

ECLI:EU:C:2015:335 gaat het hof voorbij. Het ging in het in dat arrest berechte geval over de vraag welke rechter bevoegd is in het geval in meerdere lidstaten gevestigde verweerders in rechte worden aangesproken tot schadevergoeding (ieder hoofdelijk) ter zake van één enkele voortdurende inbreuk op het kartelverbod waaraan zij in verschillende lidstaten en tijdstippen hebben deelgenomen. De verbintenis waarvan ITF jegens Marlow Cyprus nakoming vordert, betreft geen verbintenis uit hoofde van een onrechtmatige groepsgedraging (gedurende een bepaalde tijd op een bepaalde plaats), maar van een (individueel) op Marlow Cyprus rustende (wereldwijde) verplichting tot nakoming van een verbintenis. Voor zover ITF c.s. hebben willen betogen dat Marlow Nederland en Marlow Cyprus (ook) gezamenlijk als groep onrechtmatig hebben gehandeld behoeft deze stelling dan ook geen verdere behandeling. Terzijde brengt het hof in herinnering dat de rechtbank Rotterdam zich wel bevoegd heeft geacht om kennis te nemen van de vordering van de FNV tegen Marlow Cyprus op de grondslag van onrechtmatige daad.

#### Conclusie en proceskosten

5.30. De conclusie is dat het hoger beroep van ITF c.s. niet slaagt. Daarom zal het hof het vonnis, voor zover daartegen appel is ingesteld, bekrachtigen. Het hof zal ITF c.s. als de in het ongelijk gestelde partijen veroordelen in de proceskosten van het hoger beroep.

#### 6. Beslissing

Het hof:

– bekrachtigt het vonnis waarvan beroep, voor zover onderwerp van geschil in dit hoger beroep,  
– veroordeelt ITF c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Marlow Cyprus begroot op € 1.955,00, bestaande uit griffierecht ter hoogte van € 772,00 en salariskosten advocaat ter hoogte van € 1.183,00 (1 punt à € 1.183,00 (tarief II)).

## 142

### Toeslagen en overwerkvergoeding behoren tot vakantieloon vrachtwagenchauffeurs

Gerechtshof 's-Hertogenbosch  
14 maart 2023, nr. 200.294.183/01,  
ECLI:NL:GHSHE:2023:839  
(mr. De Moor, mr. Smeenk-van der Weijden,  
mr. Van de Rakt)  
Noot mr. S.W. Kleijer

#### Referentieperiode. Verplicht overwerken.

[BW art. 7:639, 7:645]

*De werknemers zijn bij de werkgever in dienst (geweest) als internationaal vrachtwagenchauffeur. Bovenop het basissalaris ontvangen zij toeslagen en vergoedingen voor overuren. Vanaf 1 januari 2019 moeten op grond van de cao die toeslagen en vergoedingen tijdens de vakantie doorbetaald worden. Op grond van de cao moeten sommige chauffeurs ook een eenmalige vergoeding van € 750 ontvangen, in ruil voor afstand van het recht op de betaling van de structurele toeslagen over vakantiedagen opgenomen in de jaren 2014-2018. In het kader hiervan heeft de werkgever de chauffeurs een vaststellingsovereenkomst aangeboden. De chauffeurs hebben de vaststellingsovereenkomst en vergoeding geweigerd. De chauffeurs vorderden in eerste aanleg volledige vergoeding van het vakantieloon tot 1 januari 2019, dat wil zeggen het basissalaris aangevuld met toeslagen en vergoedingen voor overuren. De kantonrechter oordeelde dat de vergoeding voor reguliere overuren en verschillende toeslagen tot het vakantieloon moeten worden gerekend. In hoger beroep neemt de werkgever onder meer uitdrukkelijk het standpunt in dat de chauffeurs niet verplicht waren om over te werken.*

*Het hof toetst de situatie van de chauffeurs voor wat betreft de toeslagen aan Williams/British Airways («JAR» 2011/279) en voor wat betreft het overwerk aan Hein/Holzmann («JAR» 2019/38). De diensten waar de toeslagen voor bedoeld zijn, zijn allemaal gerelateerd aan en houden verband met taken en werkzaamheden van de chauffeurs.*

*De toeslagen behoren daarom tot het vakantieloon. Het overwerk is een verplicht onderdeel van de arbeidsovereenkomst dat de chauffeurs niet kunnen weigeren. De werkgever roosterde de chauffeurs in op een manier die onvermijdelijk tot overwerk leidt, omdat de chauffeurs niet tijdens een rit kunnen stoppen. Daar komt bij dat de cao bepaalt dat een werknemer boven de 55 jaar niet verplicht kan worden tot het maken van overuren. Hierdoor is het aannemelijk dat overwerk bij de werkzaamheden hoort. Omdat de chauffeurs jarenlang structureel en veel hebben overgewerkt en niet kunnen weigeren, zijn de overuren ook regelmatig en daarmee voorspelbaar. De vergoeding van overuren vormt een 'belangrijk onderdeel' van de totale vergoeding als deze 25% of meer bedraagt van het totale uitbetaalde brutoloon in het voorafgaande kalenderjaar. Als dat voor een individuele chauffeur het geval is, moeten de overuren ook bij het vakantieloon worden gerekend.*

*NB. Of een werkgever een werknemer kan opdragen meer dan de overeengekomen uren te werken, hangt af van de omstandigheden van het geval. Leidend zijn de afspraken tussen partijen en wat er in de van toepassing zijnde cao staat. Als een werknemer structureel overwerkt, kan het overwerk als gevolg van een bestendige gedragslijn ook een arbeidsvoorwaarde worden. Zie «JAR» 2021/170. Ook in zo'n geval behoren de overuren tot de werkzaamheden en moeten deze uren tot het vakantieloon worden gerekend.*

*Internationaal Transportbedrijf [ZZ] B.V. te [vestigingsplaats],*

*appellante in principaal hoger beroep, geïntimeerde in incidenteel hoger beroep, hierna te noemen: [appellante], advocaat: mr. M.D. Vrolijk te Haarlem, tegen*

*1. [geïntimeerde 1] t/m [geïntimeerde 26], geïntimeerden in principaal hoger beroep, appellanten in incidenteel hoger beroep, hierna gezamenlijk te noemen: de Chauffeurs, advocaten: mrs. E.R. Peeters, I.F.H. Nelissen en S.J.M. Peters te Valkenburg, gemeente Valkenburg aan de Geul.*

*1. Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummers 8013006 \ CV EXPL 19-6195, 8189183 \ CV EXPL 19-8308 en 8300058 \ CV EXPL 20-363) (...; red.)*

*2. Het geding in hoger beroep (...; red.)*

*3. De feiten en de procedure*

*De feiten*

*3.1. In deze procedure neemt het hof de feiten die de kantonrechter heeft vastgesteld in onderdeel 2 van het bestreden vonnis tot uitgangspunt. Voor zover relevant vult het hof de opsomming aan met enkele andere feiten die tussen partijen vaststaan.*

*3.2. De Chauffeurs zijn allen in dienst (dan wel in dienst geweest) bij [appellante] en werkzaam (dan wel werkzaam geweest) in de functie van Internationaal Tankautochauffeur. Zij hebben als standplaats (Linne-)Herten (Limburg, Nederland) dan wel als standplaats gehad.*

*3.3. De Chauffeurs ontvingen respectievelijk ontvangen een basissalaris, aangevuld met toeslagen en vergoedingen voor overuren.*

*3.4. Eind 2018 is door de sociale partners een cao-akkoord bereikt, inhoudende de doorbetaling van toeslagen en de vergoeding voor overuren tijdens vakantie. Vanaf 1 januari 2019 dienen toeslagen en vergoedingen voor overuren tijdens vakantie wel doorbetaald te worden.*

*3.5. In de cao 2017-2019 is onder artikel 67a lid 9 onder meer opgenomen: (...)*

*b. Iedere werknemer in loonschaal A tot en met loonschaal H die gedurende het gehele kalenderjaar 2018 bij werkgever in dienst is geweest en in dat jaar minimaal 100 uren heeft gewerkt waar een toeslag aan verbonden is, niet zijnde de ploegen- en de persoonlijke toeslag, heeft in 2019 recht op een eenmalige uitkering van € 750,- bruto, welke zal worden uitgekeerd in 3 termijnen van € 250,- bruto, uit te betalen op 31 maart, 30 juni en 30 september 2019. Voorwaarde hiertoe is dat de werknemer afstand doet van zijn rechten aangaande de vergoeding van de structurele toeslagen over de genoten vakantiedagen in de jaren 2014-2018". (...)*

*3.6. [appellante] heeft naar aanleiding van dit akkoord aan de Chauffeurs die recht hebben op een vergoeding van € 750,00 bruto in ruil voor afstand van recht aangaande de vergoeding van de struc-*

turele toeslagen over de genoten vakantiedagen in de jaren 2014-2018, een vaststellingsovereenkomst aangeboden. De Chauffeurs hebben deze vaststellingsovereenkomst niet ondertekend en aldus de aangeboden vergoeding niet geaccepteerd.

3.7. Bij besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 11 februari 2019, is voornoemd cao-akkoord per 14 februari 2019 algemeen verbindend verklaard. Naar aanleiding van het verzoek strekkende tot algemeen verbindend verklaring van het cao-akkoord zijn schriftelijke bedenkingen ingebracht. In reactie op deze ingebrachte bedenkingen overweegt de Minister onder meer dat aan de werknemers geen verplichting wordt opgelegd om gebruik te maken van de mogelijkheid om vorderingen die zien op het verleden af te kopen. De werknemer die verdergaande vorderingen dan € 750,00 bruto geldend wil maken, kan dat doen.

#### *De procedure bij de kantonrechter*

3.8. De Chauffeurs hebben in eerste aanleg – kort samengevat – volledige vergoeding van het loon gevorderd dat zij in de periode voorafgaand aan het cao-akkoord van eind 2018 (ingang per 1 januari 2019) tijdens vakantie zouden hebben genoten, zijnde het basissalaris aangevuld met toeslagen en vergoedingen voor overuren. De Chauffeurs zijn de mening toegedaan dat zij over de bedoelde perioden enkel het basissalaris doorbetaald hebben gekregen en dat zij recht hebben op uitkering van onregelmatigheidstoelagen en overuren. De Chauffeurs hebben naast betaling van het achterstallig loon de wettelijke rente en de wettelijke verhoging te vermeerderen met de wettelijke rente daarover gevorderd. Daarnaast hebben de Chauffeurs deugdelijke bruto/netto specificaties gevorderd. Voorts hebben de Chauffeurs de gemaakte kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte, conform de staffel van het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten, te vermeerderen met de wettelijke rente gevorderd. Tot slot hebben de Chauffeurs veroordeling van [appellante] in de kosten van de procedure gevorderd.

3.9. [appellante] heeft zich op het standpunt gesteld dat er geen sprake is van een loonvordering wegens achterstallig vakantieloon. [appellante] heeft in haar optiek zowel de toepasselijke cao's als de Europese en nationale wetgeving correct nageleefd.

3.10. De kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 24 februari 2021 – kort weergegeven – onder meer geoordeeld dat de onregelmatigheidstoelag, zaterdag- en zondaguren en nachtvergoeding componenten zijn die tot het vakantieloon moeten worden gerekend. Daarnaast heeft de kantonrechter geoordeeld dat de in de cao opgenomen vergoeding voor reguliere overuren deel moet uitmaken van het loon waarop de Chauffeurs recht hebben voor opgenomen vakantieverlof in de respectieve periodes. Naar het oordeel van de kantonrechter geldt voor alle chauffeurs dat het overwerk bij de berekening van het vakantieloon moet worden meegenomen. Het onderling verschillend toepassen van de berekeningsmethodiek van het vakantieloon zou volgens de kantonrechter namelijk leiden tot een onaanvaardbaar verschil in uitgangspunten en daarmee tot een onaanvaardbare rechtsongelijkheid. Om dezelfde reden is de kantonrechter van oordeel dat ook voor alle chauffeurs heeft te gelden dat de nachttoeslag moet worden meegenomen in de berekening van het vakantieloon. Het beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid door [appellante] heeft de kantonrechter afgewezen, evenals het beroep op verrekening. De kantonrechter heeft de Chauffeurs in de gelegenheid gesteld zich bij nadere akte uit te laten omtrent het door [appellante] bij dupliek overgelegde overzicht en waar nodig hun vorderingen te herberekenen en de eis te wijzigen. De kantonrechter heeft daarvoor de zaak verwezen naar de civiele rolzitting van 24 maart 2021 en heeft in afwachting daarvan iedere verdere beslissing aangehouden.

3.11. De kantonrechter heeft bij vonnis van 24 maart 2021 alsnog verlof verleend voor het tussentijds instellen van hoger beroep en heeft in afwachting van de uitspraak in hoger beroep iedere verdere beslissing aangehouden.

#### *De procedure in hoger beroep*

3.12. [appellante] heeft in hoger beroep zestien grieven aangevoerd. [appellante] heeft – kort weergegeven – geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen vonnis en tot het alsnog afwijzen van de vorderingen van de Chauffeurs.

3.13. De Chauffeurs hebben in incidenteel appel zeven grieven aangevoerd. De Chauffeurs hebben – kort weergegeven – geconcludeerd de grieven van [appellante] ongegrond te verklaren, de grieven van de Chauffeurs in incidenteel appel

gegrond te verklaren en het vonnis op alle overige punten te bekrachtigen met veroordeling van [appellante] in de proceskosten van beide instanties met inbegrip van de nakosten.

#### 4. De beoordeling in principaal en incidenteel appel

##### *Producties 20 tot en met 79 worden toegelaten*

4.1. Het hof zal eerst ingaan op de vraag of de producties 20 tot en met 79 die door [appellante] zijn ingediend, moeten worden toegelaten en dus of deze stukken onderdeel uitmaken van de gedingstukken of toch niet, mede aan de hand van artikel 85 Rv en de eisen van een goede procesorde. Het hof heeft tijdens de mondelinge behandeling ter zake beslissingen genomen die hieronder worden weergegeven met de daarbij horende motivering, als mondeling reeds uitgesproken.

4.2. Op vrijdag 14 oktober 2022, ingekomen ter griffie van dit hof op 17 oktober 2022 (zijnde de laatste dag van de termijn van artikel 87 lid 6 Rv), heeft [appellante] ten behoeve van de mondelinge behandeling de producties 20 tot en met 79 overgelegd (meer dan 1000 pagina's) over onder meer de atv-dagen en de pauzestafel. Ook bevatten de producties een aantal verklaringen van medewerkers van personeelszaken van [appellante] die zijn opgesteld op 13 oktober 2022. Daartegen hebben de Chauffeurs bij brief van 17 oktober 2022 bezwaar gemaakt, onder meer op het punt dat deze stukken veel eerder hadden kunnen worden overgelegd en dat thans de tijd ontbreekt voor de Chauffeurs om de respectieve informatie te bestuderen en per chauffeur hierop te reageren.

4.3. Bij aanvang van de mondelinge behandeling op 27 oktober 2022 heeft [appellante] de gelegenheid gekregen hierop te reageren en onder meer toe te lichten waarom verstrekking eerst thans heeft plaatsgevonden. Namens [appellante] is aangevoerd dat de stukken niet eerder in het geding gebracht hadden kunnen worden in het licht van het feit dat de Chauffeurs in hoger beroep nieuwe argumenten hebben aangevoerd. Daarnaast wordt [appellante] met nog zestien andere procedures geconfronteerd over hetzelfde onderwerp. Dit alles kost volgens [appellante] veel tijd.

4.4. Het hof is van oordeel dat de stukken in beginsel te laat door [appellante] zijn ingediend. Het hof is niet overtuigd van het betoog van [appellante] dat de stukken niet eerder overgelegd konden worden. De mondelinge behandeling is namelijk al in juni 2022 gepland. [appellante] had

aldus voldoende tijd om de stukken eerder in te dienen, ook in reactie op de stellingen en stukken van de Chauffeurs van 25 januari 2022. Dat [appellante] zich geconfronteerd ziet met andere procedures maakt dit niet anders. Gelet op de inhoud van de producties – het zijn stukken die nader onderbouwen wat al in eerste aanleg voldoende is gesteld en aan de orde is gekomen –, heeft het hof de producties 20 tot en met 79 echter toch toegelaten zodat deze thans deel uitmaken van de gedingstukken.

De Chauffeurs mogen te zijner tijd nog reageren op de stukken over de berekening van de pauzestafel (zie echter hetgeen is overwogen in 4.53; de Chauffeurs hebben gelet daarop geen belang meer bij een reactie op deze stukken met betrekking tot de pauzestafel). Ten aanzien van de drie verklaringen van medewerkers van personeelszaken (producties 20 tot en met 22), hebben de Chauffeurs een leespauze gekregen waarvoor de mondelinge behandeling is onderbroken en hebben zij daarop kunnen reageren. Naar het oordeel van het hof zijn de verklaringen overigens in de lijn met wat al door [appellante] over het al dan niet verplichte karakter van de overuren in de processtukken naar voren is gebracht en zijn de verklaringen in die zin niet zodanig verrassend dat de Chauffeurs daarop ter zitting niet adequaat konden reageren.

##### *De grief van [appellante] over de verjaring is ingetrokken*

4.5. Grief I in principaal appel richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat de Chauffeurs ontvankelijk moeten worden verklaard in hun vorderingen, omdat deze vorderingen de periode 2014-2018 betreffen en deze zijn gestuit. [appellante] voert aan dat de kantonrechter kennelijk over het hoofd heeft gezien dat de vorderingen van een aantal chauffeurs zoals vermeld in de memorie van grieven ook zien op de periode voorafgaand aan 2014.

4.6. Bij gelegenheid van de mondelinge behandeling in hoger beroep heeft [appellante] bevestigd – zoals ook al in de memorie van antwoord in incidenteel appel is geschreven – dat zij niet langer een beroep doet op gedeeltelijke verjaring van de vorderingen. [appellante] wenst haar grief op dit punt daarom in te trekken.

4.7. Omdat [appellante] haar grief over de verjaring heeft ingetrokken, zal het hof grief I in principaal appel niet behandelen. Het hof zal uitgaan

van het standpunt van de Chauffeurs dat geen van hun vorderingen is verjaard. Dit geldt dan ook voor de vorderingen van de Chauffeurs ten aanzien van de periode gelegen voor 2014-2018. Het voorgaande heeft tot gevolg dat de grieven I.a. en I.b. van de Chauffeurs in incidenteel appel over de verjaring niet behandeld hoeven te worden, omdat het belang daarvan door de intrekking van grief I in principaal appel is komen te vervallen.

*Het beroep op de klachtplicht (artikel 6:89 BW) slaagt niet*

4.8. Grief II in principaal appel richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat artikel 6:89 BW niet van toepassing is op de betaling van het loon. [appellante] meent dat de klachtplicht wel degelijk naar analogie kan worden toegepast op de betaling van het loon en dat de Chauffeurs hun recht hebben verwerkt. Deze grief slaagt niet. Het hof motiveert dit als volgt.

4.9. Het beroep van [appellante] op het niet binnen bekwame tijd klagen (artikel 6:89 BW) over de te lage loonbetaling tijdens vakantie faalt, omdat het geschil van partijen geen betrekking heeft op de vraag welke prestatie [appellante] heeft geleverd – beide partijen weten namelijk precies hoeveel loon [appellante] aan de Chauffeurs heeft betaald –, maar uitsluitend op de vraag tot het verrichten van welke prestatie [appellante] op grond van de arbeidsovereenkomst verplicht was. Voor geschillen die alleen betrekking hebben op de vraag welke verbintenissen door een overeenkomst in het leven zijn geroepen, is artikel 6:89 BW niet bedoeld. Dat geldt temeer nu de schuldenaar van een geldelijke tegenprestatie niet afhankelijk is van een klacht van de schuldenaar naar aanleiding van een onderzoek van de geleverde prestatie om te kunnen vaststellen of hij heeft voldaan aan de verplichting tot betaling van een geldsom. De schuldenaar kan dat op basis van zijn eigen gegevens zonder meer al beoordelen. In het onderhavige geval ligt dat ook meer op de weg van de schuldenaar (werkgever) dan op de weg van de schuldeiser (werknemer). Zie Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1175, r.o. 3.6.-3.9. Het voorgaande wordt niet anders doordat er een klachtplicht in het Huishoudelijk Reglement en de cao is opgenomen, nu daarvoor – als de loonbetaling al door deze klachtplicht wordt bestreken – onverkort geldt dat [appellante] geen klacht nodig had om haar eigen nalaten vast te stellen.

4.10. Voor zover de klachtplicht wel van toepassing zou zijn op de verbintenis tot het vergoeden van toeslagen en overuren bij het doorbetalen van loon tijdens vakantie, hebben de Chauffeurs naar het oordeel van het hof tijdig geklaagd, namelijk nadat hen duidelijk werd dat de praktijk bij [appellante] niet overeenkwam met de verplichting tot loondoorbetaling tijdens vakantie in het licht van jurisprudentie van het HvJ-EU. Aan de stelling van [appellante] dat door het verstrijken van de tijd haar bewijspositie is verslechterd en het voor haar lastiger is geworden de klachten van de Chauffeurs te betwisten en zich daartegen te verweren, gaat het hof voorbij. Op [appellante] rust namelijk een bewaarplicht van de administratie gedurende zeven jaar (artikel 2:10 leden 3 en 4 BW), waarbij [appellante] daarnaast sinds 2018 al beducht diende te zijn op mogelijke aanspraken gezien het toen bereikte cao-akkoord. Bovendien kon [appellante] gezien voornoemde jurisprudentie verwachten dat een aantal chauffeurs aanspraak zouden gaan maken op betaling van de onbetaald gebleven toeslagen en overuren. Vergelijk Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 december 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3715, r.o. 3.6.1.-3.6.2.

De Chauffeurs hebben gezien het voorgaande verder geen belang bij hun grief VII in incidenteel appel voor zover betrekking hebbend op hun verweer aangaande de klachtplicht (nr. 386 mva/mvg).

*Het beroep op de recuperatiefunctie slaagt niet*

4.11. Grief III in principaal appel richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat de recuperatiefunctie niet relevant is voor de vraag of de vorderingen van de Chauffeurs kunnen worden toegewezen, althans dat aan deze vraag niet wordt toegekomen. De achterliggende gedachte van loon tijdens vakantie is immers dat de Chauffeurs geen belemmering mogen voelen om vakantie te genieten. Uit de vele verlofdagen die de Chauffeurs hebben opgenomen blijkt echter dat zij hier kennelijk geen enkele belemmering bij hebben ondervonden, aldus [appellante].

4.12. Het hof verwerpt dit verweer. De werknemer moet tijdens de jaarlijkse vakantie in een situatie worden gebracht die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens de gewerkte periodes. Dat een werknemer zijn vakantiedagen heeft opgenomen, betekent niet dat deze werknemer daarna geen recht meer heeft op uitbetaling

van het (volledige en juiste) vakantieloon. Een andere visie zou afbreuk doen aan de beoogde bescherming van werknemers en aldus de ratio van artikel 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn (zie hierna), zoals nader geduid door het HvJ EU 29 november 2017, C-214/16 inzake Conley King vs The Sash Window Shop c.s (onderdelen 36-40 en 45), ECLI:EU:C:2017:914 en als het ware werknemers dwingen om alvorens vakantiedagen op te nemen eerst zekerheid te verkrijgen omtrent het verkrijgen het volledige verschuldigde vakantieloon.

Voor zover [appellante] heeft willen betogen dat het *achteraf* niet uitbetaalde deel van het vakantieloon geen invloed heeft gehad op het opnemen van vakantiedagen door de Chauffeurs, leidt dit er dus niet toe dat thans niet alsnog het (volledige en juiste) loon kan worden vastgesteld en alsdan moet worden uitbetaald.

*Geen onderscheid tussen wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen*

4.13. In grief XII in principaal appel voert [appellante] aan dat de kantonrechter onterecht heeft overwogen dat de bovenwettelijke vakantiedagen onderdeel moeten zijn van de berekeningsmethodiek van de vakantieloonvordering. Artikel 7:639 lid 1 BW is implementatiewetgeving van de Arbeidstijdenrichtlijn en deze richtlijn ziet enkel op bescherming van werknemers voor wat betreft het minimumaantal vakantiedagen. [appellante] verwijst naar het TSN-arrest (HvJ EU 19 november 2019, C-609/17, C-610/17, ECLI:EU:C:2019:981 (TSN ry c.s./ Hyvinvointialan liitto ry c.s.) waarin als voorwaarde wordt gesteld dat als wettelijke dagen en bovenwettelijke dagen op dezelfde wijze berekend dienen te worden, dit expliciet in de nationale wet geregeld moet worden. In artikel 7:639 lid 1 BW wordt echter enkel en alleen bepaald dat *'tijdens vakantie het loon dient te worden doorbetaald'*. De vorderingen moeten volgens [appellante] daarom worden afgewezen, in ieder geval voor het deel dat zij de wettelijke vakantiedagen overschrijden.

4.14. Grief XII in principaal appel faalt. Artikel 7:639 lid 1 BW – op grond waarvan de werknemer gedurende zijn vakantie recht op loon behoudt – maakt namelijk geen onderscheid tussen wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen. Dit artikel biedt ook niet de mogelijkheid om daarvan voor de bovenwettelijke vakantiedagen ten nadele van de werknemer af te wijken (artikel 7:645 BW).

Daarom geldt het loonbegrip van artikel 7:639 BW ook voor de bovenwettelijke vakantiedagen. De omstandigheid dat bovenwettelijke vakantiedagen niet onder de Arbeidstijdenrichtlijn 2003/88/EG vallen (TSN-arrest), maakt dit niet anders. Op grond van het TSN-arrest (zie onderdelen 34 en 35 van dat arrest) zijn gunstigere bepalingen toegestaan. Dat het loonbegrip van artikel 7:639 BW ook moet worden gehanteerd voor de bovenwettelijke vakantiedagen, was al nationaal recht vóór inwerkingtreding van deze Richtlijn 2003/88/EG. Het voorgaande betekent dat voor de vraag of toelagen en overuren tijdens vakantie moeten worden doorbetaald, de arresten Williams/British Airways en Hein/Holzmann (zie onder 4.15. en verder) en alle vervolguitspraken ook van belang zijn – via het nationale recht – voor de bovenwettelijke vakantiedagen. Vergelijk Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11061 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7815.

*Het toetsingskader: toelagen en vergoedingen*

*Algemeen*

4.15. Het hof stelt het volgende voorop. In artikel 7:639 lid 1 BW is bepaald dat de werknemer gedurende zijn vakantie recht op loon behoudt. Van dit artikel kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken, tenzij zodanige afwijking in het betreffende artikel is toegestaan (artikel 7:645 BW). Artikel 7:639 BW kent een dergelijke afwijkingmogelijkheid niet. Artikel 7:639 lid 1 BW dient voorts conform het Europese recht (artikel 7 van de Richtlijn 2003/88/EG en de daarbij behorende jurisprudentie) te worden uitgelegd. Het doel van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon is tweeledig: het stelt de werknemer in staat enerzijds uit te rusten van de uitvoering van de hem door zijn arbeidsovereenkomst opgelegde taken en anderzijds over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken. Dit recht moet worden beschouwd als een bijzonder belangrijk beginsel van sociaal recht van de Unie (zie HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1748, verwijzend naar HvJEU 11 november 2015, C-219/14, inzake Greenfield/TCB, ECLI:EU:C:2015:745 punt 26. Deze vaste rechtspraak van het HvJ EU is sindsdien meermalen herhaald, recent in HvJ EU 22 september 2022, C-518/20 en 727/20, inzake Fraport & St. Vincenz

Krankenhaus, ECLI:EU:C:2022:707, punten 25 en 27).

*Het toetsingskader: toeslagen (Williams/British Airways)*

4.16. Volgens rechtspraak van het HvJ EU mag het recht op loon tijdens de vakantie niet restrictief worden uitgelegd en betekenen de woorden 'jaarlijkse vakantie met behoud van loon' in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 dat het loon gedurende de 'jaarlijkse vakantie' in de zin van die richtlijn moet worden doorbetaald en dat, met andere woorden, de werknemer voor deze rustperiode zijn normale loon dient te ontvangen. Het vereiste van betaling van vakantieloon heeft tot doel de werknemer tijdens de jaarlijkse vakantie in een situatie te brengen die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens de gewerkte periodes. Het vakantieloon dient in beginsel overeen te stemmen met het gebruikelijke arbeidsloon van de werknemer.

Wanneer de door de werknemer ontvangen beloning bestaat uit verschillende componenten, moet bij de bepaling van wat het normaal/gebruikelijk loon is waarop deze werknemer recht heeft gedurende zijn jaarlijkse vakantie, een specifieke analyse worden uitgevoerd. In het kader van een dergelijke analyse heeft het Hof van Justitie in HvJ EU 15 september 2011, C-155/10, ECLI:EU:C:2011:588 (Williams/British Airways), het volgende geoordeeld [vet door GHSHE (romein; red.), met in noten de letterlijke tekst uit andere voor de duiding relevante authentieke taalversies]:

“24. Elke last die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst en waarvoor hij een financiële vergoeding ontvangt, wordt gerekend tot de globale beloning van de werknemer, zoals, in het geval van lijnpiloten, de tijd die zij vliegend doorbrengen, *die noodzakelijkerwijs deel moet uitmaken van het bedrag waarop de werknemer recht heeft gedurende zijn jaarlijkse vakantie.*

25. Daarentegen dienen de componenten van het globale loon van de werknemer die alleen strekken tot vergoeding van occasionele of bijkomende kosten *die worden gemaakt bij uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst, zoals kosten verbonden met de tijd die piloten buiten de standplaats moeten doorbrengen, niet in aanmerking worden genomen voor*

*de berekening van het te betalen bedrag aan vakantieloon.*”<sup>1</sup>

Volgens het HvJ staat het aan de nationale rechter om te beoordelen of er een intrinsiek verband bestaat tussen de verschillende componenten van het globale loon van de werknemer en de uitvoering van de taken die hem zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst. Deze beoordeling dient volgens het HvJ EU betrekking te hebben op een gemiddelde over een representatief geachte periode en plaats te vinden in het licht van het in de rechtspraak ontwikkelde beginsel dat richtlijn 2003/88 het recht op jaarlijkse vakantie en het recht op betaling uit hoofde daarvan behandelt als twee aspecten van één recht (HvJ EU 15 september 2011, C-155/10, ECLI:EU:C:2011:588 (Williams/British Airways), onderdelen 19 t/m 26).

1 EN: “24. Accordingly, any inconvenient aspect which is linked intrinsically to the performance of the tasks which the worker is required to carry out under his contract of employment and in respect of which a monetary amount is provided which is included in the calculation of the worker's total remuneration, such as, in the case of airline pilots, the time spent flying, must necessarily be taken into account for the purposes of the amount to which the worker is entitled during his annual leave.

25. By contrast, the components of the worker's total remuneration which are intended exclusively to cover occasional or ancillary costs arising at the time of performance of the tasks which the worker is required to carry out under his contract of employment, such as costs connected with the time that pilots have to spend away from base, need not be taken into account in the calculation of the payment to be made during annual leave.”

FR: “24. Ainsi, tout désagrément lié de manière intrinsèque à l'exécution des tâches incombant au travailleur selon son contrat de travail et compensé par un montant pécuniaire entrant dans le calcul de la rémunération globale du travailleur, tel que, pour les pilotes de ligne, le temps passé en vol, doit nécessairement faire partie du montant auquel le travailleur a droit durant son congé annuel.

25. En revanche, les éléments de la rémunération globale du travailleur qui visent exclusivement à couvrir des coûts occasionnels ou accessoires survenant à l'occasion de l'exécution des tâches incombant au travailleur selon son contrat de travail, tels que des frais liés au temps que les pilotes sont contraints de passer à l'extérieur de la base, ne doivent pas être pris en compte lors du calcul du paiement à verser durant le congé annuel.”

*Het toetsingskader: overuren (Hein/Holzmann)*

4.17. Wat de vraag betreft of, en zo ja, wanneer overuren van de werknemer worden meegeteld voor de berekening van de vergoeding die verschuldigd is uit hoofde van het jaarlijks verlof met behoud van loon, is het arrest Hein/Holzmann van belang (HvJ EU 13 december 2018, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018).

In dit arrest heeft het HvJ EU erop gewezen dat vanwege het uitzonderlijke en onvoorspelbare karakter ervan, vergoedingen voor gemaakte overuren in beginsel geen deel uitmaken van het gewone loon waarop de werknemer tijdens de in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 bedoelde jaarlijkse vakantie met behoud van loon aanspraak kan maken. Het HvJ EU overweegt vervolgens als volgt [vet door GHSHE (romein; red.)]:

“47. Wanneer de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen van de werknemer vergen dat hij op regelmatige basis overuren maakt, en de vergoeding daarvan een belangrijk onderdeel vormt van de totale vergoeding die hij voor zijn beroepsactiviteit ontvangt, moet de vergoeding voor overuren echter worden meegeteld voor het gewone loon waarop hij tijdens de in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 bedoelde jaarlijkse vakantie met behoud van loon recht heeft, zodat hij tijdens zijn vakantie economische voorwaarden geniet die vergelijkbaar zijn met die welke hij tijdens de uitoefening van zijn werk geniet. Het staat aan de verwijzende rechter om te verifiëren of dit in het hoofdgeding het geval is.”<sup>2</sup>

2 DE [vet GHSHE (romein; red.)]: “47. Ist der Arbeitnehmer jedoch arbeitsvertraglich verpflichtet, Überstunden zu leisten, die weitgehend vorhersehbar und gewöhnlich sind und deren Vergütung einen wesentlichen Teil des gesamten Arbeitsentgelts ausmacht, das er in Ausübung seiner Berufstätigkeit erhält, sollte die Vergütung für diese Überstunden in das gewöhnliche Arbeitsentgelt, das aufgrund des in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 vorgesehenen Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub geschuldet wird, einbezogen werden, damit der Arbeitnehmer während dieses Urlaubs in den Genuss wirtschaftlicher Bedingungen kommt, die mit denen vergleichbar sind, die ihm bei Ausübung seiner Arbeit zugutekommen. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob dies im Rahmen des Ausgangsrechtsstreits der Fall ist.”

EN [vet GHSHE (romein; red.)]: “47. However, when the obligations arising from the employment contract require the worker to work overtime on a broadly regu-

4.18. Het hof gaat niet mee in het betoog van de Chauffeurs dat het vakantieloonbegrip niet uitsluitend aan de hand van de arresten *Williams/British Airways* en/of *Hein/Holzmann* moet worden getoetst (grief III in incidenteel appel), maar dat eerst de vraag moet worden beantwoord of het gevorderde looncomponent onder het door de Hoge Raad gehanteerde ruime loonbegrip valt en dat – bij een ontkennend antwoord – daarna pas de vervolgvraag is of de genoemde arresten ertoe leiden dat het gevorderde looncomponent op basis van een richtlijnconforme interpretatie toch tot het vakantieloon moet worden gerekend (Gerechtshof Den Haag 14 september 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1746). Er is namelijk geen enkele aanwijzing dat de wetgever altijd al bedoeld heeft dat onder het loonbegrip van artikel 7:639 lid 1 BW ook toeslagen en overuren vallen gezien de chronologie van de aanpassingen van het betreffende wetsartikel en de nationale jurisprudentie daarover vóór de hier bedoelde Europese uitspraken. Ook de stelling van de Chauffeurs dat de overwerkvergoedingen óók moeten worden getoetst aan het arrest *Williams/*

lar and predictable basis, and the corresponding pay constitutes a significant element of the total remuneration that the worker receives for his professional activity, the pay received for that overtime work should be included in the normal remuneration due under the right to paid annual leave provided for by Article 7(1) of Directive 2003/88, in order that the worker may enjoy, during that leave, economic conditions which are comparable to those that he enjoys when working. It is for the referring court to verify whether that is the case in the main proceedings.”

FR [vet GHSHE (romein; red.)]: “47. Toutefois, lorsque les obligations découlant du contrat de travail exigent du travailleur qu’il effectue des heures supplémentaires ayant un caractère largement prévisible et habituel, et dont la rémunération constitue un élément important de la rémunération totale que le travailleur perçoit dans le cadre de l’exercice de son activité professionnelle, la rémunération reçue pour ces heures supplémentaires devrait être incluse dans la rémunération ordinaire au titre du droit au congé annuel payé prévu à l’article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88, afin que le travailleur jouisse, lors de ce congé, de conditions économiques comparables à celles dont il bénéficie lors de l’exercice de son travail. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si tel est le cas dans le cadre du litige au principal.”



British Airways en dat geen tot weinig zelfstandige waarde moet worden toegekend aan de voorwaarden neergelegd in het arrest Hein/Holz-kamm, is naar het oordeel van het hof niet juist.

*De toeslagen behoren tot het vakantieloon van de Chauffeurs (Williams/British Airways)*

4.19. De Chauffeurs zijn van mening dat de toeslagen ten onrechte tijdens vakantie niet zijn doorbetaald en zij vorderen deze alsnog. [appellante] heeft drie grieven aangevoerd over de toeslagen (grief IV, V en VI in principaal appel). Eerst worden deze drie grieven weergegeven. Daarna zal het hof deze grieven gezamenlijk behandelen.

4.20. Grief IV in principaal appel richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat het werken volgens onregelmatige uren, waarvoor een onregelmatigheidstoelage verschuldigd is, intrinsiek samenhangt met het uitoefenen van de functie en dat daarbij niet van belang is of er een verplichting tot het verrichten van overwerk bestaat, maar of het onderdeel uitmaakt van de functie van de werknemer. [appellante] voert aan dat de kantonrechter hiermee heeft verzuimd de verschillende looncomponenten te toetsen aan de criteria die daarvoor gelden en dat de kantonrechter geen duidelijk onderscheid heeft gemaakt in de toetsing voor onregelmatigheidstoelagen (Williams/British Airways) en de toetsing voor vergoedingen voor overwerk (Hein/Holz-kamm).

4.21. Grief V in principaal appel richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat de onregelmatigheidstoelagen voor werken op zaterdag en werken op zondag tot het vakantieloon van de Chauffeurs behoren. [appellante] voert aan dat deze toeslagen – op twee keer na – bij geen enkele Chauffeur zijn voorgekomen. De onregelmatigheidstoelage voor deze arbeidsuren is dus niet *gebruikelijk* of hangt niet *intrinsiek* samen met de taken van de Chauffeurs.

4.22. Grief VI in principaal appel richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat de nachtvergoedingen tot het vakantieloon van de Chauffeurs behoren. Volgens [appellante] behoren de nachtvergoedingen op grond van het arrest Williams/British Airways echter niet tot het vakantieloon, omdat tot 1 juli 2017 sprake was van een bruto onkostenvergoeding voor nachtwerk. Vanaf 1 juli 2017 geldt de nachttoelage volgens de toelagenmatrix, maar dit kwam bij alle Chauffeurs weinig voor. Deze looncomponent behoort volgens [ap-

pellante] dus niet bij het gebruikelijke loon en hangt ook niet intrinsiek samen met de taken van de Chauffeurs.

4.23. De vraag die het hof moet beantwoorden is of de toeslagen tot het loon behoren dat moet worden uitbetaald als een chauffeur vakantie opneemt.

In dat kader wordt tevens betrokken grief II in het incidenteel appel, luidend dat ten onrechte de kantonrechter overwogen heeft dat de vorderingen van de Chauffeurs (uitsluitend) zien op toeslagen voor gemaakte overuren. Ten onrechte heeft de kantonrechter in r.o. 4.20 niet expliciet overwogen dat de Chauffeurs van mening zijn dat ook de 30%-toelage (gekoppeld aan tijd-voor-tijd uren) ten onrechte niet tijdens vakanties zijn doorbetaald.

Het hof merkt deze laatste ‘toelage’ aan als een vergoeding die verbonden is met overwerk, nu evident sprake is van verbondenheid met overuren. Derhalve zal deze ‘toelage’ in het kader van overwerk worden beoordeeld (zie ook hierna).

Het gaat – met inachtneming van het voorgaande – derhalve in dit kader nog om de volgende toeslagen:

1. voor zaterdag- en zondaguren als zodanig;
  2. voor ééndaagse nachtritten en;
  3. voor zaterdag- en zondaguren boven de 40 uur.
- Voor de beantwoording van voornoemde vraag neemt het hof het totaal van de toeslagen. Het hof ziet namelijk geen aanleiding om de verschillende toeslagen (nog verder) uit te splitsen. Grief IV in principaal appel slaagt daarom niet.

4.24. Voor de beantwoording van de vraag of toeslagen tijdens vakantie moeten worden doorbetaald is – zoals onder 4.16. al aangegeven – het arrest Williams/British Airways van belang. Het hof is van oordeel dat de diensten waarvoor de toeslagen bedoeld zijn een last vormen die intrinsiek samenhangen met de uitvoering van de taken die de Chauffeurs zijn opgedragen in hun arbeids-overeenkomst en waarvoor zij een financiële vergoeding ontvangen. Vergelijk het voorbeeld van de lijnpiloten in het arrest Williams/British Airways. Volgens het HvJ EU moet de tijd die de lijnpiloten vliegend doorbrengen deel uitmaken van het vakantieloon, maar niet de kosten verbonden met de tijd die piloten buiten de standplaats moeten doorbrengen. Het hof is van oordeel dat de situatie van de Chauffeurs overeenkomsten vertoont met dit voorbeeld. De diensten van de Chauffeurs zijn allemaal gerela-

teerd aan en houden verband met de te verrichten werkzaamheden en de taken die zij uitvoeren. Het gaat bijvoorbeeld om de uren die de Chauffeurs hebben gemaakt in de nacht van zaterdag en/of zondag (vergelijk de vliegreuen). De Chauffeurs ontvangen hiervoor een financiële vergoeding, namelijk de toeslagen. Deze toeslagen moeten worden gerekend tot hun gebruikelijke beloning en moeten daarom tijdens de opgenomen vakantie op basis van een gemiddelde over de referentieperiode worden doorbetaald. Dat de Chauffeurs in dit verband zelf ervoor kiezen om bepaalde diensten uit te voeren, is naar het oordeel van het hof niet relevant.

Op grond van artikel 7 lid 1 onderdelen a en b van alle geldende cao's geldt namelijk dat een chauffeur verplicht is:

- a. tot het verrichten van de overeengekomen werkzaamheden en
- b. op verzoek van de werkgever alle voorkomende werkzaamheden te verrichten voor zover deze redelijkerwijze van de chauffeur kunnen worden verlangd.

Door [appellante] is niet weersproken dat de nachtvergoeding voor 1 juli 2017 *bovenop* de zuivere onkostenvergoedingen (punt 85 mva/mvg) werden toegekend, zodat de nachtvergoedingen van vóór 1 juli 2017 gelijk meetellen als de nacht-toeslagen van na 1 juli 2017.

4.25. Het hof moet van het HvJ EU (begrijpelijkkerwijs) een referentieperiode bepalen. Als referentieperiode neemt het hof het kalenderjaar voorafgaand aan het (kalender)jaar waarin de vakantie wordt opgenomen – hetzelfde zal overigens gelden voor overuren, zie hierna –. Als bijvoorbeeld een chauffeur in 2018 vakantie geniet, dan is het jaar 2017 en zijn de in dat jaar ontvangen toeslagen als hierboven bedoeld in totaliteit bepalend voor de vraag welk loon tijdens de vakantie in 2018 doorbetaald moet worden. Dit geldt ook als de werknemer in het voorbeeld gedurende het jaar (in 2017) in dienst komt.

#### *Overuren (Hein/Holzmann)*

4.26. De Chauffeurs zijn ook van mening dat – naast de hiervoor in 4.23 genoemde toeslagen – de overuren en in dat kader verschuldigde toeslagen ten onrechte tijdens vakantie niet zijn doorbetaald en vorderen dit alsnog. Voor de beantwoording van de vraag of overuren en in dat kader betaalde toeslagen tijdens vakantie naar evenredigheid moeten worden doorbetaald, dan

wel of gemaakte overuren rekenkundig meetellen bij de berekening van het gebruikelijk vakantieloon, is – zoals onder 4.17. al aangegeven – het arrest Hein/Holzmann van belang.

Anders dan de Chauffeurs betogen in het kader van grief II in incidenteel appel (zie eerder) koppelt het hof niet de overuren enerzijds en de toeslagen daarover los, maar beschouwt ze al bij elkaar horend.

Uit het arrest Hein/Holzmann – dat ook in latere HvJ EU arresten als uitgangspunt dient in het kader van vakantieloon en overuren: zie onderdeel 43 van HvJ EU 13 januari 2022, C-514/20 inzake DS vs Koch Personalsdienstleistungen, ECLI:EU:C:2022:19 – volgt dat overuren in beginsel geen deel uitmaken van het vakantieloon vanwege het uitzonderlijke en onvoorspelbare karakter ervan, tenzij (a) de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen van de werknemer vergen dat (b) hij op regelmatige basis overuren maakt en (c) de vergoeding daarvan een belangrijk onderdeel vormt van de totale vergoeding die hij voor zijn beroepsactiviteit ontvangt.

Naar het oordeel van het hof kan in de situatie van de Chauffeurs niet gezegd worden dat de overuren een uitzonderlijk en onvoorspelbaar karakter hebben. Het is het hof namelijk gebleken dat de overuren een belangrijk onderdeel zijn van de bedrijfsvoering van [appellante] en ook voor de Chauffeurs. Voor het antwoord op de vraag of de overuren van de Chauffeurs deel uitmaken van het vakantieloon, moet het hof dus de (vervolg) vraag beantwoorden of sprake is van de tenzij-situatie, en de in dat kader te beantwoorden deelvragen.

Het hof wenst daarbij – anders dan klaarblijkelijk de kantonrechter – wel waarde te hechten aan de andere evenzeer authentieke taalversies van het arrest Hein, waaronder die van de Duitse taal dat in die uitspraak de proces taal was.

In het hiernavolgende zal het hof de verschillende onderdelen (a) tot en met (c) behandelen. Hetgeen [appellante] en de Chauffeurs hierover ieder hebben aangevoerd zal daarbij ook naar voren komen.

#### *a. De verplichting overuren te maken*

4.27. Grief VII in principaal appel houdt in dat de kantonrechter niet heeft gemotiveerd waar de verplichting tot overwerk uit blijkt. [appellante] meent dat de kantonrechter de toets of de Chauffeurs verplicht waren overwerk te verrichten on-

terecht heeft overgeslagen. Eveneens is onjuist – voor zover de kantonrechter dat bedoeld zou hebben – dat de Chauffeurs verplicht zouden zijn om overwerk te verrichten, *omdat* zij een bepaalde hoeveelheid overwerk hebben verricht. [appellante] neemt voorts nogmaals uitdrukkelijk het standpunt in dat de Chauffeurs niet verplicht zijn of waren om overwerk te verrichten, mede onder verwijzing naar de als productie 20-22 in hoger beroep overgelegde verklaringen van medewerkers van personeelszaken van [appellante]. De Chauffeurs worden ingepland conform het aantal uren dat zij willen werken en zij kunnen zelf aangeven of zij overwerk willen verrichten. Hierbij wordt opgemerkt dat overuren de uren zijn die de 40 uur per week overschrijden en dus niet de acht uur per dag. De Chauffeurs hebben volgens [appellante] ook nimmer gesteld, noch bewezen, dat zij verplicht waren om overwerk te verrichten. Hierdoor dient geconcludeerd te worden dat de Chauffeurs niet aan hun stel- en bewijsplicht hebben voldaan en dat zij niet hebben aangetoond dat hun vorderingen voldoen aan de criteria die het HvJ EU daaraan stelt om de vergoedingen voor overwerk onderdeel te kunnen laten uitmaken van het vakantieloon.

4.28. De Chauffeurs zijn echter primair van mening dat de vraag of overwerk al dan niet verplicht is opgelegd, überhaupt niet hoeft te worden getoetst. Subsidiar stellen de Chauffeurs dat overwerk *wel* verplicht was.

4.29. Het hof oordeelt als volgt. In het arrest van 14 september 2021 (ECLI:NL:GHDHA:2021:1746) heeft het hof Den Haag geoordeeld dat de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen naar Nederlands recht niet alleen die verplichtingen zijn die letterlijk in de schriftelijke arbeidsovereenkomst zijn verwoord. Verplichtingen van een werknemer kunnen volgens het hof Den Haag ook voortvloeien uit een mondelinge overeenkomst of uit een overeenkomst die stilzwijgend tot stand is gekomen. Van dat laatste is volgens het hof Den Haag sprake als partijen uit verklaringen en gedragingen over en weer redelijkerwijs mochten afleiden dat sprake was van een overeenkomst tot het verrichten van overwerk, zonder dat daarbij een of meer specifieke momenten zijn aan te wijzen waarop partijen dit expliciet met elkaar hebben afgesproken. Dit hof kan zich volledig vinden in deze overwegingen van het hof Den Haag.

4.30. Vast staat dat de Chauffeurs jarenlang structureel en in grote mate hebben overgewerkt. [appellante] heeft deze situatie laten ontstaan en laten voortbestaan. [appellante] heeft daarmee ingestemd. De Chauffeurs worden namelijk stelselmatig ingeroosterd voor ritten op een wijze die (nagenoeg onvermijdelijk) tot overwerk zal en moet leiden. De Chauffeurs kunnen namelijk niet tijdens een rit stoppen, maar zij zullen deze rit moeten afmaken. Het is aannemelijk dat een chauffeur die internationale ritten maakt, meer dan 40 uur werkt. Daarbij komt de cao-bepaling die bepaalt dat een werknemer van 55 jaar en ouder niet *verplicht kan worden* tot het maken van overuren. Hierdoor is het aannemelijk dat overwerk onderdeel is van de werkzaamheden in de transportsector en dat voor een bepaalde groep (oudere) werknemers, voor wie het maken van overuren belastend kan zijn, voorzieningen moesten worden getroffen. De stelling van [appellante] dat chauffeurs met de leeftijd van 50 jaar en ouder niet kunnen worden verplicht tot het maken van overwerk, maakt niet dat de feitelijke situatie anders is.

4.31. De aard van het werk brengt dus mee dat het overwerk een onderdeel is geworden van de verbintenissen die voor werkgever en werknemer uit de overeenkomst voortvloeien, zodat sprake is van de in het arrest Hein/Holz-kamm bedoelde situatie dat het overwerk ‘*arbeitsvertraglich verpflichtet*’ is (Duitse taalversie), althans sprake is van de situatie dat “*les obligations découlant du contrat de travail exigent du travailleur qu’il accomplisse des heures supplémentaires*” (Franse taalversie, vet GHSHE (romein; red.)).

*b. Het op regelmatige basis maken van overuren (regelmatig en voorzienbaar)*

4.32. [appellante] meent dat de vorderingen van de Chauffeurs ook niet aan de tweede voorwaarde van het Hein-Holz-kamm-arrest voldoen, namelijk of de Chauffeurs het verplichte overwerk op regelmatige basis verrichten en of dit voorzienbaar was. Hiertegen richt zich grief VIII in principaal appel.

De kantonrechter heeft daarbij – aldus [appellante] – ten onrechte overwogen dat de Duitse versie van het Holz-kamm-arrest niet relevant is voor de beoordeling hiervan. De kantonrechter heeft ook ten onrechte geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende looncomponenten voor overwerk – doordeweeks overwerk, overwerk op za-

terdag, overwerk op zondag en tijd-voor-tijd –. Uit het door [appellante] overgelegde overzicht blijkt dat de hoeveelheid overuren bij elke Chauffeur sterk fluctueert, zowel per maand, per jaar, in totaal als per looncomponent. Er is dus geen sprake van een voorzienbare structuur. De overuren op zaterdag en zondag en de tijd-voor-tijd vergoedingen komen volgens [appellante] bovendien maar heel weinig voor, zodat hiervan zeker niet gezegd kan worden dat dit op regelmatige basis is, noch dat die looncomponenten voorzienbaar, gewoonlijk of structureel zijn.

4.33. Indien en voor zover al getoetst moet worden aan het arrest Hein/Holzmann, stellen de Chauffeurs dat zij op regelmatige basis overuren maken. De Chauffeurs stellen verder dat – anders dan [appellante] stelt – de Duitse termen “vorhersehbar” en “gewöhnlich” twee elkaar aanvullende elementen zijn, die niet los van elkaar kunnen worden gezien, en dat deze twee elementen in de Nederlandse vertaling “op regelmatige basis” zijn samengevoegd (vgl. rechtbank Rotterdam 2 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8584). Er hoeft dus niet los te worden getoetst aan de ‘voorzienbaarheid’ van het overwerk. Indien en voor zover hier wel aan moet worden getoetst, spreekt het overzicht van de Chauffeurs boekdelen. De Chauffeurs werken enorme aantallen overuren op week-, maand- en jaarbasis. Bovendien blijkt uit voormeld overzicht dat de overuren per Chauffeur per jaar om en nabij hetzelfde aantal ligt. Het overwerk was dan ook voorzienbaar.

Van overuren is in zijn algemeenheid sprake wanneer de 40 uren in de week worden overschreden. Omdat de overuren onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden, moeten voor de beoordeling van de overuren alle looncomponenten in onderlinge samenhang – en niet los van elkaar – worden bezien. Zie in gelijke zin gerechtshof Den Haag 14 september 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1746, r.o. 14-15.

4.34. Het hof oordeelt als volgt. Het hof kan zich vinden in het betoog van de Chauffeurs dat van overuren in zijn algemeenheid sprake is wanneer de 40 uren in de week worden overschreden. [appellante] betoogt immers hetzelfde (mvg onderdeel 51), met de toevoeging dat derhalve niet per dag moet worden gekeken.

Omdat de overuren onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden, moeten voor de beoordeling van de overuren alle looncomponenten in onderlinge

samenhang worden gezien en dus niet los van elkaar.

4.35. Het hof acht de andere taalversies van het Hein/Holzmann-arrest relevant voor de beoordeling of sprake is van het op regelmatige basis maken van overuren.

In de Duitse (de oorspronkelijke taal van het arrest), Engelse en Franse versie staat:

- ‘weitgehend vorhersehbar und gewöhnlich’ (grotendeels voorspelbaar en gebruikelijk);
- ‘broadly regular and predictable basis’ (grotendeels regelmatige en voorspelbare basis) en
- ‘caractère largement prévisible et habituel’ (grotendeels voorspelbaar en gebruikelijk karakter).

Naar het oordeel van het hof kan uit deze verschillende taalversies worden afgeleid dat de overuren voorspelbaar *en* regelmatig of gebruikelijk moeten zijn. Dat in de Nederlandse vertaling de twee woorden ‘vorhersehbar’ en ‘gewöhnlich’ zijn samengevoegd in de woorden ‘op regelmatige basis’ maakt dat niet anders. Het hof is echter ook van oordeel dat het met regelmaat maken van overuren met zich mee kan brengen dat het maken van overuren voorspelbaar wordt.

4.36. Zoals onder 4.31. al is geoordeeld, brengt de aard van het werk mee dat het overwerk een verplicht onderdeel van de arbeidsovereenkomst is en dat de Chauffeurs het overwerk niet kunnen weigeren.

Omdat de Chauffeurs jarenlang structureel en in grote mate hebben overgewerkt en omdat zij het overwerk niet kunnen weigeren, ligt daarin naar het oordeel van het hof besloten dat het maken van overuren op regelmatige basis plaatsvindt en daarmee dan ook voorzienbaar is. Ook bij dit onderdeel (b) vindt het hof de cao-bepaling voor oudere werknemers van belang. Hieruit blijkt dat tot 1 juli 2017 gold dat een werknemer van 50 jaar en ouder niet kan worden verplicht tot het maken van overuren van meer dan 12,5 uur per week en dat er maximaal 105 uur in 2 weken mag worden gewerkt, derhalve in een dergelijke periode maximaal 25 uur bovenop de tweemaal gebruikelijke 40 uur. Vanaf 1 juli 2017 geldt blijkens de cao-bepaling dat werknemers van 55 jaar en ouder niet verplicht kunnen worden tot het maken van overuren, dat de werknemer aan het begin van elk kalenderjaar dient aan te geven of hij gebruik wenst te maken van deze uitzonderingsregel en dat in dat geval de werkgever en werknemer in onderling overleg moeten bepalen of hieraan uitvoering *kan* worden gegeven. Het hof leidt hieruit

af dat de werkgever nog steeds in voorkomend geval de verplichting aan de oudere werknemer kan opleggen tot het maken van overuren.

*c. De vergoeding voor overuren vormt een belangrijk onderdeel van het loon*

4.37. Grief IX in principaal appel houdt in dat de kantonrechter volgens [appellante] de vorderingen van de Chauffeurs ten onrechte niet heeft getoetst aan de laatste cumulatieve voorwaarde, namelijk of deze looncomponenten een belangrijk onderdeel zijn van het totale salaris. Op basis van het overzicht van [appellante] moet per looncomponent voor overwerk beoordeeld worden of aan dit laatste criterium van het HvJ EU wordt voldaan. Dat is volgens [appellante] niet het geval, omdat de vergoedingen niet voor 50% of meer onderdeel uitmaken van het loon. De vergoedingen voor doordeeweeks overwerk komen niet boven de 39% uit, aldus [appellante].

4.38. De vergoeding van overuren vormt naar het oordeel van het hof een “belangrijk onderdeel” van de totale vergoeding, als de vergoeding van overuren 25% of meer onderdeel vormt van het totale uitbetaalde brutoloon in het kalenderjaar voorafgaand aan het jaar waarin de vakantie wordt opgenomen. Dit behalve als er bijzondere omstandigheden zijn die dwingen tot een andere referentieperiode in dat betreffende jaar – als sprake is van een lager percentage dan 25% –. Bijvoorbeeld als een chauffeur door langdurige ziekte minder overuren maakt dan wat voor deze chauffeur gebruikelijk is (geweest).

*De vorderingen moeten per individuele chauffeur worden beoordeeld*

4.39. Grief X in principaal appel houdt in dat de kantonrechter volgens [appellante] ten onrechte heeft geoordeeld dat voor *alle* Chauffeurs geldt dat het overwerk, althans het daarvoor ontvangen brutoloon en toeslagen zonder meer onderdeel moeten zijn van het vakantieloon, ondanks de grote verschillen. Het feit dat de Chauffeurs allen werkzaam waren in dezelfde functie en dat op hen dezelfde cao's van toepassing waren, maakt nog niet dat sprake is van een gelijke situatie. Dit blijkt alleen al uit het feit dat de Chauffeurs zeer uiteenlopende bedragen vorderen, die gebaseerd zijn op verschillende toeslagen en gewerkte uren. [appellante] is van mening dat elke Chauffeur zijn vordering individueel moet onderbouwen en bewij-

zen en ook dat per Chauffeur de vordering beoordeeld moet worden.

4.40. Deze grief slaagt. De vraag of de vergoeding van de overuren een belangrijk onderdeel vormt van de totale vergoeding die de werknemer voor zijn beroepsactiviteit ontvangt, moet per individuele chauffeur worden beoordeeld.

Dat de vergoeding van de overuren voor de ene chauffeur een belangrijk onderdeel vormt van de totale vergoeding die deze chauffeur ontvangt, betekent namelijk nog niet dat de vergoeding van de overuren ook een belangrijk onderdeel vormt van de totale vergoeding voor een andere chauffeur.

Hierna zal het hof aangeven hoe een en ander dient te worden uitgewerkt.

*Atv-dagen*

4.41. De Chauffeurs zijn van mening dat de gevorderde looncomponenten ook zijn verschuldigd over atv-dagen (grief VI.a in incidenteel appel). De Chauffeurs stellen namelijk dat partijen onderling zijn overeengekomen dat de waarde van een atv-dag gelijk is aan de waarde van vakantiedagen en dat [appellante] atv-dagen behandelt als (bovenwettelijke) vakantiedagen.

4.42. Naar het oordeel van het hof heeft de kantonrechter terecht overwogen dat de Hoge Raad in het arrest van 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI9633 heeft geoordeeld dat atv-dagen niet gelijk te stellen zijn met vakantiedagen en dat de waarde van een atv-dag afhankelijk is van hetgeen partijen in dat kader onderling zijn overeengekomen.

4.43. Dat partijen onderling zijn overeengekomen dat de waarde van een atv-dag gelijk is aan de waarde van vakantiedagen heeft [appellante] gemotiveerd betwist. Tot 2019 gold in de toepasselijke cao's dat de waarde van een vakantiedag het basisloon betrof en hetzelfde gold voor de waarde van een atv-dag. Dat deze procedures mogelijk (onverhoopt) tot gevolg kunnen hebben dat de waarde van een vakantiedag in de toepasselijke cao's met terugwerkende kracht moet worden gewijzigd op grond van artikel 7:639 lid 1 BW, betekent volgens [appellante] echter nog niet dat de waarde van een atv-dag dan ook met terugwerkende kracht automatisch moet mee wijzigen.

4.44. Het hof volgt deze zienswijze. De waarde van een atv-dag wijzigt niet met de wijziging van de waarde van een vakantiedag ten gevolge van een procedure als de onderhavige. Atv-dagen val-

len namelijk niet onder artikel 7:639 lid 1 BW. Verder blijkt uit de per 1 januari 2019 geldende cao BGV dat toeslagen en overwerkvergoedingen meetellen voor de waarde van een vakantiedag, maar dat dit niet geldt voor atv-dagen. Grief VI.a in incidenteel appel slaagt dus niet.

*De redelijkheid en billijkheid leiden niet tot matiging of afwijzing van de vorderingen*

4.45. [appellante] meent dat de kantonrechter ten onrechte voorbij is gegaan aan de mogelijkheid om de vorderingen af te wijzen op basis van de redelijkheid en billijkheid nu deze tot ongelijke situaties leiden (grief XI in principaal appel). Het overgrote deel van het personeel heeft namelijk het collectieve bedrag van € 750,00 ontvangen. Als niet aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid zou kunnen worden voldaan (quod non), dan kan altijd nog gebruik gemaakt worden van de bevoegdheid tot matiging van de vorderingen tot een bedrag van € 750,00. Daarnaast heeft de kantonrechter een aantal andere omstandigheden die door [appellante] zijn aangevoerd – zoals de loonruimte bij cao-onderhandelingen – echter in het geheel onbesproken gelaten.

4.46. Het hof is van oordeel dat het betoog van [appellante] niet leidt tot matiging of afwijzing van de vorderingen van de Chauffeurs. Het hof stelt voorop dat bij de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid de nodige terughoudendheid moet worden betracht. De omstandigheden van het geval, zowel individueel als samen beschouwd, rechtvaardigen niet dat met een beroep hierop inbreuk wordt gemaakt op de wettelijke rechten van de Chauffeurs. Het hof licht dit hieronder toe.

4.47. [appellante] wist of had kunnen weten dat de Chauffeurs niet verplicht waren het aanbod van de eenmalige vergoeding van € 750,00 te accepteren. Dat mogelijk daardoor een grote onderlinge ongelijkheid zou ontstaan tussen de chauffeurs die het aanbod hebben geaccepteerd en een aantal chauffeurs die het aanbod hebben afgeslagen, kon [appellante] van tevoren weten, net zoals trouwens de chauffeurs die het aanbod wel hebben aanvaard. [appellante] heeft zich daarmee zelf in een bepaalde positie geplaatst. [appellante] kan dan ook niet achteraf in dit verband een beroep doen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

4.48. Het hof is evenals de kantonrechter van oordeel dat de door [appellante] gestelde financiële

gevolgen voor haar onderneming bij toewijzing van de vorderingen op onvoldoende wijze is onderbouwd. Al zou het zo zijn dat toewijzing van de vorderingen grote financiële gevolgen heeft, dan is dit een bedrijfsrisico. De financiële omstandigheden komen dan aldus voor rekening en risico van [appellante]. Bovendien is het arrest Williams/British Airways van 2011. Vanaf dat moment kon [appellante] al weten dat de toeslagenproblematiek kon gaan spelen en had [appellante] financiële reserves opzij kunnen zetten.

4.49. Dat er volgens [appellante] geen loonruimte was bij de onderhandelingen over de cao, vindt het hof niet aannemelijk. Een onderbouwing daarvan ontbreekt. Bovendien moet dit voor rekening en risico van de werkgever(sorganisaties) komen, juist gezien het grote gewicht dat het HvJ EU toekent aan de vakantierechten van werknemers.

4.50. [appellante] stelt dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid ertoe zou moeten leiden dat de leemte in de cao op een voor haar gunstige wijze zou moeten worden ingevuld. Door cao-partners is echter in 2018 ervoor gekozen om dit aan werkgever en werknemer over te laten, hetzij door het treffen van een vaststellingsovereenkomst, hetzij door dit te laten vaststellen in een procedure op basis van het geldend(e) recht. In die context ziet het hof geen ruimte daarbuiten tot een andere uitleg te komen.

4.51. De slotsom is dat de vorderingen van de Chauffeurs niet op basis van de redelijkheid en billijkheid gematigd of afgewezen moeten worden. Grief XI in principaal appel slaagt dus niet.

*Beroep op verrekening*

4.52. In grief XIII in principaal appel voert [appellante] aan dat de kantonrechter ten onrechte het beroep op verrekening heeft gepasseerd. De Chauffeurs hebben namelijk al die jaren meer diensturen betaald gekregen dan waartoe zij op grond van de cao's recht hadden. Volgens [appellante] gaat het om niet ingehouden pauzetijd conform de pauzestafel uit de cao's.

4.53. Naar het oordeel van het hof slaagt deze grief niet. [appellante] heeft namelijk zelf onverplicht afgezien van het toepassen van de pauzestafel uit de cao's bij het opstellen van de maandelijks loonstrook en uitbetaling ervan, zonder dit aan te geven aan de Chauffeurs. De Chauffeurs mochten er dan ook op vertrouwen dat [appellante] niet met terugwerkende kracht de pauzestafel uit de

cao's alsnog ging toepassen en met terugwerkende kracht het eventueel te veel betaalde loon zou willen verrekenen – dat er te veel is betaald wordt overigens door de Chauffeurs betwist –. Bovendien is door [appellante] niet weersproken dat door het hanteren van een pauzestafel van 30 minuten er meer gewerkt kon worden met als gevolg een hogere omzet ten gunste van [appellante]. De Chauffeurs stellen verder dat op instructie van [appellante] de Chauffeurs ook pauze namen/nemen wanneer zij aan het laden/lossen waren/zijn of tijdens wachttijd. Daardoor kunnen meer werkzaamheden in één week worden gepland en vooral uitgevoerd. Daarbij komt dat de Chauffeurs hebben aangevoerd dat het voorkomt dat een pauzestafel van 30 minuten is toegepast, terwijl er geen pauze is genoten. In het licht van het goed werknemer- en werkgeverschap (artikel 7:611 BW) is het gezien deze omstandigheden dan niet redelijk om achteraf alsnog de over vele jaren niet ingehouden pauzetijd conform de pauzestafel uit de cao's te verrekenen met de vorderingen van de Chauffeurs. Los daarvan is de grondigheid van dit verweer van [appellante] ook niet op het niveau van de individuele chauffeur op eenvoudige wijze vast te stellen (artikel 6:136 BW).

4.54. Voor zover [appellante] heeft bedoeld ook (kerst)gratificaties en dergelijke extra's te willen verrekenen, gaat dit niet op. Voor een beroep op verrekening is een vorderingsrecht nodig. Dergelijke uitkeringen naast het gebruikelijke loon heeft [appellante] echter vrijwillig gegeven, in het kader van de nakoming van een door [appellante] klaarblijkelijk ter zake ervaren natuurlijke verbintenis. [appellante] heeft dan ook geen vorderingsrecht op de Chauffeurs ten aanzien van dit soort extra uitkeringen. Een beroep op verrekening slaagt in dit verband dan ook evenmin.

#### *De wettelijke rente*

4.55. [appellante] voert in grief XIV in principaal appel aan dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat aan de Chauffeurs de wettelijke rente toekomt, omdat de vorderingen tot betaling van achterstallig vakantieloon moeten worden afgewezen. [appellante] is subsidiair van mening dat sterke matiging van de wettelijke rente op zijn plaats is. De Chauffeurs hebben daarentegen aangevoerd dat de kantonrechter ten onrechte de wettelijke rente heeft gematigd gelet op de toege-

wezen ingangsdatum (dag van de dagvaarding) (grief V in incidenteel appel).

4.56. Het hof acht het redelijk de wettelijke rente toe te wijzen steeds met ingang van 1 januari van het opvolgende kalenderjaar. Dit betekent bijvoorbeeld dat de wettelijke rente per 1 januari 2015 is gaan lopen voor de loonvordering uit 2014. Dit is ook vanuit een praktisch oogpunt wenselijk gezien de omvang van de loonvorderingen van de Chauffeurs en ter voorkoming dat veelvuldig executiegeschillen ontstaan doordat per chauffeur en per vakantiedag de wettelijke rente berekend zou moeten gaan worden.

#### *De wettelijke verhoging wordt gematigd tot 20%*

4.57. Volgens de Chauffeurs heeft de kantonrechter ten onrechte de wettelijke verhoging gematigd tot nihil (grief IV in incidenteel appel). De Chauffeurs hebben het hof verzocht de volledige wettelijke verhoging van 50% toe te wijzen. [appellante] meent dat de kantonrechter de wettelijke verhoging terecht heeft gematigd tot nihil.

Het hof oordeelt anders, omdat het [appellante] als werkgever naar aanleiding van de uitspraak van het HvJ EU in september 2011 direct duidelijk had kunnen zijn dat zij tot uitbetaling van de verschuldigde toeslagen moest overgaan. Voor de overuren geldt dat met het arrest in 2018 (Hein/Holzmann) duidelijk is geworden dat overuren tot het vakantieloon kunnen behoren. [appellante] heeft nagelaten met een en ander in voldoende mate rekening te houden in afwachting van een vaste en bestendige lijn in de rechtspraak en de onderhavige procedure.

Het hof stelt vast dat het door de Chauffeurs gevorderde loon in ieder geval voor een deel toevoegbaar is. Hoewel [appellante] had kunnen weten dat er te weinig vakantieloon is uitbetaald, heeft zij op geen enkele wijze iets willen betalen aan de Chauffeurs. In dat geval bepaalt artikel 7:625 BW dat de werkgever hierover een verhoging verschuldigd is. Het hof ziet aanleiding de wettelijke verhoging te matigen tot 20% over het aan iedere respectieve chauffeur te betalen bedrag. In zoverre slaagt deze grief.

#### *De buitengerechtigde incassokosten*

4.58. Volgens [appellante] moeten de door de kantonrechter toegewezen buitengerechtigde incassokosten worden afgewezen dan wel sterk worden gematigd (grief XIV in principaal appel).

De Chauffeurs hebben hun vordering ter zake gehandhaafd.

Het hof wijst de buitengerechtigke incassokosten af.

4.59. De in het Besluit vergoeding voor buitengerechtigke incassokosten neergelegde normering van de vergoeding voor incassokosten – ter uitwerking van artikel 6:96 BW – leent zich met name voor de gevallen waarin de omvang van de te innen vordering (de hoofdsom) gemakkelijk is vast te stellen. Dit betreft dan voornamelijk uit overeenkomsten voortvloeiende verbintenissen tot betaling van een geldsom, waarvan de omvang van de geldsom in de overeenkomst is vastgesteld, dan wel daaruit eenvoudig valt af te leiden. Gedacht kan worden aan een rekening van een telefoonprovider (Staatsblad 2012-141, onder ‘4. Toepassingsbereik van de regeling’).

4.60. De vorderingen van de Chauffeurs, zoals in onderhavige zaak aan de orde, vallen niet onder voornoemd besluit. De vorderingen zijn namelijk niet “eenvoudig” vast te stellen. Dit betekent dat aan de hand van het Rapport Voorwerk II de buitengerechtigke kosten moeten worden vastgesteld, en wel aan de hand van de zogenaamde dubbele redelijkheidstoets.

Door de Chauffeurs zijn de gestelde buitengerechtigke werkzaamheden niet tot amper onderbouwd. In hoger beroep is aangevoerd dat door diverse chauffeurs een sommatiebrief is gestuurd. Dat is in beginsel niet voldoende om buitengerechtigke kosten te kunnen vorderen.

Ook indien moet worden aangenomen dat nog daarnaast namens hen gezamenlijk een brief is verstuurd of een verzoek om een schikkingsvoorstel is gedaan, zullen in het beste geval de daarmee gemoeide kosten van kleur verschieten indien een proceskostenveroordeling zal worden uitgesproken (artikel 241 Rv).

4.61. In grief VII in incidenteel appel tenslotte hebben de Chauffeurs betoogd dat de kantonrechter niet hun hele vordering heeft weergegeven (naast het al eerder besproken deel van deze grief voor zover het betreft de weergave van het verweer in het kader van artikel 6:89 BW (klacht-plicht)). De rechter is niet gehouden de vorderingen van de eiser(s), in dit geval de Chauffeurs, letterlijk te herhalen maar hij is wel gehouden op al het gevorderde te beslissen.

De kantonrechter was aan definitief beslissen nog niet toegekomen. Het hof zal met al hetgeen ge-

vorderd is – voor zover dan nog relevant – rekening houden en daarop bij eindarrest beslissen. De Chauffeurs hebben geen belang bij (de verdere behandeling van) deze grief.

*Nieuwe overzichten en berekeningen moeten er komen*

4.62. Het hof acht zich op dit moment onvoldoende voorgelicht om in deze zaak definitief een beslissing te kunnen nemen, waarbij te gelden heeft dat het hof de zaak verder aan zich houdt op de voet van artikel 356 Rv, nu dit gezien hetgeen in dit tussenarrest al is beslist bijdraagt aan een doelmatige afdoening.

Het ligt voorts op de weg van [appellante] als meest gereede partij om nieuwe overzichten te overleggen. De overzichten moeten per individuele chauffeur en per relevant kalenderjaar zijn opgesteld. Het overzicht moet per individuele chauffeur inzichtelijk maken wanneer (en hoeveel) de verlofdagen in het relevante kalenderjaar zijn opgenomen. Daarbij moet duidelijk en op een inzichtelijke wijze onderscheid worden gemaakt tussen de (boven)wettelijke vakantiedagen en de (afgekochte dan wel genoten) atv-dagen. Het overzicht moet ook de uitbetaalde bruto toeslagen (als vermeld in 4.23) enerzijds en overwerkuren en daarbij horende bruto toeslagen anderzijds per kalenderjaar bevatten, alsook of met betrekking tot ieder jaar sprake is van 25% of meer uitbetaling van overuren ten opzichte van het totale brutojaarloon.

In zoverre slaagt de grief VI.b in incidenteel appel ook, nu de Chauffeurs zich niet meer hoeven uit te laten over de eerder overgelegde overzichten. Wel zal hen de gelegenheid worden geboden zich uit te laten over de hiervoor bedoelde *nieuwe* overzichten.

Kortom, het moet voor het hof duidelijker worden wat een individuele chauffeur nog tegoed heeft aan achterstallig vakantieloon in het licht wat in dit arrest is overwogen.

4.63. Het hof draagt [appellante] daarom op om, uiterlijk op de in het dictum van dit arrest vermelde datum, een overzicht per chauffeur in het geding te brengen.

4.64. Na ontvangst van dit overzicht, zal aan de Chauffeurs de gelegenheid worden geboden na vier weken middels een akte per individuele chauffeur te reageren op het overzicht van [appellante].



[appellante] zal desgevraagd inzage geven in de verlofadministratie per Chauffeur ter zake de relevante periode, bij voorkeur via uitdraaien of kopieën (en voor zover al niet verschaft in het kader van onderdeel 4.62).

Desgewenst kan verder aan de kant van de Chauffeurs gereageerd worden op individuele gevallen, bijvoorbeeld ten aanzien van een afwijkende referentieperiode in het kader van de overuren – als de werknemer onder de 25% uitkomt –. De betreffende chauffeurs zullen dan moeten onderbouwen met bewijsstukken dat er sprake was van ziekte of anderszins een belemmering als gevolg waarvan een andere referentieperiode zou moeten gelden.

zal daarop nog apart mogen reageren.

#### *Overige grieven*

4.65. [appellante] heeft onder verwijzing naar eerdere grieven in het kader van grief XV in principaal appel aangeboden tegenbewijs te leveren en nadere stukken te (willen) overleggen.

Op diverse punten als met dat aanbod geïnteresseerd heeft het hof al beslist, zodat in zoverre de grief niet (meer) ter zake dienend is. Voorts heeft het hof hierboven [appellante] in de gelegenheid gesteld respectievelijk opgedragen diverse aangeboden stukken alsnog over te leggen.

4.66. In het kader van grief XVI in principaal appel heeft [appellante] een bezemgrief geformuleerd, die als zodanig zelfstandige betekenis mist. Voorts heeft [appellante] bepleit dat alsnog een mondelinge behandeling zou moeten worden bepaald in hoger beroep. Die heeft inmiddels plaatsgevonden. In zoverre heeft [appellante] geen belang meer bij de grief en is de veronderstelde strijd met artikel 6 EVRM zonder meer al geheeld.

4.67. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

#### *Geen tussentijds cassatieberoep*

4.68. Het hof beslist uitdrukkelijk dat, mede gezien het tijdsverloop en gezien de beslissing de zaak aan zich te houden teneinde tot een spoedige eindbeslissing te komen, tussentijds cassatieberoep niet zal worden toegestaan.

#### *5. De uitspraak*

Het hof:

*op het principaal en incidenteel appel:*

houdt de behandeling van de zaak met het in rechtsoverweging 4.62. van dit arrest overwogen

oogmerk aan tot 11 april 2023 peremptoir voor akte aan de zijde van [appellante]; houdt iedere verdere beslissing aan.

#### **NOOT**

Het recht op vakantie kent een Europeesrechtelijke grondslag (Richtlijn 2003/88/EG). In art. 7 Richtlijn is opgenomen dat de lidstaten maatregelen dienen te treffen zodat werknemers jaarlijks ten minste recht hebben op vier weken vakantie mét behoud van loon. De vergelijkbare Nederlandse bepaling is art. 7:639 BW. Niet Europeesrechtelijk voorgeschreven is de waarde van een vakantiedag. Wel is door het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ EU') inmiddels meermaals uitgemaakt welke looncomponenten zoal onder het 'vakantieloon' dienen te vallen. In de onderhavige uitspraak van het hof Den Bosch ligt de vraag voor of de werknemers (in casu: chauffeurs) recht hebben op achterstallig loon, omdat de werkgever te weinig loon zou hebben betaald tijdens de genoten vakanties. In deze noot beperk ik mij tot de bespreking van de overwerkvergoeding. De afgelopen jaren is er veelvuldig door werknemers in de transport- en logistiekbranche geprocedeerd over de vraag of een overwerkvergoeding onderdeel uitmaakt van het vakantieloon (zie bijv. hof Den Haag 14 september 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1746 en rb. Rotterdam 24 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6732).

#### *Loonbegrip*

Er zijn drie uitspraken van het HvJ EU relevant bij de vraag of overwerkvergoedingen onderdeel uitmaken van het vakantieloon: *Robinson/Steele*, *Williams/British Airways* en *Hein/Holzmann*. Uitgangspunt is dat de werknemer recht heeft op zijn 'normale loon'. Specifiek over de overwerkvergoeding heeft het HvJ EU geoordeeld dat deze in beginsel niet onder het vakantieloon valt. Dit is slechts anders indien aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan: (i) de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen vergen dat er wordt overgewerkt, (ii) het overwerk wordt op regelmatige basis verricht en (iii) de vergoeding voor het verrichte overwerk is een belangrijk onderdeel van de totale vergoeding die de werknemer voor zijn werkzaamheden ontvangt.

In (recente) jurisprudentie is het vaak gegaan over voorwaarde (i) en voorwaarde (ii). Dat volstaan is aan voorwaarde (iii) staat veelal niet ter discussie (vgl. rb. Rotterdam 2 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8584) of wordt zonder motivering door de rechter aangenomen (vgl. hof Arnhem-Leeuwarden 7 februari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:1050, «JAR» 2023/86).

#### *Voorwaarden (i) en (ii)*

Onderhavige uitspraak is met name relevant omdat de rechter uitvoerig ingaat op voorwaarde (iii). Toch acht ik het wenselijk om ook enkele woorden te wijden aan voorwaarden (i) en (ii). Het arrest *Hein/Holzmann* had het Duits als proces taal. Dit is met name relevant gebleken voor de tweede voorwaarde. In de Duitse versie van het arrest wordt de tweede voorwaarde omschreven als 'vorhersehbar' en 'gewöhnlich' (letterlijk vertaald: 'voorzienbaar' en 'gewoonlijk'), terwijl de Nederlandse versie van het arrest uitgaat van het uitvoeren van overwerk op 'regelmatige basis'. Of hier een inhoudelijk verschil mee wordt aangeduid, laat ik in het midden, maar wat opvalt in de onderhavige uitspraak is dat het hof voor voorwaarden (i) en (ii) (ook) andere taalversies van het arrest van waarde acht.

Nu kan ik, mede indachtig de gevoerde proces taal, volgen dat de Duitse versie van belang wordt geacht, maar waarom het hof van oordeel is dat ook de Franse versie een rol van betekenis moet spelen, is onduidelijk. Met name ten aanzien van voorwaarde (i) overweegt het hof enigszins opmerkelijk dat: 'het overwerk' 'arbeidsvertraglich verplichtet' is (Duitse taalversie), althans sprake is van de situatie dat 'les obligations *découlant* du contrat de travail exigent du travailleur qu'il accomplit des heures supplémentaires'. Materieel maakte het voor de zaak overigens geen verschil.

Voor een verdergaande inhoudelijke verhandeling over voorwaarden (i) en (ii) verwijs ik naar de noot van mr. D. Schwartz bij «JAR» 2023/29 en «JAR» 2023/32.

#### *Voorwaarde (iii)*

Het hof noemt interessante elementen bij de beoordeling van de vraag of een overwerkvergoeding een belangrijk onderdeel is van de totale vergoeding.

Volgens het hof is een overwerkvergoeding een belangrijk onderdeel van de totale vergoeding

als de overwerkvergoeding 25% of meer bedraagt van het totale uitbetaalde brutoloon in het kalenderjaar voorafgaand aan het jaar waarin de vakantie wordt opgenomen. De formulering van de uitzondering op dit uitgangspunt luidt: 'Dit behalve als er bijzondere omstandigheden zijn die dwingen tot een andere referentieperiode in dat betreffende jaar – als sprake is van een lager percentage dan 25% –' (r.o. 4.38).

Meerdere zaken vallen op aan de overwegingen van het hof. Ten eerste positief nieuws. Werkgevers en werknemers zijn gebaat bij een vast percentage. Door te overwegen dat een overwerkvergoeding belangrijk is als deze ten minste 25% bedraagt van de totale vergoeding, is voor werkgevers en werknemers beter te voorzien wanneer overwerk van invloed is op het vakantieloon.

Overigens moet er volgens het hof per individuele werknemer worden bekeken of deze toets ook daadwerkelijk wordt gehaald. Dit lijkt mij juist en sluit aan bij de voor het hele vakantieloon geldende overweging in *Williams/British Airways* (r.o. 22) dat er een specifieke analyse moet worden gemaakt.

Ten tweede minder positief nieuws, want de formulering van de uitzondering is ongelukkig. De formulering kan namelijk op meerdere manieren uitgelegd worden. Moet er sprake zijn van bijzondere omstandigheden én een lager percentage dan 25%? Dat lijkt het geval te zijn. Wat nu als een werknemer wel de 25% haalt, maar er sprake was van bijzondere omstandigheden die in het voordeel van de werkgever kunnen worden uitgelegd, gaat er dan ook een uitzondering op? Dat lijkt dan weer niet het geval te zijn. Kan er alleen gekozen worden voor een andere referentieperiode in het jaar voorafgaand aan het jaar waarin de vakantie werd opgenomen of zijn er situaties denkbaar waarin er wellicht langer terug moet worden gekeken? Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat een werknemer bij een referentieperiode van vijftien maanden de 25% wel (ruim) haalt, maar bij een referentieperiode van één kalenderjaar niet. Of andersom, een werknemer haalt de 25% wel als er een referentieperiode van één kalenderjaar wordt gehanteerd, maar daalt ver onder de 25% als er naar vijftien maanden wordt gekeken.

Ten derde overweegt het hof dat het van het HvJ EU (in *Williams/British Airways*) een referentieperiode moet bepalen. Het hof kiest ervoor om uit te gaan van een kalenderjaar voorafgaand

aan het jaar waarin vakantie wordt opgenomen. Waarom het hof voor deze periode kiest, volgt niet uit de uitspraak. Wellicht dat er aansluiting is gezocht bij de geldende cao. Dat het hof kiest voor een periode voorafgaand aan het jaar waarin de vakantie wordt genoten, is niet vreemd. Het zou immers te bewerkelijk zijn om voor iedere opgenomen vakantiedag met een kalenderjaar direct voorafgaand aan die vakantiedag te rekenen.

Al met al moet geconcludeerd worden dat de uitspraak van het hof welkome handvatten biedt voor de beoordeling van de vraag of overwerkvergoedingen onder het vakantieloon vallen, ondanks de ongelukkig geformuleerde uitzondering bij voorwaarde (iii).

mr. S.W. Kleijer  
advocaat bij Dirkszager N.V.

## 143

### Wijziging onvoorwaardelijke indexatie van pensioenaanspraken is soms mogelijk

Hoge Raad  
21 april 2023, nr. 21/00366 en 21/00370,  
ECLI:NL:HR:2023:661  
(mr. Kroeze, mr. Wattendorff, mr. Lock, mr. Ter Heide, mr. Schaafsma)  
(Concl. A-G Van Peursem)

### Pensioenrecht. Eenzijdig wijzigingsbeding. Wijzigingsverbod. Indexering.

[BW art. 7:613; Pw art. 1, 19, 20, 25]

*Per 1 januari 2016 wijzigt (lees: versobert) de werkgever (AFM) zijn collectieve pensioenregeling, met instemming van de OR en mede op aandringen van het ministerie van Financiën. De werkgever en het pensioenfonds sluiten een nieuwe uitvoeringsovereenkomst. Een aantal werknemers wendt zich tevergeefs tot de bezwaarcommissie en start een gerechtelijke procedure. De kantonrechter wijst hun vorderingen af. Het hof komt onder andere tot het oordeel dat de eenzijdige wijziging van de pensioenregeling niet rechtsgeldig is geweest voor zover die betrekking heeft op de premiesystematiek en op de beëindiging*

*van de onvoorwaardelijke indexatie van de tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken. Daartoe overweegt het hof onder meer dat de arbeidsovereenkomst wel, maar de pensioenovereenkomst niet een eenzijdig wijzigingsbeding bevat, dat de wijziging van de niet-voorwaardelijke indexatie in een voorwaardelijke indexatie van de opgebouwde pensioenaanspraken in strijd is met art. 20 Pw, en dat het eenzijdig wijzigingsbeding niet kan worden toegepast ter wijziging van financieringsafspraken uit de uitvoeringsovereenkomst.*

*De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof. Het hof is buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden, want beide partijen beschouwen art. 25 van het pensioenreglement als eenzijdig wijzigingsbeding in de zin van art. 19 Pw. Of daarnaast ook het algemene eenzijdig wijzigingsbeding uit de arbeidsovereenkomst (art. 7:613 BW) een rol kan spelen – pensioen is immers een arbeidsvoorwaarde – is een kwestie van uitleg. Een verdergaande bescherming kunnen de aanspraakgechtigden ontlenen aan art. 20 Pw. Het verbod uit die bepaling staat echter niet in de weg aan de wijziging voor de toekomst van een onvoorwaardelijke toeslagverlening met een voorwaardelijk element (namelijk deelname aan de pensioenregeling) in een voorwaardelijke toeslagverlening. De bijzondere bescherming van art. 20 Pw is slechts gerechtvaardigd indien daartoe reeds vermogen verplicht is afgezonderd (of had moeten zijn). Wijzigingen in de uitvoeringsovereenkomst laten de pensioenaanspraak onaangetaast en vallen buiten de reikwijdte van art. 20 Pw. Tot slot kan niet in stand blijven de door het hof gemaakte belangenafweging bij de eenzijdige wijziging, want die is mede gebaseerd op oordelen die in cassatie met succes zijn bestreden. Er volgt vernietiging en verwijzing.*

*NB. Het wijzigingsverbod uit art. 20 Pw heeft betrekking op opgebouwde aanspraken. Dat is een uitwerking van de gedachte dat voor pensioen afgezonderd vermogen niet mag worden aangetaast, die onder andere blijkt uit de onderbrenningsplicht (art. 23 Pw) en het afkoopverbod (art. 65 Pw). Hieruit leidt de Hoge Raad af dat het wijzigingsverbod enkel van toepassing is op indexering als daartoe al vermogen is afgezonderd: alleen dan is die bijzondere bescherming gerechtvaardigd. Dat verbod geldt dus wel voor 'absoluut onvoorwaardelijke toeslagen', maar niet*