO geen aanspraak meer kan maken op deze aanvulling, toevoeging rechtbank);

– de vertragsvergoeding ex artikel 7:625 van het Burgerlijk Wetboek (BW) over voornoemde bedragen;

– de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf de datum van opeisbaarheid van de eerste twee genoemde bedragen tot aan de dag der algehele voldoening;

– de buitengerechtelijke invorderingskosten ad f 3533 inclusief BTW,
met veroordeling van J.B. Vlees B.V. in de proceskosten.

5. J.B. Vlees B.V. heeft de vordering van Luitjens gemotiveerd betwist. Zij heeft zich primair op het standpunt gesteld dat de CAO niet op haar van toepassing is, nu zij niet behoort tot de in artikel 1 van die CAO omschreven ondernemingen. Subsidiair is zij van mening dat, zo aangenomen moet worden dat de CAO wel van toepassing is, de CAO slechts van toepassing kan zijn gedurende die perioden dat deze algemeen verbindend verklaard was. Nawerking, zoals Luitjens heeft betoogd, komt de algemeen verbindend verklaarde CAO volgens J.B. Vlees B.V. niet toe.

6a. Met betrekking tot de voorgestelde grieven overweegt de rechtbank als volgt.

Grief I

6b. Op grond van artikel 1, aanhef, lid 1 en onder a. van de CAO, zoals dit luidde in 1996, is de CAO van toepassing op onder meer die ondernemingen, die zich bezighouden met het afsnijden of anderszins bewerken van geslachte varkens en runderen en het bewerken en verhandelen van vlees, met uitzondering van ondernemingen wier werkzaamheden bestaan uit het verhandelen, be- of verwerken van slachtorganen of darmen en ondernemingen zonder productie- of verwerkingsfunctie (beheers B.V.).

Bij gelegenheid van het pleidooi is gebleken dat de bij J.B. Vlees B.V. bewerkte koppen (het vlees van de snuit en de wangen wordt afgesneden) soms zonder ogen en hersenen werden aangeleverd en dat tien procent van het werk binnen de onderneming bestaat uit het uitbenen van hammen en schouders. Dat dit laatste door ingehuurd personeel gebeurt doet er niet aan af dat het tot de bedrijfsactiviteiten van J.B. Vlees B.V. behoort.

Gelet op deze werkzaamheden is de rechtbank van oordeel dat J.B. Vlees B.V. een onderneming is als bedoeld in artikel 1, aanhef, lid 1 en onder a. van de CAO. De in voormeld artikel genoemde uitzondering is niet van toepassing. J.B. Vlees B.V. verhandelt, be- of verwerkt geen darmen en evenmin slechts organen: de wangen en de snuit van een varkenskop en de hammen en schouders kunnen niet als orgaan worden beschouwd, daarbij dient toch gedacht te worden aan hersenen, lever, nieren en dergelijke.

Grief I treft derhalve doel. Het bestreden vonnis van de kantonrechter te Almelo kan dan ook niet in stand blijven en dient te worden vernietigd.

6c. Met betrekking tot de vordering van Luitjens overweegt de rechtbank dan als volgt. Het feit dat J.B. Vlees B.V. onder de werkingssfeer van de CAO valt wil niet zeggen dat de vordering van Luitjens volledig kan worden toegewezen. J.B. Vlees B.V. is immers niet aangesloten bij de Centrale Organisatie voor de Vlees-

groothandel (partij bij de CAO).

6d. De rechtbank is met partijen van oordeel dat de CAO in ieder geval wel van toepassing is op de arbeidsovereenkomst tussen partijen voor zover de CAO algemeen verbindend verklaard is.

De vordering van Luitjens bestrijkt het tijdvak van 21 oktober 1996 tot 21 oktober 1998. De CAO is, voor zover hier van belang, algemeen verbindend verklaard geweest van 26 december 1996 tot en met 31 maart 1997 en van 25 december 1997 tot en met 28 februari 1998. Luitjens heeft over de periode van 26 december 1996 tot en met 31 maart 1997 jegens J.B. Vlees B.V. recht op aanvulling van het haar volgens de CAO toekomende loon tot 100%, evenwel zonder de inconveniententoeslag. Deze toeslag is een vergoeding die slechts bestemd is voor die mensen die ook werkelijk werkzaamheden verrichten, niet voor hen die ziek zijn (zie artikel 19, lid 1 van de CAO). Luitjens heeft derhalve, nu J.B. Vlees B.V. ook geen verweer heeft gevoerd tegen de door Luitjens terzake overgelegde berekening, recht op betaling van een bedrag van f 3546,17 aan achterstallig loon. Over de periode van 25 december 1997 tot en met 28 februari 1998 heeft Luitjens recht op een aanvulling van 30% van het aan haar volgens de CAO toekomende loon. Op basis van een CAO-loon van f 2751, zoals dat gold tot in ieder geval 21 oktober 1997, zou dit neerkomen op f 1783,71. Met dit bedrag is rekening gehouden bij de berekening van de buitengerechtelijke incassokosten, nu uit de stukken niet blijkt uit welk loon Luitjens op grond van de CAO gedurende de periode van 25 december 1997 tot en met 28 februari 1998 aanspraak kon maken.

De rechtbank ziet, nu zij van oordeel is dat J.B. Vlees B.V. Luitjens niet met opzet te weinig loon/aanvulling aan Luitjens heeft betaald, aanleiding om de gevorderde vertragsvergoeding te matigen tot 20%. De gevorderde wettelijke rente over voornoemde bedragen is wel toewijsbaar, met ingang van de data vanaf welke J.B. Vlees B.V. telkens in verzuim is. De hoogte van de vordering terzake van buitengerechtelijke incassokosten zal door de rechtbank met behulp van het door de Nederlandse Orde van Advocaten terzake gehanteerde tarief worden vastgesteld op f 800.

6e. De vordering van Luitjens is voor het overige gebaseerd op de veronderstelling dat de algemeen verbindend verklaarde CAO nawerking heeft. Luitjens heeft daarbij onder meer verwezen naar een arrest van de Hoge Raad van 28 januari 1994 (*JAR* 1994, 47) en de conclusie van A-G Koopmans bij dit arrest. De rechtbank overweegt hieromtrent als volgt. Vaste rechtspraak is dat nawerking wordt toegekend aan bepalingen van CAO's die uit eigen kracht tussen werkgever en werknemer hebben gegolden, maar niet aan bepalingen waaraan die gelding toekwam ingevolge algemeen-verbindendverklaring. Dit laatste doet zich voor in deze zaak.

In voornoemd arrest is, voor zover hier rele-

vant, bepaald dat indien een werknemer op het tijdstip waarop hij arbeidsongeschikt is geworden, krachtens algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een CAO tegenover de werkgever recht kan doen gelden op doorbetaling van salaris – of aanvulling van wegens die arbeidsongeschiktheid genoten uitkeringen – over een in die bepalingen omschreven tijdvak, het aldus verkregen recht niet wordt aangetast doordat in de loop van dat tijdvak de bedoelde bepalingen ophouden algemeen verbindend te zijn. Deze situatie doet zich hier niet voor, omdat op 21 oktober 1996 (eerste dag van arbeidsongeschiktheid van Luitjens) de duur van de algemeen-verbindendverklaring reeds was verstreken. Naar het oordeel van de rechtbank gaat het te ver om aan te nemen dat de Hoge Raad met dit arrest beoogd heeft de rechtsregel in te stellen dat bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst, ook buiten het in het arrest omschreven geval, nawerking hebben. Veeleer moet worden aangenomen dat de Hoge Raad van oordeel is dat de dag waarop de werknemer arbeidsongeschikt wordt bepalend is voor de vraag of hij gedurende de 24 maanden daarna aanspraak kan maken op volledige doorbetaling/suppletie van zijn loon/uitkering: indien de werknemer dit recht bij aanvang van zijn arbeidsongeschiktheid verwerft op grond van een op dat moment algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst, verliest hij dat verkregen recht niet meer.

Gelet op het vorenstaande is de rechtbank van oordeel dat de bepalingen in de CAO, waarop Luitjens zich heeft beroepen, geen nawerking hebben. Voor zover de vordering van Luitjens niet in de vorige rechtsoverweging is toegewezen, zal zij derhalve moeten worden afgewezen.

Grief II

6f. Nu grief I doel treft, behoeft grief II geen verdere bespreking.

Grief III

6g. Deze grief treft doel, nu de rechtbank tot het oordeel is gekomen dat het bestreden vonnis van de kantonrechter moet worden vernietigd en Luitjens ten dele in het gelijk moet worden gesteld. Als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij dient J.B. Vlees B.V. de kosten van het geding in eerste aanleg en hoger beroep te betalen.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht dan wel verzuim van vormen waarvan het niet in acht nemen grond voor vernietiging vormt, doordat de Rechtbank heeft overwogen als in rov. 6d. en 6e. van het vonnis waarvan beroep is weergegeven, en (mede) op grond daarvan heeft beslist als in het dictum van dat vonnis aangeduid; ten onrechte en in strijd met het recht in verband met het navolgende.

Middelen van cassatie: algemeen

Tussen Luitjens en haar vroegere werkgeefster JB is in deze procedure in geschil (1) of JB valt onder de werkingssfeer van (art. 1 van) de CAO voor de Vleesgroothandel en exportslachterijen (de CAO) zoals deze in de jaren 1996, 1997 en 1998 luidde en, zo ja, (2) of het bepaalde in art. 39 van de CAO uitsluitend op de arbeidsongeschiktheidssituatie van Luitjens van toepassing is (a) over de periodes waarin die bepaling in de jaren algemeen verbindend is geweest, of (b) ook over de tussenliggende periodes. De Kantonrechter te Almelo heeft die *eerste* vraag in zijn vonnis van 29 oktober 1998 ontkennend beantwoord, zodat hij aan beantwoording van die *tweede* niet meer toekwam. De Rechtbank heeft, op het door Luitjens ingestelde hoger beroep, die *eerste* vraag bevestigend beantwoord en die *tweede* in de hierboven met (a) aangeduide zin. Tegen de wijze waarop de Rechtbank die *eerste* vraag heeft beantwoord, richt dit cassatieberoep zich *niet*.

In het kader van de beantwoording van die *tweede* vraag heeft de Rechtbank – samengevat en voor zover in cassatie van belang – het volgende overwogen.

(i) Luitjens heeft recht op de in art. 39 van de CAO genoemde suppletiebetalingen gedurende de tijdvakken – van 26 december 1996 tot en met 31 maart 1997 en van 25 december 1997 tot en met 28 februari 1998 – waarin de betrokken bepaling algemeen verbindend is geweest, met dien verstande dat de inconvenienttoeslag genoemd in art. 19 van de CAO niet in de suppletie dient te worden betrokken, nu die toeslag, gelet op die bepaling, een vergoeding is die slechts bestemd is voor die werknemers die ook werkelijk werkzaamheden verrichten, niet voor hen die ziek zijn (*rov. 6d*).

(ii) Luitjens heeft over de tussenliggende periodes waarin art. 39 niet algemeen verbindend is geweest – van 1 april tot en met 24 december 1997 en van 1 maart tot 21 oktober 1998 –, geen recht op suppletie, nu art. 39 niet algemeen verbindend was ten tijde van haar uitval wegens arbeidsongeschiktheid – 21 oktober 1996 –, en de situatie bedoeld in H.R. 28 januari 1994, *JAR* 1994, 47 zich derhalve in casu niet voordoet (*rov. 6e.*).

Middel I

De met (ii) aangeduide, in *rov. 6e.* van het vonnis waarvan beroep vervatte beslissing van de Rechtbank is rechtens onjuist. De Rechtbank heeft immers miskend dat de leer van het arrest van 28 januari 1994 moet worden doorgetrokken naar een situatie als de onderhavige, waarin de algemeen-verbindend-verklaring weliswaar niet op de eerste dag van de arbeidsongeschiktheid bestond, maar kort nadien – en in elk geval binnen 24 maanden na die eerste arbeidsongeschiktheidsdag – plaatsvond. In een dergelijke situatie neemt het recht op suppletie op dat (latere) moment – in dit geval: 26 december 1996 – een aanvang en loopt het, anders dan de Recht-

bank heeft aangenomen, bij voortdurende arbeidsongeschiktheid door tot 24 maanden na de eerste arbeidsongeschiktheidsdag, in dit geval dus tot 21 oktober 1998.

De door de Rechtbank gekozen benadering leidt tot het onbillijke resultaat dat de werknemer die via algemeen-verbindend-verklaring rechten aan een CAO kan ontleen, over de hiervoor bedoelde tussenliggende periodes alles of niets krijgt: volledige suppletie indien de algemeen-verbindend-verklaring bestond op de eerste arbeidsongeschiktheidsdag en niets indien die algemeen-verbindend-verklaring er toen nog niet was.

Middel II

Eveneens is rechtens onjuist en met (i) aangeduide, in *rov. 6d.* van het vonnis waarvan beroep vervatte beslissing van de Rechtbank, daartoe strekkende dat de inconveniententoeslag niet in de suppletie dient te worden betrokken. Anders dan de Rechtbank meent, is voor de vraag of die inconveniententoeslag in de suppletie dient te worden betrokken, *niet* doorslaggevend dat in art. 19, lid 1 van de CAO is bepaald dat die toeslag toekomt aan de werknemer die *daadwerkelijk* de daar genoemde werkzaamheden verricht. Art. 39, lid 3 van de CAO bepaalt immers dat in dat artikel onder loon wordt verstaan het bedrag dat de betrokken werknemer gemiddeld per dag netto heeft verdiend in de 13 weken die zijn voorafgegaan aan de week waarin de werknemer arbeidsongeschikt werd met inbegrip van verdiensten op grond van regelmatig overwerk en met uitzondering van vakantietoeslag, eindejaarsuitkering en eventuele eenmalige uitkeringen. Doorslaggevend is derhalve *uitsluitend* of de betrokkene de bedoelde inconveniententoeslag in de betrokken 13-weken-periode heeft genoten enerzijds en of die toeslag tot het loonbegrip van art. 39, lid 3 behoort anderzijds. Uit de stukken blijkt dat die eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord. Ook die tweede moet bevestigend worden beantwoord. Weliswaar wordt de inconveniententoeslag in art. 39, lid 3 niet met zoveel woorden genoemd, maar dat gebeurt evenmin met andere (vaste) toeslagen als de ploegentoeslag van art. 18 van de CAO en de extra beloning voor arbeid op ongunstige uren van art. 20 van de CAO. Gelet op de plaats die die bepalingen in de CAO innemen en op de gebruikelijkheid van dergelijke toeslagen bij arbeid als de onderhavige, moet worden aangenomen dat deze, met inbegrip van de inconveniententoeslag, behoren tot het loonbegrip van art. 39, lid 3 van de CAO.

Aangezien de door de Rechtbank in *rov. 6g.* en in het dictum van het vonnis waarvan beroep gegeven beslissingen voortbouwen op haar hiervoor aangeduide beslissingen, volgt uit het voorgaande tevens waarom die rechtsoverwegingen bij gegrondbevinding van één of meer van de hiervoor geformuleerde klachten evenmin in stand kunnen blijven.

Conclusie A-G mr De Vries Lentsch-Kostense:

Inleiding

1. In deze zaak komen aan de orde het vraagstuk van de nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen en de in dat verband ontwikkelde leer van de verkregen rechten. Sinds HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 348 (Hop/Hom), m.nt. PAS geldt als vaste jurisprudentie dat aan bepalingen uit een CAO waaraan gelding toekomt op grond van een algemeen-verbindendverklaring geen nawerking toekomt ingeval deze bepalingen ophouden algemeen verbindend te zijn. Mijn oud-ambtgenoot Koopmans die overigens met kracht van argumenten pleitte voor het onverkort aanvaarden van nawerking, heeft in zijn conclusie voor het arrest HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 420 (Beenen/Vanduhö), m.nt. PAS, betoogd dat het probleem van het ontbreken van nawerking kan worden ondervangen door de nadruk te leggen op verkregen rechten. In genoemd arrest is deze suggestie gevolgd; overwogen werd dat indien een werknemer op het tijdstip waarop hij arbeidsongeschikt is geworden krachtens algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een CAO tegenover de werkgever recht kan doen gelden op doorbetaling van salaris of aanvulling van wegens arbeidsongeschiktheid genoten uitkeringen over een in die bepalingen omschreven tijdvak, het aldus verkregen recht niet wordt aangetast doordat in de loop van dat tijdvak de bedoelde bepalingen ophouden algemeen verbindend te zijn.

In de onderhavige zaak gaat het om een werknemster die arbeidsongeschikt is geworden vóór de algemeen-verbindendverklaring van de CAO-bepaling die recht gaf op doorbetaling van loon bij ziekte en op aanvulling van wegens arbeidsongeschiktheid genoten uitkeringen voor een periode van twee jaar. De Rechtbank oordeelde dat de werknemster slechts recht heeft op loon/suppletie gedurende de tijdvakken waarin deze CAO-bepaling algemeen verbindend was. Daartegen wordt in cassatie opgekomen. Het cassatiemiddel betoogt dat ook in een geval als het onderhavige sprake is van een verkregen recht op loon/suppletie gedurende een bepaald tijdvak dat aanvangt op het moment waarop de CAO-bepaling algemeen verbindend is geworden en dat niet wordt aangetast doordat in de loop van dat tijdvak de bedoelde bepalingen ophouden algemeen verbindend te zijn. In de schriftelijke toelichting wordt bovendien ervoor gepleit alsnog in het voetspoor van de toenmalige A-G Koopmans ook voor algemeen verbindend verklaarde bepalingen nawerking te aanvaarden. Voorts speelt nog een kwestie van uitleg van het in de desbetreffende CAO-bepaling gehanteerde begrip „loon”.

Feiten en verloop van het geding

2. Tussen partijen, verder: Luitjens en J.B. Vlees B.V., staat het volgende vast:

i) Luitjens is op 3 februari 1992 voor bepaalde tijd (een jaar) in dienst getreden van J.B. Vlees B.V. in de functie van vleesbewerkster. De arbeidsovereenkomst is jaarlijks verlengd. Per 3 februari 1996 bedroeg haar salaris f 2363,20 bruto per maand.

ii) Op 21 oktober 1996 is Luitjens uitgevalen wegens ziekte. Zij is sedertdien ziek gebleven.

iii) Met ingang van 21 oktober 1997 ontvangt Luitjens een uitkering krachtens de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) berekend naar de mate van arbeidsongeschiktheid van 80-100%.

iv) Art. 39 van de CAO voor de Vleesgroothandel en exportslachterijen (verder: de CAO) zoals deze luidde in de jaren 1996, 1997 en 1998 geeft recht op suppletie bij ziekte; lid 1 bepaalt dat gedurende de eerste 52 weken het loon zoals omschreven in het derde lid van deze bepaling wordt doorbetaald; lid 2 bepaalt dat vervolgens gedurende het eerste jaar dat een uitkering krachtens de WAO en de AWW wordt genoten, een aanvulling van 30% zal plaatsvinden van het laatstgenoten loon als bedoeld in het derde lid. In dat derde lid wordt bepaald dat onder loon in art. 39 wordt verstaan het bedrag dat de betrokken werknemer gemiddeld per dag netto heeft verdiend in de dertien weken die zijn voorafgegaan aan de week waarin de werknemer arbeidsongeschikt werd, met inbegrip van de verdiensten op grond van regelmatig overwerk doch met uitzondering van vakantietoeslag, eindejaarsuitkering en eventuele eenmalige uitkeringen.

v) J.B. Vlees B.V. is niet aangesloten bij de Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel die partij is bij de CAO.

vi) De CAO is in haar verschillende versies algemeen verbindend verklaard voor de volgende perioden:

28 maart 1996-31 maart 1996

26 december 1996-31 maart 1997

25 december 1997-28 februari 1998.

3. Luitjens heeft gevorderd J.B. Vlees B.V. te veroordelen tot betaling van een bedrag van f 20 183,80 ter zake van achterstallig loon, alsmede tot betaling van een aanvulling op de WAO-uitkering ad 30% conform artikel 39 van de CAO vanaf februari 1998. Daarbij heeft zij zich op het standpunt gesteld dat aan art. 39 van de CAO nawerking moet worden toegekend, zodat zij recht heeft op doorbetaling van loon over de periode van 26 december 1996 tot 21 oktober 1997 en voorts op een suppletie met betrekking tot de arbeidsongeschiktheidsuitkering over de periode 21 oktober 1997 tot 21 oktober 1998. Verder heeft zij zich op het standpunt gesteld dat de inconveniententoeslag die zij krachtens art. 19 van de CAO genoot, in de suppleties moet worden betrokken.

4. De Kantonrechter heeft de vorderingen van Luitjens afgewezen; hij concludeerde dat de CAO niet van toepassing is geweest op de arbeidsovereenkomst tussen partijen omdat J.B.

Vlees B.V. naar zijn oordeel niet een onderneming is die valt onder het bereik van de CAO zoals deze destijds luidde.

5. De Rechtbank achtte, anders dan de Kantonrechter, de CAO van toepassing op de arbeidsovereenkomst tussen partijen voorzover deze algemeen verbindend was geworden. De Rechtbank heeft vervolgens vooropgesteld dat de vordering van Luitjens het tijdvak van 21 oktober 1996 tot 21 oktober 1998 bestrijkt terwijl de CAO algemeen verbindend verklaard is geweest van 26 december 1996 tot en met 31 maart 1997 en van 25 december 1997 tot en met 28 februari 1998. Zij overwoog dat volgens vaste jurisprudentie slechts nawerking wordt toegekend aan bepalingen van CAO's die uit eigen kracht tussen werkgever en werknemer hebben gegolden maar niet aan bepalingen waaraan die gelding toekomt ingevolge een algemeen-verbindendverklaring. Zij overwoog verder dat uit het arrest van de Hoge Raad van 28 januari 1994, *NJ* 1994, 420, m.nt. PAS moet worden afgeleid dat indien een werknemer op het tijdstip waarop hij arbeidsongeschikt is geworden krachtens algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een CAO over een bepaald tijdvak recht kan doen gelden op doorbetaling van loon of aanvulling van een uitkering wegens arbeidsongeschiktheid, sprake is van nawerking in dier voege dat het aldus verkregen recht niet wordt aangetast doordat in de loop van dat tijdvak de bedoelde bepalingen ophouden algemeen verbindend te zijn; zij oordeelde dat een dergelijk geval zich hier evenwel niet voordoet omdat op 21 oktober 1996, de eerste dag van de arbeidsongeschiktheid van Luitjens, de CAO niet algemeen verbindend was. De Rechtbank oordeelde voorts dat Luitjens geen recht heeft op de inconveniententoeslag van art. 19 van de CAO nu deze toeslag – naar blijkt uit deze bepaling – een vergoeding is die slechts bestemd is voor degenen die ook daadwerkelijk werkzaamheden verrichten en niet voor hen die ziek zijn. De Rechtbank kwam aldus tot de slotsom dat Luitjens jegens J.B. Vlees B.V. a) over de periode van 26 december 1996 tot en met 31 maart 1997 recht heeft op aanvulling van het haar volgens de CAO toekomende loon tot 100% zonder de inconveniententoeslag en b) over de periode van 25 december 1997 tot en met 28 februari 1998 recht heeft op een aanvulling van 30% van het aan haar volgens de CAO toekomende loon zonder de inconveniententoeslag.

6. Luitjens heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. Zij heeft haar cassatieberoep schriftelijk toegelicht. J.B. Vlees B.V. is in cassatie niet verschenen.

De cassatiemiddelen

7. Middel I bestrijdt als rechtens onjuist het oordeel van de Rechtbank dat Luitjens in de perioden dat de CAO niet algemeen verbindend is verklaard, derhalve van 1 april tot en met 24 december 1997 en van 1 maart tot 21 oktober

1998, geen recht heeft op suppletie conform art. 39 van de CAO nu deze bepaling niet algemeen verbindend was verklaard toen zij – op 21 oktober 1996 – uitviel wegens arbeidsongeschiktheid. Het middel klaagt dat de Rechtbank heeft miskend dat „de leer van het arrest van 28 januari 1994 moet worden doorgetrokken naar een situatie als de onderhavige waarin de algemeen-verbindendverklaring weliswaar niet op de eerste dag van de arbeidsongeschiktheid bestond, maar kort nadien – en in elk geval binnen 24 maanden na die eerste arbeidsongeschiktheidsdag – plaatsvond.” In een dergelijke situatie neemt, aldus het middel, het recht op suppletie op dat (latere) moment (in casu 26 december 1996) een aanvang en loopt het, anders dan de Rechtbank heeft aangenomen, bij voortdurende arbeidsongeschiktheid door tot 24 maanden na de eerste arbeidsongeschiktheidsdag (in casu 21 oktober 1998). In de schriftelijke toelichting wordt bovendien een pleidooi gehouden voor aanvaarding van nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO's.

8. Van „nawerking” van een CAO is sprake ingeval de CAO ook na afloop van haar geldingsduur haar gelding in de individuele arbeidsovereenkomst behoudt. Nawerking is aanvaard voor de horizontale bepalingen uit CAO's die krachtens de artt. 12-14 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst inhoud zijn gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomsten van partijen die lid zijn van de verenigingen die de CAO zijn aangegaan. Nawerking houdt in dat de CAO-bepalingen onderdeel blijven uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst ook nadat de geldingsduur van de CAO is verstreken, met dien verstande dat de individuele contractsvrijheid is hersteld zodat partijen afwijkende afspraken kunnen maken.

In zijn reeds genoemde arrest van 18 januari 1980 (Hop/Hom) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat alleen nawerking toekomt aan CAO's die uit eigen kracht hebben gegolden en dat geen nawerking toekomt aan bepalingen uit een CAO waaraan gelding toekwam op grond van een algemeen-verbindendverklaring. Na het verstrijken van de periode waarvoor de algemeen-verbindendverklaring gold, geldt in de individuele arbeidsovereenkomst niet zonder meer hetgeen partijen voordien waren overeengekomen; in zijn arrest van 2 april 1993, *NJ* 1993, 612 (Bongers/KSB), m.nt. PAS, waarin het ging om een door een algemeen verbindend verklaarde CAO-bepaling toegekend recht op vergoeding van overwerk, heeft de Hoge Raad immers overwogen dat de vraag of de werknemer ook in de periode waarin geen CAO van toepassing is recht kon doen gelden op vergoeding van overwerk, moet worden beantwoord aan de hand van wat partijen over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten afleiden, mede in het licht van wat zij over en weer van elkaar aan inzicht

mochten verwachten, waarbij onder meer betekenis zal toekomen aan de omstandigheid dat de CAO in de periode dat deze wel gold recht op vergoeding van overwerk gaf, aan de functie en het daarmee samenhangende loonniveau van de werknemer in het bedrijf en aan de omstandigheid dat de werknemer regelmatig weekstaten heeft ingediend zonder dat daartegen van de zijde van de werkgever bezwaar is gemaakt.

9. Het „Hop-Hom arrest” van 18 januari 1980 heeft kritiek geoogst. Zie de auteurs genoemd in de meergenoemde conclusie van mijn oud-ambtgenoot Koopmans voor HR 28 januari 1994. Koopmans heeft in deze conclusie erop gewezen dat aan het onthouden van nawerking aan CAO-bepalingen waaraan gelding toekwam op grond van een algemeen-verbindendverklaring, het grote praktische bezwaar kleeft dat in een belangrijk aantal ondernemingen in verschillende bedrijfstakken voor de werknemers het arbeidsvoorwaardenregime in de ene helft van het jaar telkens anders is dan in de andere helft nu algemeen-verbindendverklaring van elkaar in de tijd opvolgende collectieve arbeidsovereenkomsten niet kan leiden tot een aaneensluitend arbeidsvoorwaardenregime nu een procedure moet worden gevolgd voordat tot algemeen-verbindendverklaring kan worden overgegaan terwijl aan een algemeen-verbindendverklaring geen terugwerkende kracht kan worden verleend. M.G. Rood („Nog geen nawerking van via avv geldende cao-bepalingen”, *TVVS* 1994, nr. 94/5, p. 132-134) spreekt in dit verband van het „jojo-effect”. Koopmans heeft in zijn conclusie, waarin hij ook nog wijst op de dogmatische zwakte van het stelsel zoals aanvaard in het Hop-Hom arrest, met name in verband met de door hem beschreven praktische bezwaren ervoor gepleit de nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen volledig te erkennen.

10. De Hoge Raad heeft in zijn op 28 januari 1994 gewezen arrest zijn A-G op dit punt niet willen volgen. Het te berechten geval betrof een algemeen verbindend verklaarde CAO-bepaling die de werknemer bij arbeidsongeschiktheid gedurende de eerste twee jaar recht gaf op suppletie van loon; de betrokken werknemer was arbeidsongeschikt geworden in de periode waarin de CAO algemeen verbindend was. In zijn arrest heeft de Hoge Raad de nadruk gelegd op „verkregen rechten” door te overwegen dat indien een werknemer op het tijdstip waarop hij arbeidsongeschikt is geworden krachtens algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de CAO tegenover de werkgever recht kan doen gelden op doorbetaling van salaris (of aanvulling van wegens die arbeidsongeschiktheid genoten uitkeringen) over een in die bepalingen omschreven tijdvak, het aldus verkregen recht niet wordt aangetast doordat in de loop van dat tijdvak de bedoelde bepalingen ophouden algemeen verbindend te zijn.

Koopmans had in zijn conclusie reeds betoogd dat de nadruk kon worden gelegd op

„verkregen rechten”. Hij merkte in dat verband het volgende op: „Degene die arbeidsongeschikt wordt tijdens de gelding van de algemeen-verbindendverklaring verkrijgt de suppletie en behoudt die; degene die buiten een tijdvak van algemeen-verbindendverklaring arbeidsongeschikt wordt, verkrijgt het recht op suppletie pas wanneer de nieuwe algemeen-verbindendverklaring plaatsvindt; hij behoudt dat recht dan tot 24 maanden na de dag waarop hij ziek werd.” Koopmans betoogde dat deze benadering met de tekst van de desbetreffende CAO-bepaling wel is te rijmen, waarbij hij erop wees dat de cassatierechter de CAO-bepaling in verband met de algemeen-verbindendverklaring zelf kan uitleggen. Hij concludeerde dat deze oplossing erop neerkomt dat aan de CAO-bepaling een zekere nawerking wordt toegekend en wel op grond van uitlegging van die bepaling. Hij waarschuwde wel ervoor dat door het opteren voor deze oplossing op andere gebieden onzekerheid zou blijven bestaan, bijvoorbeeld met betrekking tot de nawerking van CAO-bepalingen die bijzondere regels geven voor oudere werknemers, werktijd en overwerk regelen, snipperdagen of een ploegentoeslag toekennen, stelsels van functiewaardering of een leerlingstelsel invoeren, enz. Hij besloot met de opmerking dat er zijns inziens iets voor valt te zeggen om de nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen volledig te erkennen.

Stein heeft in zijn NJ-annotatie erop gewezen dat het leerstuk van de verkregen rechten omstreden is omdat zo moeilijk valt te omschrijven wat wel en wat niet als een verkregen recht moet worden aangemerkt zodat het begrip al spoedig ontaardt tot een „toverformule”.

Ook door anderen is betreurd dat de Hoge Raad zijn A-G niet heeft gevolgd in zijn pleidooi voor aanvaarding van volledige erkenning van de nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen. Zie bijvoorbeeld Rood in zijn reeds genoemde bijdrage in *TVVS* 1994, nr. 4/5 en C.G. Boot, *Sociaal Recht* 1994-7/8, p. 199-203.

11. De Hoge Raad zou in de onderhavige zaak alsnog gehoor kunnen geven aan het pleidooi van zijn toenmalige A-G Koopmans (het middel biedt daarvoor de ruimte), hetgeen dan zonder meer zou betekenen dat het bestreden vonnis niet in stand kan blijven.

Ook ingeval wordt vastgehouden aan de hiervoor besproken jurisprudentie, kan het bestreden vonnis niet in stand blijven. De Rechtbank heeft art. 39 van de CAO aldus uitgelegd dat deze bepaling ook recht geeft op suppletie aan de werknemer die reeds ziek/arbeitsongeschikt is, zij het nog niet gedurende een periode van twee jaar of langer, op het moment waarop deze bepaling algemeen verbindend werd. Het recht op suppletie vangt dan aan met de algemeen-verbindendverklaring en moet eindigen na verloop van twee jaar te rekenen vanaf de dag waarop de werknemer ziek werd. Deze uit-

leg die in cassatie op juistheid zou kunnen worden getoetst omdat algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een CAO recht zijn in de zin van art. 99 (oud) RO (art. 79 RO) is in cassatie niet bestreden en lijkt mij overigens ook juist. Aldus uitgelegd geeft art. 39 van de CAO een recht op suppletie gedurende een bepaald tijdvak; gezien het arrest van 28 januari 1994 wordt dit aldus verkregen recht niet aangetast doordat in de loop van dat tijdvak art. 39 ophoudt algemeen verbindend te zijn. Het middel betoogt terecht dat de Rechtbank dit laatste heeft miskend. Het bestreden vonnis kan dan ook niet in stand blijven.

12. Middel II bestrijdt het oordeel van de Rechtbank dat de inconveniententoeslag niet in de suppletie dient te worden betrokken omdat die toeslag, zoals blijkt uit art. 19 lid 1 van de CAO, slechts bestemd is voor die mensen die ook daadwerkelijk werkzaamheden verrichten. Betoogd wordt dat voor de vraag of de inconveniententoeslag in de suppletie dient te worden betrokken niet doorslaggevend is hetgeen in art. 19 lid 1 van de CAO omtrent die toeslag is bepaald, nu in art. 39 lid 3 van de CAO is bepaald dat onder loon in de zin van art. 39 moet worden verstaan het bedrag dat de betrokken werknemer gemiddeld per dag netto heeft verdiend in de dertien weken die zijn voorafgegaan aan de week waarin de werknemer arbeidsongeschikt werd, met inbegrip van verdiensten op grond van regelmatig overwerk en met uitzondering van vakantietoeslag, eindejaarsuitkering en eventuele eenmalige uitkeringen. Doorslaggevend is derhalve – aldus het middel – of de inconveniententoeslag in de genoemde dertien weken door Luitjens is ontvangen en tevens of deze toeslag tot het in art. 39 lid 3 bedoelde loon behoort.

13. Ook dit middel treft doel, in aanmerking genomen dat de uitleg van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen in cassatie op juistheid kan worden getoetst. Terecht betoogt het middel dat gezien de bepaling van art. 39 lid 3 van de CAO waarin wordt omschreven wat onder het begrip loon in deze bepaling moet worden verstaan, voor de beantwoording van de vraag of de inconveniententoeslag van art. 19 lid 1 van de CAO in de suppletie dient te worden betrokken, uitsluitend beslissend is of de inconveniententoeslag valt onder de in het middel juist weergegeven omschrijving van het loonbegrip in art. 39 lid 3. Het middel gaat terecht ervan uit dat ingevolge de in art. 39 lid 3 gegeven omschrijving de inconveniententoeslag van art. 19 lid 1 in de suppletie dient te worden betrokken ingeval de betrokken werknemer recht op deze toeslag heeft kunnen doen gelden in de dertien weken voorafgaande aan de week waarin de werknemer arbeidsongeschikt werd. De Rechtbank heeft een en ander miskend.

14. Op grond van het vorenstaande kom ik tot de slotsom dat het bestreden vonnis moet

worden vernietigd en dat verwijzing moet volgen.

Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot verwijzing ter verdere behandeling en beslissing.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseres tot cassatie – verder te noemen: Luitjens – heeft bij exploit van 26 februari 1998 verweerster in cassatie – verder te noemen: J.B. Vlees B.V. – gedagvaard voor de Kantonrechter te Almelo en gevorderd bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, J.B. Vlees B.V. te veroordelen tot betaling van:

- een bedrag van f 20 183,80 terzake achterstallig loon, berekend tot en met januari 1998;
- de aanvulling op de WAO-uitkering van 30% van eiseresses loon conform art. 39 van de CAO, vanaf februari 1998 tot het tijdstip waarop eiseres op grond van de bepalingen in de CAO geen aanspraak meer kan maken op deze aanvulling;

- de vertragsvergoeding als bedoeld in art. 7:625 BW over voornoemde bedragen;
- de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW vanaf de datum van opeisbaarheid over de eerste twee genoemde bedragen tot aan de dag der algehele voldoening;

- de buitengerechtelijke invorderingskosten van f 3533 inclusief BTW, zijnde de BTW voor eiseres geen verrekenpost.

J.B. Vlees B.V. heeft de vordering bestreden.

De Kantonrechter heeft bij vonnis van 29 oktober 1998 de vordering afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft Luitjens hoger beroep ingesteld bij de Rechtbank te Almelo.

Bij vonnis van 15 maart 2000 heeft de Rechtbank het vonnis van de Kantonrechter van 29 oktober 1998 vernietigd en opnieuw rechtdoende J.B. Vlees B.V. veroordeeld om aan Luitjens te betalen:

I. een bedrag van f 354,17, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de data met ingang waarvan J.B. Vlees B.V. telkens in verzuim is tot aan de dag van de algehele voldoening;

II. in aanvulling op haar WAO-uitkering 30% van het op grond van de CAO aan Luitjens toekomende loon, zulks over de periode 25 december 1997 tot en met 28 februari 1998, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de data met ingang waarvan J.B. Vlees B.V. telkens in verzuim is tot aan de dag van de algehele voldoening;

III. een vertragsvergoeding ex art. 7:625 BW van 20% over de in de onderdelen I en II van het dictum bedoelde bedragen (exclusief wettelijke rente), te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de data met ingang waarvan J.B. Vlees B.V. telkens in verzuim is tot aan de dag van de algehele voldoening;

IV. ter zake van buitengerechtelijke incassokosten een bedrag van f 800, en

V. het meer of anders gevorderde afgewezen.

(...)

2. Het geding in cassatie

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal C.L. de Vries Lentsch-Kostense strekt tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot verwijzing ter verdere behandeling en beslissing.

3. Beoordeling van de middelen

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Luitjens is op 3 februari 1992 voor bepaalde tijd (een jaar) in dienst getreden van J.B. Vlees B.V. in de functie van vleesbewerkster. De arbeidsovereenkomst is jaarlijks verlengd. Per 3 februari 1996 bedroeg haar salaris f 2363,20 bruto per maand.

(ii) Op 21 oktober 1996 is Luitjens uitgevalen wegens ziekte. Zij is sedertdien ziek gebleven.

(iii) Met ingang van 21 oktober 1997 ontvangt Luitjens een uitkering krachtens de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) berekend naar een mate van arbeidsongeschiktheid van 80-100%.

(iv) Art. 39 van de CAO voor de Vleesgroothandel en exportslachterijen (hierna: de CAO) zoals deze luidde in de jaren 1996, 1997 en 1998 geeft recht op suppletie bij ziekte; lid 1 bepaalt dat gedurende de eerste 52 weken het loon zoals omschreven in het derde lid van deze bepaling wordt doorbetaald; lid 2 bepaalt dat vervolgens gedurende het eerste jaar dat een uitkering krachtens de WAO en de AWW wordt genoten, een aanvulling van 30% zal plaatsvinden van het laatstgenoten loon als bedoeld in het derde lid. In dat derde lid wordt bepaald dat onder loon in art. 39 wordt verstaan het bedrag dat de betrokken werknemer gemiddeld per dag netto heeft verdiend in de dertien weken die zijn voorafgegaan aan de week waarin de werknemer arbeidsongeschikt werd, met inbegrip van de verdiensten op grond van regelmatig overwerk doch met uitzondering van vakantietoeslag, eindejaarsuitkering en eventuele eenmalige uitkeringen.

(v) J.B. Vlees B.V., een onderneming als bedoeld in art. 1, aanhef en lid 1 onder a, van de CAO, is niet aangesloten bij de Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel die partij is bij de CAO.

(vi) De CAO is in haar verschillende versies algemeen verbindend verklaard voor de volgende perioden: 28 maart 1996-31 maart 1996; 26 december 1996-31 maart 1997; 25 december 1997-28 februari 1998.

3.2. Luitjens heeft gevorderd J.B. Vlees B.V. te veroordelen tot betaling van een bedrag van f 20 183,80 ter zake van achterstallig loon, alsmede tot betaling van een aanvulling op de

WAO-uitkering ad 30% conform art. 39 van de CAO vanaf februari 1998 tot het tijdstip waarop Luitjens op grond van de bepalingen van de CAO geen aanspraak meer kan maken op deze aanvulling.

De Kantonrechter, oordelende dat de CAO zoals deze destijds luidde niet van toepassing was, heeft de vordering afgewezen.

In hoger beroep heeft de Rechtbank het vonnis van de Kantonrechter vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van Luitjens gedeeltelijk toegewezen en J.B. Vlees B.V. veroordeeld als hiervoor onder 1 vermeld.

3.3.1. De Rechtbank heeft geoordeeld dat Luitjens in de periodes waarin art. 39 verbindend is geweest recht op suppletie heeft, maar niet in de tussenliggende periodes – 1 april tot en met 24 december 1997 en 1 maart tot 21 oktober 1998 –, nu art. 39 niet algemeen verbindend was ten tijde van haar uitval wegens arbeidsongeschiktheid – 21 oktober 1996 – en zich dus niet het geval voordoet dat aan de orde was in het arrest van de Hoge Raad van 28 januari 1994, nr. 15 240, *NJ* 1994, 420. Slechts voor dat geval – de werknemer die op het tijdstip waarop hij arbeidsongeschikt is geworden, krachtens algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een CAO tegenover de werkgever recht kan doen gelden op doorbetaling van salaris of aanvulling van wegens die arbeidsongeschiktheid genoten uitkeringen over een in die bepalingen omschreven tijdvak – heeft, zo oordeelde de Rechtbank, de Hoge Raad aanvaard dat het aldus verkregen recht niet wordt aangetast doordat in de loop van dat tijdvak de bedoelde bepalingen ophouden algemeen verbindend te zijn.

3.3.2. Middel I betoogt dat de Rechtbank aldus oordelende heeft miskend dat de leer van het arrest van 28 januari 1994 moet worden doorgetrokken naar een situatie als de onderhavige, waarin de algemeen verbindendverklaring kort na de eerste dag van de arbeidsongeschiktheid – en in elk geval binnen 24 maanden nadien – plaatsvond.

3.3.3. Het middel is gegrond. Het oordeel van de Rechtbank dat ingevolge art. 39 ook de werknemer die op het tijdstip van algemeen verbindendverklaring reeds ziek/arbeitsongeschikt is, recht heeft op suppletie, is in cassatie niet bestreden. Dit recht vangt aan op het tijdstip van de algemeen verbindendverklaring. Nu art. 39 het recht op suppletie geeft voor twee jaren te rekenen vanaf de dag dat de werknemer ziek wordt, gaat het om een recht op suppletie voor een bepaald tijdvak. Een dergelijk verkregen recht wordt, zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld in zijn hiervoor genoemd arrest, niet aangetast doordat de CAO-bepaling waarop het berust in de loop van dat tijdvak ophoudt algemeen verbindend te zijn.

3.4. In rov. 6d heeft de Rechtbank geoordeeld dat Luitjens over de periode van 26 december 1996 tot en met 31 maart 1997 jegens J.B. Vlees B.V. recht op aanvulling van het haar

volgens de CAO toekomende loon tot 100% heeft, „evenwel zonder de inconveniententoeslag. Deze toeslag is een vergoeding die slechts bestemd is voor die mensen die ook werkelijk werkzaamheden verrichten, niet voor hen die ziek zijn (zie artikel 19, lid 1 van de CAO).”

3.5. Middel II voert terecht aan dat voor het antwoord op de vraag of de inconveniententoeslag in de suppletie dient te worden betrokken, niet doorslaggevend is dat in art. 19 lid 1 van de CAO is bepaald dat die toeslag toekomt aan de werknemer die daadwerkelijk de daar genoemde werkzaamheden verricht. Beslissend is dat volgens art. 39 lid 3 van de CAO in dit artikel onder loon wordt verstaan het bedrag dat de betrokken werknemer gemiddeld per dag netto heeft verdiend in de 13 weken die zijn voorafgegaan aan de week waarin de werknemer arbeidsongeschikt werd met inbegrip van verdiensten op grond van regelmatig overwerk en met uitzondering van vakantietoeslag, eindejaarsuitkering en eventuele eenmalige uitkeringen. De Rechtbank is dus uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Middel II slaagt derhalve evenzo.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het vonnis van de Rechtbank te Almelo van 15 maart 2000;

verwijst het geding naar het Gerechtshof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt J.B. Vlees B.V. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Luitjens begroot op € 1765,04 in totaal, waarvan € 1726,47 op de voet van art. 243 Rv. te betalen aan de Griffier, en € 38,57 aan Luitjens.

Noot:

1. In 1980 heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat aan bepalingen van een algemeen verbindend verklaarde cao geen nawerking toekomt na afloop van de periode waarvoor de algemeenverbindendverklaring heeft plaatsgevonden (HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 348, Hop/Hom). In 1994 is dat standpunt in zoverre genuanceerd, dat van een werknemer die arbeidsongeschikt is en uit hoofde van een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling recht heeft op doorbetaling of aanvulling van een salaris of uitkering over een in die bepaling omschreven tijdvak, dit verkregen recht niet wordt aangetast doordat in de loop van dat tijdvak de bedoelde bepaling ophoudt algemeen verbindend te zijn (HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 420, *JAR* 1994/47, Beenen/Vanduho). Gesproken wordt over de leer van de verkregen rechten.

2. In dit arrest wordt deze leer toegepast op een situatie die enigszins afwijkt van de casus waarover in 1994 werd beslist. Werkneemster was reeds arbeidsongeschikt op het moment dat de cao-bepalingen algemeen verbindend werden verklaard, die haar recht gaven op het volle-

dige loon tijdens het eerste jaar van ziekte en een aanvulling van 30% op de WAO-uitkering gedurende het eerste jaar van arbeidsongeschiktheid. De werkgever was niet aangesloten bij de werkgeversorganisatie, zodat betrokkene voor de toepasselijkheid van cao-bepalingen afhankelijk was van algemeen verbindend verklaring. De rechtbank had haar de vordering ontzegd, omdat op de eerste dag van arbeidsongeschiktheid de cao niet algemeen verbindend was verklaard. De Hoge Raad komt tot de tegenovergestelde conclusie. Ook als de algemeen verbindend verklaring pas is ingegaan na de eerste dag van ziekte heeft de werknemer vanaf dat moment recht op de aanvulling van loon en uitkering. Dit recht is vervolgens een verkregen recht in de zin van het arrest Beenen/Vanduho en houdt dus niet op na afloop van de periode van algemeen verbindend verklaring.

3. De enige situatie waarin een werknemer geen recht heeft op een dergelijke aanvulling op grond van de algemeen verbindend verklaring is dus de periode van ziekte voorafgaande aan een periode van algemeenverbindendverklaring, en dan alleen indien de ziekte niet is aangevangen in een daaraan voorafgaande periode waarin de cao wel algemeen verbindend was verklaard.

4. De gekozen leer in het arrest Beenen/Vanduho heeft weinig enthousiasme ontmoet in de arbeidsrechtelijke literatuur. A-G Koopmans had in zijn conclusie bij dat arrest reeds gewezen op de dogmatische zwakte van en de praktische bezwaren tegen de Hom/Hop-leer en ervoor gepleit alsnog nawerking mogelijk te maken. Weliswaar heeft de leer van de verkregen rechten het ontbreken van nawerking verzacht, daarvoor zijn weer nieuwe problemen in de plaats gekomen. De vraag is nu welke arbeidsvoorwaarden wel en welke niet als „verkrege rechten” kunnen worden beschouwd. Daarnaast is het de vraag of er niet een rechtsongelijkheid in het leven wordt geroepen. Een niet-zieke werknemer kan overeenkomstig deze leer zijn loon zien dalen na afloop van de algemeenverbindendverklaring (het beruchte „jojo-effect”), terwijl zijn zieke collega het volledige cao-loon behoudt. De suggestie van A-G De Vries Lentsch-Kostense om alsnog om te gaan, heeft de Hoge Raad echter niet gevolgd, wellicht ook omdat het in dit geval niet nodig was om tot een bevredigend resultaat te komen. Mogelijk dat in een ander geval waarin het ontbreken van nawerking wel tot onbevredigende resultaten leidt, de kwestie nog eens principieel aan de orde kan worden gesteld. De belangstelling van de wetgever om knelpunten in het cao-recht op te lossen is helaas nogal klein.

5. Een apart punt in deze uitspraak vormt nog de zgn. inconveniëntentoeslag. Volgens de rechtbank hoorde deze niet bij de aanvulling van het loon bij ziekte, omdat deze toeslag volgens de toepasselijke cao slechts bestemd was voor de mensen die ook werkelijk werkzaamheden verrichten. Een andere cao-bepaling re-

gelde echter dat deze toeslag onderdeel uitmaakte van het loonbegrip. De rechtbank had onvoldoende onderkend dat de uitkering bij ziekte in de onderhavige cao betrekking heeft op het vervangen van het gehele loon (enkele hier niet aan de orde zijnde uitzonderingen daargelaten), dus uitsluitend wordt berekend aan de hand van datgene wat in de afgelopen periode van arbeidsgeschiktheid door de werknemer is verdiend.

G.J.J. Heerma van Voss
