



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Case note: Ktr. Utrecht (rolnummer 809388 UC EXPL 12-6634 k, LJN BX8508: loon tijdens schorsing, all-inclusive loon in strijd met cao, pakketvergelijking)

Zwemmer, J.P.H.

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H., (2012). Case note: Ktr. Utrecht (rolnummer 809388 UC EXPL 12-6634 k, LJN BX8508: loon tijdens schorsing, all-inclusive loon in strijd met cao, pakketvergelijking), No. 266, Aug 29, 2012. (Jurisprudentie Arbeidsrecht; Vol. 2012, No. 15).

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

**JAR 2012/266 Kantonrechter Utrecht, 29-08-2012, 809388 UC EXPL 12-6634 k,
LJN BX8508**

**Loon tijdens schorsing, All-inclusive loon in strijd met cao,
Pakketvergelijking**

Publicatie	JAR 2012 afl.15
Publicatiedatum	23 oktober 2012
College	Kantonrechter Utrecht
Uitspraakdatum	29 augustus 2012
Rolnummer	809388 UC EXPL 12-6634 k LJN BX8508
Rechter(s)	mr. Van der Kraats
Partijen	De werknemer te (...), eisende partij, procederende in persoon, tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Media Markt Utrecht BV te Utrecht, gedaagde partij, gemachtigde: mr. H.D.L.M. Schruer.
Noot	mr. J.P.H. Zwemmer
Trefwoorden	Loon tijdens schorsing, All-inclusive loon in strijd met cao, Pakketvergelijking,
Regelgeving	BW Boek 7 - 628 Wet AVV - 3

» **Samenvatting**

De werknemer is als verkoper werkzaam geweest bij de Media Markt tegen een salaris van laatstelijk €2.450,40 bruto per maand inclusief de compensatie voor koopavond- en zaterdagtoeslag. In de toepasselijke cao is bepaald dat werknemers een toeslag ontvangen voor het werken op koopavonden, zaterdagmiddag en zon- en feestdagen. De arbeidsovereenkomst tussen partijen is op verzoek van de werkgever ontbonden. Daaraan voorafgaand is de werknemer twee keer enkele weken geschorst geweest wegens het onheus behandelen van een klant. Tijdens die schorsingen is aan hem geen loon betaald. De cao staat dit toe als een werknemer een vergrijp heeft gepleegd dat ontslag op staande voet rechtvaardigt. De werknemer stelt dat dit niet het geval is en vordert betaling van loon. Ook vordert hij betaling van toeslagen bovenop zijn loon.

De kantonrechter is van oordeel dat het eerste vergrijp, waarbij de werknemer over klanten heeft gesproken als “azijnzeikerds” en tegen zijn leidinggevende heeft gezegd “wat wil je nou eigenlijk?” geen ontslag op staande voet rechtvaardigt. Bij het tweede vergrijp, waarbij de werknemer een klant “jongetje” heeft genoemd en tegen hem heeft gezegd dat hij hem de winkel uit zou schoppen, is dit wel het geval. De werknemer heeft dus alleen recht op loon over de eerste periode van schorsing. Met betrekking tot de toeslagen overweegt de kantonrechter dat een beding dat in strijd is met de cao, zoals het beding in de arbeidsovereenkomst, nietig is en dat in plaats daarvan de bepalingen van de cao gelden. In onderhavig geval betekent dit dat het gehele beding in de arbeidsovereenkomst nietig is, inclusief de bepaling over de hoogte van het loon. Dit loon is hoger dan het basisloon uit hoofde van de cao. De werknemer kan niet zowel het hogere loon vorderen op grond van de arbeidsovereenkomst als de toeslagen op grond van de cao. Het is kiezen of delen. De kantonrechter stelt vast dat het voor de werknemer gunstiger is om van het loon inclusief toeslagen van de arbeidsovereenkomst uit te gaan dan van het in de cao genoemde salaris en de in de cao genoemde toeslagen. Daarbij is van belang dat de werknemer niet heeft gesteld dat hij zodanig vaak op koopavond of zaterdag heeft moeten werken dat hij beter uit zou zijn geweest met loon en toeslagen conform de cao. De kantonrechter vindt hierin aanknopingspunten om in dit specifieke geval een zogenaamde pakketvergelijking toe te staan. De vordering van de werknemer met betrekking tot de toeslagen wordt derhalve afgewezen.

NB. De kantonrechter wijkt hier af van HR, «JAR» 2000/43 (Boonen/Quicken) en HR, «JAR» 2009/130 (Teunissen & Verkerk/Welter), waarin een pakketvergelijking niet werd toegestaan. De benadering van de kantonrechter komt redelijk voor, maar het is de vraag of deze juridisch juist is.

» **Uitspraak**
Het verloop van de procedure

(...; *red.*)

Het geschil en de beoordeling daarvan
1. De feiten

Als enerzijds gesteld en anderzijds niet althans onvoldoende gemotiveerd weersproken, alsmede op grond van de in zoverre niet betwiste inhoud van de door partijen in het geding gebrachte producties neemt de kantonrechter het volgende als vaststaand aan:

1.1. De werknemer is op 14 juli 2003 in dienst getreden van Media Markt. De werknemer vervulde de functie van verkoper en had laatstelijk een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

1.2. In de arbeidsovereenkomst is onder meer bepaald:

“Op deze arbeidsovereenkomst zijn van toepassing de bepalingen van de CAO voor de Elektrotechnische Detailhandel, tenzij in deze overeenkomst uitdrukkelijke anders is bepaald.”

en

“Werknemer ontvangt een salaris van €1.750,= bruto per maand, inclusief de compensatie voor koopavond- en zaterdagtoeslag.”

1.3. Na een aantal salarisverhogingen, bedroeg het laatstgenoten bruto maandsalaris van de werknemer €2.450,40, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag.

1.4. In artikel 4.4 van de toepasselijke CAO is bepaald:

“De werkgever mag een werknemer maximaal twee weken zonder loonbetaling schorsen als de werknemer:

(...)

– vermoedelijk een vergrijp heeft gepleegd dat een ontslag op staande voet rechtvaardigt.

Als de werkgever vermoedt dat de werknemer een vergrijp heeft gepleegd, dan wordt dit onderzocht. Als blijkt dat de werknemer geen vergrijp heeft gepleegd dan wordt het loon dat tijdens de schorsing is ingehouden, alsnog uitbetaald en wordt de werknemer gerehabiliteerd.”

1.5. In artikel 2.10 van de CAO 2007-2009 is bepaald:

“In de CAO voor 1 januari 1998 was sprake van een dubbele salarisstructuur. Zodoende ontvangen werknemers die voor 1998 in de branche werkten en volgens de toenmalige tabel 1 werden beloond, een salaris inclusief een gegarandeerde koopavond-/zaterdagmiddagtoeslag. Werknemers die na deze datum in dienst zijn getreden, ontvangen een toeslag voor het werken op koopavonden, zaterdagmiddag en zon- en feestdagen.”

Deze bepaling is algemeen verbindend verklaard van 2 februari 2007 tot en met 30 juni 2007 en van 29 juni 2008 tot en met 31 december 2008.

1.6. Op 4 oktober 2010 heeft een klant van Media Markt een schriftelijke klacht ingediend omdat zij door de werknemer zeer onvriendelijk en niet professioneel zou zijn behandeld. De werknemer is vervolgens, na een gesprek met medewerkers van Media Markt, op 2 november 2010 geschorst onder inhouding van salaris. Deze schorsing is op 11 november 2010 opgeheven, waarbij is vermeld:

“Uit onderzoek is gebleken dat uw gedragingen geen directe reden vormen voor ontslag op staande voet.”

1.7. Op 7 maart 2011 heeft een klant van Media Markt een schriftelijke klacht jegens de werknemer ingediend. De klant heeft daarbij aangegeven dat hij zich onheus door de werknemer bejegend heeft gevoeld doordat de werknemer hem als “jongetje” aansprak. Nadat de klant om de bedrijfsleider had gevraagd, is er een woordenwisseling ontstaan waarbij de werknemer tegen de klant heeft gezegd dat als hij (de klant) zo doorgaat, hij hem de winkel uitschopt. Bij brief van 9 maart 2011 is de werknemer met ingang van 8 maart 2011 geschorst onder inhouding van salaris. Per 15 maart 2011 is de werknemer op non-actief gesteld met doorbetaling van salaris.

1.8. Bij beschikking van 28 juli 2011 heeft de kantonrechter te Utrecht de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbonden met ingang van 15 augustus 2011 onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer van €17.000,= bruto.

2. De vordering en het verweer

2.1. In deze procedure heeft de werknemer gevorderd dat de kantonrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, Media Markt zal veroordelen aan hem te betalen:

- €553,66 bruto terzake van loon over de periode in november 2010, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag;
- €442,92 bruto terzake van loon over de periode in maart 2011, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag;
- €1.459,45 aan tegoed aan toeslagen over 11 maanden in 2007/2008;
- de wettelijke verhoging van 50% over voornoemde bedragen;
- de wettelijke rente over voornoemde bedragen vanaf de dag der opeisbaarheid tot de voldoening;
- de kosten van de procedure.

2.2. Media Markt heeft hiertegen verweer gevoerd.

2.3. Hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd komt, voor zover relevant, hierna aan de orde.

3. De beoordeling van het geschil

3.1. De werknemer heeft ten eerste gevorderd loon over de perioden in november 2010 en maart 2011 dat hij geschorst is geweest.

3.2. Media Markt heeft betoogd dat zij hiertoe gerechtigd was op grond van het hiervoor onder 1.4 geciteerde laatste liggende streepje van artikel 4.4, te weten dat de werknemer vermoedelijk een vergrijp heeft gepleegd dat een ontslag op staande voet rechtvaardigt.

3.3. De kantonrechter overweegt dat Media Markt in deze procedure de beide redenen voor schorsing slechts summierlijk heeft omschreven en heeft volstaan met een verwijzing naar de destijds gestuurde brieven.

Uit de brief van 3 november 2010 maakt de kantonrechter op dat de werknemer is geschorst op grond van gedragingen tijdens het gesprek van 2 november 2010. Uit de brief van 11 november 2010 maakt de kantonrechter op dat Media Markt na onderzoek heeft geconstateerd dat de gedragingen van de werknemer geen reden vormen voor ontslag op staande voet. Voor zover niet daar reeds uit volgt dat de grond aan het inhouden van loon gedurende de schorsing is komen te ontvallen, overweegt de kantonrechter als volgt. Uit de brief van 10 november 2010 blijkt dat Media Markt de werknemer verwijt tijdens het gesprek van 2 november 2010 tegen zijn leidinggevende te hebben gezegd “wat wil je nou eigenlijk?”, de vestigingsdirecteur te hebben gezegd “vergeet niet je advocaat te bellen” en over klanten te hebben gesproken als “azijnzeikerds”. De kantonrechter is van oordeel dat dit “vergrijp” onvoldoende is om een ontslag op staande voet te kunnen rechtvaardigen, zoals artikel 4.4. van de CAO vereist. De vordering van de werknemer met betrekking tot het loon over de periode van schorsing in november 2010 zal dan ook, inclusief vakantietoeslag, worden toegewezen.

3.4. De kantonrechter komt tot een ander oordeel met betrekking tot het “vergrijp” in maart 2011. Naar het oordeel van de kantonrechter staat – bij gebrek aan betwisting thans en gezien de erkenning in de ontbindingsprocedure – vast dat de werknemer een klant “jongetje” heeft

genoemd en tegen de klant heeft gezegd dat hij hem de winkel uit zou schoppen. De kantonrechter is van oordeel dat de werknemer zich in beginsel van dergelijke uitlatingen aan een klant heeft te onthouden en deze reden vormen voor een ontslag op staande voet. Dat in het onderhavige geval sprake is van feiten of omstandigheden die nopen tot een uitzondering op dit beginsel is door de werknemer niet onderbouwd. Weliswaar heeft de kantonrechter in de ontbindingsprocedure overwogen (onder punt 4.5) dat de door Media Markt gestelde feiten – waaronder dus de feiten die tot schorsing hebben geleid – niet als dringende reden kunnen worden aangemerkt, aangezien Media Markt heeft bijgedragen aan een klimaat waarin de frustratie van de werknemer toenam, maar in het onderhavige geval wordt het toetsingskader conform artikel 4.4 van de CAO gevormd door de vraag of (enkel) het vergrijp schorsing zonder loondoorbetaling rechtvaardigt. De opstelling van Media Markt is daarbij, anders dan in de ontbindingsprocedure, niet relevant. De kantonrechter is van oordeel dat het vergrijp van de werknemer met betrekking tot de klant in maart 2011 op zichzelf beschouwd wel een ontslag op staande voet rechtvaardigt. Derhalve zal de kantonrechter de vordering van de werknemer met betrekking tot deze periode afwijzen.

3.5. Ten tweede heeft de werknemer gevorderd uitbetaling van toeslagen bovenop het overeengekomen salaris over de periode dat de CAO algemeen verbindend is verklaard.

3.6. Media Markt heeft erkend dat een inclusief-salaris zoals opgenomen in de arbeidsovereenkomst en betaald, zich niet verhoudt met de CAO.

3.7. De kantonrechter overweegt dat ingevolge artikel 3 Wet AVV elk beding dat strijdig is met een CAO waaraan beide partijen gebonden zijn, nietig is, en dat in plaats van zodanig beding de bepalingen van de CAO gelden.

Vast staat dat niet in een afzonderlijk beding is vastgelegd dat geen toeslagen worden uitgekeerd (zoals bijvoorbeeld wel het geval was in HR 14 januari 2000, LJN: AA4276), maar dat in de arbeidsovereenkomst bij de hoogte van het loon is opgenomen dat het een inclusief-loon betreft. Dit betekent naar het oordeel van de kantonrechter dat wanneer die bepaling nietig moet worden verklaard, niet alleen het onderdeel “inclusief de compensatie voor koopavond- en zaterdagtoeslag” nietig kan worden verklaard maar uitsluitend het gehele beding, inclusief de hoogte van het loon. De kantonrechter zal dan dus (anders dan in HR 14 januari 2000, LJN: AA4276 en HR 24 april 2009, LJN: BH2623) niet alleen kijken of het in de CAO omtrent toeslagen bepaalde gunstiger is, maar tevens hoe dit zich verhoudt tot het in de CAO bepaalde loon. Hieruit volgt reeds dat het standpunt van de werknemer dat hij recht heeft zowel op het in de arbeidsovereenkomst bepaalde inclusief-loon als op de toeslagen als vermeld in de CAO onhoudbaar is. Het is voor de werknemer kiezen of delen.

3.8. De werknemer heeft zich op basis van een berekening van Media Markt op het standpunt gesteld dat de toeslag per maand gemiddeld €135,04 zou bedragen. Dit betekent dat dit bedrag van het inclusief-loon (in de periode van algemeen verbindend verklaring van de CAO gelegen tussen €2.240,= en €2.400,=) moet worden afgetrokken en dat dan het basisloon op basis van de arbeidsovereenkomst overblijft. De kantonrechter overweegt dat – welke salarisgroep uit de CAO ook wordt aangehouden – het basissalaris op grond van de arbeidsovereenkomst voor de werknemer gunstiger is. Het is dan ook gunstiger voor de werknemer om van het in de arbeidsovereenkomst bepaalde inclusief-loon uit te gaan dan van het in de CAO genoemde salaris en de in de CAO genoemde toeslagen. De kantonrechter betreft hierbij dat de werknemer niet gesteld heeft noch gebleken is dat hij op enig moment tijdens de algemeen verbindendverklaring van de CAO zodanig vaak op koopavond of zaterdag heeft moeten werken dat hij beter uit zou zijn geweest met loon en toeslagen conform de CAO dan het inclusief-loon uit de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter vindt hierin aanknopingspunten om in dit specifieke geval een zogenaamde pakketvergelijking (loon en toeslagen) wel toelaatbaar te achten (vgl. HR 24 april 2009, LJN: BH2623, in het bijzonder r.o. 3.4.3 en de conclusie van AG Spier onder 3.4).

Gelet op het voorgaande zal de vordering van de werknemer met betrekking tot de uitbetaling van toeslagen worden afgewezen.

3.9. Concluderend zal worden toegewezen een bedrag van €553,66 bruto (terzake het ingehouden loon over november 2010) te vermeerderen met 8% vakantietoeslag. De kantonrechter zal de vordering met betrekking tot de wettelijke verhoging over dit bedrag toewijzen. Wel wordt aanleiding gezien het percentage te matigen tot 10% gelet op het gedrag van de werknemer dat aan de inhouding van het loon ten grondslag heeft gelegen. Tevens zal de wettelijke rente over het loon en de wettelijke verhoging worden toegekend en wel vanaf de dag van opeisbaarheid. De kantonrechter ziet geen aanleiding om – zoals door Media Markt

betoogd – de wettelijke rente niet eerder dan de datum van dagvaarding toe te kennen, aangezien zonder ingebrekestelling reeds sprake is van verzuim nu voor voldoening van loon een bepaalde termijn is gesteld en verstreken.

3.10. Nu partijen over en weer in het (on)gelijk zijn gesteld, ziet de kantonrechter aanleiding de proceskosten te compenseren.

De beslissing

De kantonrechter:

veroordeelt Media Markt om aan de werknemer tegen bewijs van kwijting te betalen:

– €553,66 bruto ter zake van loon dat was ingehouden vanwege een schorsing in november 2010, te vermeerderen met 8% vakantiebijslag, te vermeerderen met de wettelijke verhoging van 10%;

– het totaalbedrag te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de data van respectievelijke opeisbaarheid tot de dag der voldoening;

compenseert de proceskosten in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt;

verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

» Noot

Op grond van artikel 12 Wet CAO en artikel 3 lid 1 Wet AVV is elke in de individuele arbeidsovereenkomst overeengekomen afwijking van een beding uit een op die arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde cao nietig. In de plaats van de door werkgever en werknemer gemaakte afspraak geldt dan de betrokken cao-bepaling. Dat is slechts anders wanneer het beding in de cao een minimumbepaling bevat en hiervan ten gunste van de werknemer wordt afgeweken in de arbeidsovereenkomst. In het arrest Boonen/Quicken (HR 14 januari 2000, «JAR» 2000/43 m.nt. Van der Heijden) overwoog de Hoge Raad dat van beding tot beding moet worden gezien of de arbeidsovereenkomst overeenstemt met de van toepassing zijnde cao-bepalingen; ook wanneer de in de individuele arbeidsovereenkomst gemaakte afspraken tezamen genomen gunstiger uitpakken voor de werknemer. Hier waren werkgever en werknemer een hoger salaris overeengekomen dan de cao voorschreef, maar had de werknemer in afwijking van de cao geen recht op uitbetaling van overuren. De Hoge Raad wees de door de werknemer op grond van de cao gevorderde vergoeding van overuren toe, overwegende dat elk beding in de arbeidsovereenkomst in strijd met de van toepassing zijnde cao nietig is en in plaats daarvan het betrokken beding uit de cao geldt. Een pakketvergelijking, op basis waarvan het in de arbeidsovereenkomst overeengekomen salaris en de afspraken over overwerk als één geheel worden beschouwd ten opzichte van de hierover gemaakte afspraken in de cao, is niet toegestaan. De Hoge Raad herhaalde deze overwegingen in het arrest Teunissen/Welter van 24 april 2009 («JAR» 2009/130).

Anders dan in het arrest Boonen/Quicken waren de werkgever en de werknemers in het arrest Teunissen/Welter niet overeengekomen dat de werknemer geen recht had op een vergoeding voor overwerk, maar was met de werknemers overeengekomen dat in het (hogere) salaris tevens een forfaitaire maandelijkse vergoeding voor overwerk was opgenomen. De Hoge Raad oordeelde dat een dergelijke vaste maandelijkse vergoeding voor overwerk als ongeldig moet worden aangemerkt "in zoverre" deze niet voorziet in een bijkomende vergoeding over maanden waarin de werknemers een zodanige hoeveelheid overuren hebben gewerkt dat zij beter uit zouden zijn geweest met het salaris en de vergoeding van dat overwerk die hun ingevolge de cao minimaal zou toekomen. Over die maanden hebben de werknemers aanspraak op aanvulling van hun bedongen vergoeding tot het bedrag dat hun volgens de cao minimaal zou toekomen, aldus de Hoge Raad. Houweling en Loonstra (TAP 2009/6) hebben geopperd dat deze overweging zo zou kunnen worden uitgelegd dat het met de werknemers overeengekomen loon inclusief overwerkvergoeding dan slechts nietig zou zijn in de maanden waarin de werknemers op grond van de feitelijk door hen gewerkte overuren beter af zouden zijn geweest met het loon en de vergoeding van overwerk op basis van de cao. Of een dergelijke uitleg mogelijk is, hangt volgens Houweling en Loonstra af van het antwoord op de vraag of de Hoge Raad met de woorden "in zoverre" heeft bedoeld "voor het deel dat". Zij menen dat dit niet het geval is en met deze woorden werd bedoeld "voor zover dat". Zij wijzen daarbij op het arrest Boonen/Quicken waarin de Hoge Raad overwoog dat het in strijd met de

eisen van rechtszekerheid zou zijn wanneer een afspraak in de arbeidsovereenkomst in de ene maand wel en de andere maand niet geldig zou zijn, afhankelijk van het antwoord op de vraag of in een concrete situatie het in de arbeidsovereenkomst dan wel het in de cao bepaalde voor de werknemer gunstiger is. Volgens Houweling en Loonstra zou een met de werknemer overeengekomen loon inclusief overwerkvergoeding slechts geldig zijn wanneer daarbij tevens werd afgesproken dat de werknemer het meerdere ontvangt, naast de in het loon verdisconteerde overwerkvergoeding, indien hij in enige maand op grond van de door hem feitelijk gemaakte overuren een hogere beloning zou ontvangen op basis van het loon en de vergoeding voor overwerk uit de cao.

In de onderhavige uitspraak van de kantonrechter te Utrecht waren werkgever en werknemer een loon inclusief een vaste compensatie voor toeslagen overeengekomen. In de op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde algemeen verbindend verklaarde cao waren toeslagen opgenomen voor het werken op koopavonden, zaterdagmiddag en zon- en feestdagen. De kantonrechter overweegt onder verwijzing naar het arrest Teunissen/Welter dat het met de werknemer overeengekomen inclusief-loon geldig is omdat dit voor de werknemer gunstiger is in vergelijking met het loon en de toeslagen uit de cao. De kantonrechter komt tot dit oordeel door de vaste compensatie voor toeslagen in mindering te brengen op het inclusief-loon en vervolgens het overgebleven (basis)loon te vergelijken met de loonschalen uit de cao en door aan te nemen dat de werknemer in geen maand zodanig vaak 's avonds of in het weekend heeft moeten werken dat hij beter af zou zijn geweest met het loon en de toeslagen uit de cao. Daarmee legt de kantonrechter de woorden "in zoverre" van de Hoge Raad in het arrest Teunissen/Welter mijns inziens ten onrechte uit als "voor het deel dat". Opmerkelijk is dat de kantonrechter daarbij tevens verwijst naar punt 3.4 van de conclusie van de A-G voor dit arrest. Hierin (de kantonrechter moet punt 4.2 hebben bedoeld) wordt nu juist de hiervoor aangehaalde overweging van de Hoge Raad uit het arrest Boonen/Quicken geciteerd waaruit volgt dat een dergelijke uitleg niet zou stroken met de rechtszekerheid. Mijns inziens was het in casu met de werknemer overeengekomen inclusief-loon in strijd met de algemeen verbindend verklaarde cao omdat daarbij niet tevens werd afgesproken dat de werknemer het meerdere zou ontvangen wanneer hij in enige maand op grond van de door hem feitelijk gewerkte dagen een hogere beloning zou ontvangen op basis van het loon en de toeslagen uit een van toepassing zijnde cao. Omdat in casu de vaste compensatie voor toeslagen altijd hoger was dan de toeslagen die de werknemer op grond van de (algemeen verbindend verklaarde) cao zou hebben ontvangen, zou de absolute werking van de nietigheid op grond van artikel 3 lid 1 Wet AVV hier kunnen meebrengen dat de werkgever de door hem 'teveel' aan de werknemer betaalde vaste compensatie voor toeslagen kan terugvorderen van de werknemer. De afspraak dat de werkelijke toeslagen zouden worden uitbetaald in de maanden waarin de vergoeding hiervoor op grond van een toepasselijke cao hoger zou zijn dan de met de werknemer in het inclusief-loon afgesproken vaste compensatie zou hier dan dus ook in het belang van de werknemer zijn geweest, omdat hij dan altijd minimaal recht zou hebben gehad op de vaste compensatie voor toeslagen, ongeacht of hij in enige maand minder of niet 's avonds of in het weekend had gewerkt.

mr. J.P.H. Zwemmer,