

RECHTSPRAAK

Vergoeding voor overwerk internationaal vrachtwagenchauffeur in dit geval geen onderdeel vakantieloon, omdat in materiële zin geen verplichting bestond tot het maken van overuren.*Feiten*

Tussen werknemer en werkgever is in juni 2001 een arbeidsovereenkomst gesloten inhoudend dat werknemer ingaande 21 juni 2001 voor onbepaalde tijd in dienst treedt van werkgever als internationaal chauffeur. De Cao BGV is met ingang van 1 januari 2019 tussentijds gewijzigd, onder andere wat betreft de berekening van de waarde van een vakantiedag. Daarover is in artikel 67a lid 9 Cao opgenomen: 'Met ingang van 1 januari 2019 bestaat de waarde van de 20 wettelijke vakantiedagen en van 2 van de bovenwettelijke vakantiedagen die vanaf 1 januari 2019 worden opgebouwd, uit de volgende onderdelen: (...) - Het gemiddelde bedrag dat in het voorafgaande kalenderjaar per dag is ontvangen aan een structurele vergoeding van overuren, zaterdag- en zondaguren voor zover deze de 40 uur per week overschrijden. In verband met het niet altijd structurele karakter van deze vergoedingen wordt dit bedrag vervolgens afgetopt op 22,75% van het functieloon.' In artikel 67a lid 9 sub b van die Cao is in verband daarmee opgenomen dat werknemers in ruil voor een eenmalige uitkering van € 750 bruto afstand doen van mogelijke aanspraken wegens de vergoeding van structurele toeslagen over de genoten vakantiedagen in de jaren 2014-2018. Werknemer heeft zich op het standpunt gesteld dat aan hem over de periode 2013-2019 een onjuist vakantieloon is betaald en heeft daarom geen gebruik gemaakt van het aanbod € 750 te ontvangen. Partijen twisten over de vraag of de door werknemer in de periode 2013 tot 2019 ontvangen vergoedingen voor overuren onderdeel zijn van het vakantieloon als bedoeld in artikel 7:639 BW.

Oordeel

Het uitgangspunt van zowel Richtlijn 2003/88/EG (Arbeidstijdenrichtlijn) als artikel 7:639, lid 1 BW is dat de werknemer tijdens vakantie recht heeft op doorbetaling van zijn loon. Conform jurisprudentie van de Hoge Raad moet het begrip loon ruim worden uitgelegd en vallen daaronder alle verschuldigde tegenprestaties voor de bedongen arbeid (HR 26 januari 1990, *NJ* 1990/499). In *Hein/Holzmann* is het uitgangspunt geformuleerd dat de vergoeding voor overuren in beginsel geen onderdeel uitmaakt van het in artikel 7 Richtlijn 2003/88/EG bedoelde vakantieloon. De vergoeding voor een last die intrinsiek samenhangt met de overeengekomen taken maakt ingevolge het arrest *Williams/British Airways* onderdeel uit van het vakantieloon. Daarbij ging het om taken die verricht worden binnen de overeengekomen uren. Bij overuren gaat het niet om het werken op een specifiek tijdstip (rooster) of om de

aard van het werk dat wordt verricht, maar om extra uren naast de in de arbeidsovereenkomst bedongen uren. Desondanks kan ook de vergoeding voor overuren volgens het HvJ EU deel uitmaken van het vakantieloon, maar dan moet aan een aantal voorwaarden, zoals opgesomd in *Hein/Holzmann* zijn voldaan. Deze voorwaarden zijn (volgens de Duitse tekst waarin het arrest oorspronkelijk is geweest): '(a) Die Arbeitnehmer arbeitsvertraglich verpflichtet ist Überstunden zu leisten; (b) die Überstunden weitgehend vorsehbar und gewöhnlich sind; (c) die Vergütung einen wesentlichen Teil des gesamten Arbeitsgelts ausmacht das er in Ausübung seiner Berufstätigkeit erhält.' Pas als aan die voorwaarden is voldaan kan worden geoordeeld dat (ook) overuren intrinsiek samenhangen met uitvoering van de taken die aan de werknemer in zijn arbeidsovereenkomst zijn opgedragen/tot de bedongen arbeid behoren. In artikel 6 van de tussen partijen geldende arbeidsovereenkomst is bepaald dat de werkgever gerechtigd is opdracht tot het verrichten van overwerk te geven, met inachtneming van de wettelijke regels. In zoverre bestaat op basis van de arbeidsovereenkomst een verplichting tot het verrichten van overwerk. De werkgever kan zich op basis van de door werkgever aangehaalde cao-bepaling ten opzichte van werknemer op die bepaling in de arbeidsovereenkomst echter niet meer beroepen sinds in elk geval 2012. Werknemer was toen 59 jaar en kon gezien de toepasselijke cao niet worden verplicht tot het maken van overuren. De verplichting tot het maken van overuren geldt voor werknemer niet meer in de periode waarover hij vordert dat de vergoeding daarvoor wordt verdisconteerd in zijn vakantieloon. Dat hij geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht om een beroep te doen op de betreffende cao-bepaling, maakt niet dat het desondanks maken van overuren moet worden beschouwd als een verplichting die voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst. Het standpunt van werknemer strekt ertoe te stellen dat dit materieel anders kan zijn door de aard van het werk en dat eenmaal onderweg zijnde, de rit niet kan worden afgebroken. Werknemer miskent hiermee wat volgens de toepasselijke cao onder overuren moet worden verstaan. Dat door de aard van het werk niet steeds binnen acht uur het werk voor een dag kan worden afgerond, betekent niet dat daardoor automatisch ook meer dan 40 uur per week moet worden gewerkt. Werknemer heeft dit niet onderbouwd. In zijn als productie 9 in het geding gebrachte verklaring heeft hij onder meer vermeld dat hij de laatste twee jaar gemiddeld vier dagen onderweg was en dat als je op tijd thuis wilde zijn dat tijdig in ieder geval uiterlijk op maandagmorgen moest worden aangevraagd. Hieruit lijkt op te maken dat rekening kon worden gehouden met de wensen van de werknemer bij de planning. Zoals overwogen heeft werknemer onvoldoende aangevoerd om te concluderen dat er in materiële zin een noodzaak/verplichting heeft bestaan tot het maken van overuren, dat wil zeggen meer dan 40 uur per week. Of werknemer structureel overuren heeft gemaakt en of deze goeddeels voorzienbaar en gebruikelijk waren, is, nu deze niet als een verplichting kunnen worden beschouwd, niet van belang. Hetzelfde geldt voor het terugvallen in inkomen tijdens het opnemen van vakantiedagen. Werknemer heeft daarmee rekening kunnen houden omdat geen sprake was van een verplichting tot het verrichten van overwerk. Gelet op vorenstaande overwegingen moeten de vorderingen van werknemer worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 27-08-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:8986

Zaaknummer: 9111351 CV EXPL 21-11411

Rechters: C.P. van Gastel

Advocaten: M. van Wijk-Van den Berg en H.B. de Hek

Wetsartikelen: 7:639 BW en 7 Richtlijn 2003/88/EG