



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Ktr. Heerenveen (rolnummer 308527\CV EXPL 10-969, LJV BP5796: all-in loon met inbegrip vakantiedagen geldig, geen sprake van onrechtmatige communicatie)

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2011

Document Version

Final published version

Published in

Jurisprudentie Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2011). Ktr. Heerenveen (rolnummer 308527\CV EXPL 10-969, LJV BP5796: all-in loon met inbegrip vakantiedagen geldig, geen sprake van onrechtmatige communicatie). 158. Case note on: Ktr. Heerenveen, 9/02/11 *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 2011(9), 1050-1059.

General rights

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

Disclaimer/Complaints regulations

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

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

158

Kantonrechter Heerenveen
9 februari 2011, nr. 308527\CV EXPL 10-969,
LJN BP5796
(mr. Leijten)
Noot mr. J.P.H. Zwemmer

**All-in loon met inbegrip vakantiedagen geldig.
Geen sprake van onrechtmatige communicatie.**

[BW art. 6:167 lid 1, 7:634, 7:639, 7:640, 7:645;
WML art. 15, 17]

De werknemster is op 6 oktober 1999 in dienst getreden van de werkgever, maat in een maatschap van tandartsen, in de functie van mondhygiëniste. In de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat het salaris van de werknemster 40% zal bedragen van de behaalde netto-omzet. Dit salaris is inclusief vakantiegeld en vakantiedagen. Bij ziekte zal 70% van het salaris worden betaald, waarbij het salaris wordt gebaseerd op het gemiddelde salaris van de laatste drie maanden. De werknemster heeft zich op 16 juli 2009 ziek gemeld en tot het einde van de arbeidsovereenkomst, te weten 1 september 2009, geen werkzaamheden meer verricht. Na het vertrek van de werknemster heeft de werkgever gecommuniceerd aan klanten dat de werknemster overspannen is en heeft besloten haar functie neer te leggen. De werknemster vordert betaling van haar ziektedagen vanaf 2003, betaling vakantiedagen en vakantiegeld en een schadevergoeding wegens onrechtmatige communicatie.

De kantonrechter oordeelt dat hoewel de praktijk van de werkgever is overgedragen aan de maatschap, de werknemster in dienst is gebleven van de werkgever, ongeacht dat de loonbetalingen door de maatschap werden gedaan. De vordering tot betaling van ziektedagen is deels verjaard en deels onvoldoende onderbouwd. De vordering over de periode na 16 juli 2009 daarna is door de werkgever toegezegd. Het Hof van Justitie EG heeft geoordeeld dat gewaarborgd moet zijn dat de werknemer in verband met de rust- en recuperatiefunctie van vakantie in staat is om zijn vakantie daadwerkelijk op te nemen. De werknemster heeft jaarlijks het minimum aantal vakantiedagen ontvangen en geldend kunnen maken. De rust- en recuperatiefunctie van de vakantiedagen is dus niet in het gedrang geko-

men. Daarnaast hebben partijen er uitdrukkelijk voor gekozen om een hoger loon overeen te komen en het loon over vakantiedagen daarin verdisconteerd. Daarmee is voldaan aan de in art. 7:639 lid 1 BW gestelde eis dat er behoud van loon is gedurende de vakantiedagen. Het is op grond van de WMM toegestaan dat vakantiebijslag deel uitmaakt van het all-in loon en per maand wordt uitbetaald. Het staat een werkgever vrij om nieuws omtrent het vertrek van een medewerker naar cliënten te communiceren. De werknemster was inderdaad overspannen zodat de werkgever geen onjuiste gegevens heeft gepubliceerd. De werkgever is wel enigszins over de grens van het toelaatbare gegaan door de publicatie in de laatste nieuwsbrief. Echter, de werknemster heeft haar schade niet onderbouwd. De vorderingen van de werknemster worden afgewezen.

NB. Zie voor all-in loon en de waarborg van recuperatie «JAR» 2006/84. Hof Amsterdam achtte het all-in loon toegestaan omdat de zeer lage uurlonen geen reële invloed zouden hebben op de mogelijkheid van vakantie («JAR» 2009/284). Zie anders «JAR» 2000/4 waarin het all-in loon in strijd met de wet werd geoordeeld.

De volledige uitspraak is te raadplegen op JARonline en OpMaat Arbeidsrecht incl. noot.

NOOT

Wanneer de loonwaarde van de door de werknemer opgebouwde vakantiedagen en het vakantiegeld worden verdisconteerd in het periodiek aan de werknemer betaalde loon, is sprake van een zogenoemd all-in loon. De werknemer ontvangt dan geen loon wanneer hij vakantie opneemt. De vraag is of dit verdisconteren van de loonwaarde van de vakantieaanspraken in het periodiek aan de werknemer te betalen loon zich verhoudt met artikel 7:639 lid 1 BW, dat bepaalt dat de werknemer 'gedurende zijn vakantie' recht op loon behoudt. Het antwoord op deze vraag kan niet worden gevonden in de wetsgeschiedenis. Bij de totstandkoming van dit artikel werd meegedeeld dat het hierin neergelegde beginsel zo vanzelf sprak dat dit geen toelichting behoefde (Kamerstukken II 1962/1963, 7 168, p. 8). Ook in artikel 7 van de Richtlijn betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (Richtlijn 93/104/EG en vervangen door Richtlijn

2003/88/EG), waarin minimumbepalingen zijn opgenomen betreffende het recht van de werknemer op vakantie, wordt slechts gesproken over (jaarlijkse) 'vakantie met behoud van loon.' Evenmin als in artikel 7:639 BW is in artikel 7 van de Richtlijn iets bepaald over het tijdstip waarop het loon over de vakantiedagen moet worden uitbetaald. Naar het oordeel van de kantonrechter te Heerenveen was het aan de mondhygiëniste betaalde all-in loon niet in strijd is met artikel 7:639 en 640 BW (en artikel 7 van de Richtlijn) omdat zij dit all-in loon welbewust en mede op eigen initiatief met de werkgever overeenkwam en zij in de voorgaande jaren het bij haar arbeidsovereenkomst passende aantal vakantiedagen had opgenomen, zodat de rust en recuperatiefunctie van de vakantiedagen niet in het gedrang was gekomen.

In zijn vonnis verwijst de kantonrechter naar recente uitspraken van het Hof van Justitie en van het Hof Amsterdam, waarin werd geoordeeld over de toelaatbaarheid van het verdisconteren van de loonwaarde van de vakantiedagen in het periodiek aan de werknemer betaalde loon. In zijn arrest van 16 maart 2006 («JAR» 2006/84) beantwoordde het Hof van Justitie in dat kader door Engelse rechters aan hem voorgelegde prejudiciële vragen. Het Hof van Justitie stelde voorop dat de in artikel 7 van de voormelde Richtlijn voorgeschreven (jaarlijkse) vakantie met behoud van loon beoogt de werknemer in staat te stellen de vakantie waarop hij recht heeft daadwerkelijk op te nemen. Het vereiste van betaling van loon over de vakantiedagen heeft tot doel de werknemer tijdens de vakantie in een situatie te plaatsen die wat de beloning betreft vergelijkbaar is met de situatie tijdens de gewerkte periodes, aldus het Hof van Justitie. Derhalve dient het moment waarop de betaling van het loon over de vakantiedagen moet plaatsvinden zo te worden vastgelegd dat de werknemer tijdens de vakantie in een situatie wordt geplaatst die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens de gewerkte periodes. Daarmee verdraagt zich naar het oordeel van het Hof van Justitie niet dat deze betaling geschiedt in gedeelten die, verspreid over het betrokken arbeidsjaar, samen met het loon voor verrichte arbeid worden uitgekeerd, en niet 'als uitkering uit hoofde van een bepaalde periode waarin de

werknemer daadwerkelijk vakantie opneemt.' Daardoor kan betaling van een all-in loon ertoe leiden dat in strijd met artikel 7 lid 2 van de Richtlijn (artikel 7:640 lid 1 BW) (minimum)vakantieaanspraken van de werknemer worden afgekocht. Tegelijkertijd oordeelt het Hof van Justitie dat artikel 7 van de Richtlijn zich er niet tegen verzet dat bedragen die 'op transparante en begrijpelijke wijze' als vakantiedagenloon in de vorm van uitkeringen in gedeelten, verspreid over het betrokken arbeidsjaar, worden uitbetaald samen met het loon voor verrichte arbeid, worden verrekend met het loon van de werknemer wanneer hij vakantie opneemt.

In zijn arrest van 27 oktober 2009 («JAR» 2009/284) boog het Hof Amsterdam zich op vordering van de vakbonden over de toelaatbaarheid van het door Albert Heijn betalen van een all-in loon aan parttime werknemers. Het hof beoordeelde de vordering van de vakbonden aan de hand van de hiervoor besproken overwegingen van het Hof van Justitie. Het hof verklaart de overwegingen van het Hof van Justitie aldus dat bij betaling van een all-in loon het risico bestaat dat de vakantie niet wordt opgenomen door de werknemer omdat hij als gevolg van de uitgespreide betaling van het loon over die vakantiedagen (als deel van het all-in loon) niet genoeg geld op zijn rekening heeft staan om de vakantie zonder doorbetaling van loon door te komen. Dat geld zou tezamen met de rest van het door de werknemer ontvangen loon reeds door hem zijn uitgegeven op het moment dat de vakantie aan de orde is. Het hof oordeelt op basis van de overwegingen van het Hof van Justitie dat een all-in loon in beginsel niet is toegestaan, maar Albert Heijn in deze zaak de loonwaarde van de vakantiedagen mocht verdisconteren in het loon van de parttime werknemers omdat het hier, gelet op de arbeidsduur van deze parttime werknemers, ging om dermate geringe bedragen dat de vooruitbetaling hiervan in een all-in uurloon in hun geval geen reële invloed zou hebben op de mogelijkheid effectief vakantie te genieten.

In zijn vonnis oordeelt de kantonrechter te Heerenveen dat ook de betaling van een all-in loon aan een op fulltime basis werkzame werknemer niet in strijd is met artikel 7:639 en 640 BW (en artikel 7 van de Richtlijn) omdat deze werknemer altijd voldoende vakantie

had opgenomen en partijen bewust hadden gekozen voor een all-in loon. Ofschoon zowel de kantonrechter als het Hof Amsterdam in de aan hen voorgelegde zaken de betaling van een all-in loon toelaatbaar achtten op basis van de specifieke feitelijke omstandigheden in die zaken, interpreteert de kantonrechter het arrest van het Hof van Justitie ruimer. Anders dan het Hof Amsterdam overweegt de kantonrechter dat het arrest van het Hof van Justitie zich niet per definitie verzet tegen betaling van een all-in loon, mits dit er maar niet (impliciet) toe leidt dat vakantieaanspraken van de werknemer worden afgekocht. Ondanks het arrest van het Hof van Justitie bestaat dus nog steeds geen rechtszekerheid over de juridische houdbaarheid van – en de voorwaarden voor – een rechtsgeldig met de werknemer overeengekomen all-in loon. Mijns inziens leggen zowel de kantonrechter als het Hof Amsterdam het arrest van het Hof van Justitie te beperkt uit. Ik begrijp de overwegingen van het Hof van Justitie aldus dat de werknemer recht heeft op een afzonderlijke uitkering van de loonwaarde van zijn (wettelijke) vakantieaanspraken, maar deze uitkering ook gespreid – tegelijkertijd met de periodieke loonbetalingen – over het arbeidsjaar mag plaatsvinden, mits dit op een voor de werknemer inzichtelijke wijze geschiedt. Daarvan is sprake wanneer partijen overeenkomen dat de loonwaarde van de opgebouwde vakantieaanspraken gespreid, tegelijk met het loon, wordt uitgekeerd én op de loonstrook wordt vermeld wat de loonwaarde van de vakantieaanspraken is en welk deel daarvan werd uitbetaald in de betreffende periode. Zo wordt gewaarborgd dat geen sprake is van een (impliciet) afkopen van vakantieaanspraken en komt de rust en recuperatiefunctie van de vakantiedagen niet in het gedrang. Ik meen dat wanneer voldaan is aan deze voorwaarden de betaling van een all-in loon toelaatbaar is op grond van het hiervoor besproken arrest van het Hof van Justitie.

Mr. J.P.H. Zwemmer