

JAR 2019/82, Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht, 27-02-2019,
ECLI:NL:RBMNE:2019:859, nr. 7226157 AC EXPL 18-3060 LH/1040 (annotatie)

Instantie: Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht
Datum uitspraak: 27-02-2019
Publicatie: JAR 2019/82 (Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht), aflevering 5, 2019
Annotator: Faber, M.
ECLI: <u>ECLI:NL:RBMNE:2019:859</u>
Zaaknummer: nr. 7226157 AC EXPL 18-3060 LH/1040
Rechtsgebied: Arbeidsrecht
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none">• <u>ECLI:NL:RBMNE:2019:859</u>• AR-Updates.nl 2019-0216• GZR-Updates.nl 2019-0055
Rechter(s): mr. De Stigter
Partijen: <p>1. Eiser sub 1 te (...), verder ook te noemen werknemer 1,</p> <p>2. eiseres sub 2 te (...), verder ook te noemen werknemster 2,</p> <p>3. eiseres sub 3 te (...), verder ook te noemen werknemster 3, eisers, gemachtigde: mr. J.N. Pracht, tegen</p> <p>1. de maatschap (...) te (...), verder ook te noemen de maatschap,</p> <p>2. t/m 9. gedaagden sub 2 t/m 9, maten in de maatschap, te (...), gedaagden, gemachtigde: mr. M.J.M. van den Berg.</p>
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none">• <u>BW art. 6:98</u>• <u>BW art. 6:248</u>• <u>BW art. 7:639</u>• <u>BW art. 7:641</u>• <u>WML art. 17 lid 2</u>

Inhoudsindicatie

All-in loon toelaatbaar, Systeem voldoende transparant, Werknemers konden daadwerkelijk vakantie opnemen, Beroep op klachtplicht verworpen

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

Drie werknemers zijn als fysiotherapeut in dienst geweest van een maatschap. In hun arbeidsovereenkomsten was bepaald dat de grondslag voor het salaris wordt gevormd door de door de werknemer verrichte behandelingen, waarbij als loon een bepaald percentage van de omzet wordt betaald. Dit loon werd inclusief vakantietoeslag en vakantiedagen maandelijks uitbetaald. De werknemers stellen dat de maatschap nog vakantietoeslag en vakantiedagen aan hen verschuldigd is, dat ten onrechte werkgeverslasten zijn ingehouden en dat onvoldoende loon is betaald. Zij betwisten dat een all-in loon is overeengekomen, zoals de maatschap stelt.

De kantonrechter verwerpt het beroep van de maatschap op de klachtplicht van [art. 6:89 BW](#). Er is geen “gebrek in de prestatie” als bedoeld in dit artikel en de werknemers hebben binnen “bekwame tijd” geprotesteerd. Partijen zijn een all-in loon overeengekomen, en wel zodanig dat aan de werknemers een variabel salaris toekwam ter hoogte van een bepaald percentage van de door henzelf gerealiseerde omzet en dat daarin, als componenten van de “totale loonkosten”, onder meer de vakantiebijslag, de loondoorbetaling tijdens vakantie en het werkgeversdeel van de sociale verzekerings- en pensioenpremies begrepen waren. Voor de werknemers was dit ook duidelijk. De all-in afspraak is niet in strijd met [art. 17 WML](#), omdat schriftelijk kan worden overeengekomen dat de vakantiebijslag op een ander moment wordt betaald in plaats van eenmaal per jaar. Het loon tijdens vakantie mocht in het loon worden verdisconteerd. Niet weersproken is dat de werknemers jaarlijks hun vakantie hebben genoten en tijdens die vakantie loon hebben ontvangen. Dit systeem was voldoende transparant en daarmee in lijn met het Europese Unierecht. De maatschap heeft echter ten onrechte de werkgeverslasten dubbel in rekening gebracht. Verder is de vordering van werknemer 1 met betrekking tot achterstallig loon toewijsbaar, omdat de maatschap ten onrechte bij de berekening van de gerealiseerde omzet een “praktijk tarief” heeft gehanteerd dat lager was dan het tarief waartegen zij de behandelingen bij de zorgverzekeraar declareerde. Dit is in strijd met de tussen partijen gemaakte afspraken. Werkneemster 2 heeft geen recht op achterstallig “garantiesalaris”, omdat niet is afgesproken dat zij per maand een bepaald bedrag zou ontvangen, maar per jaar.

NB. Een loon waarin vakantietoeslag en vakantiedagen zijn inbegrepen wordt in de regel toelaatbaar geacht indien hierover duidelijke afspraken zijn gemaakt die op transparante wijze worden uitgevoerd en indien de werknemers daadwerkelijk in staat zijn om vakantiedagen op te nemen. Zie onder meer [«JAR» 2017/162](#) en [«JAR» 2014/29](#), m.nt. Funke. Zie ook [«JAR» 2019/84](#), waarin niet was voldaan aan de eis van transparantie.

Uitspraak

1. Het verloop de procedure

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Werknemer 1, geboren op (...) 1985, is van 1 mei 2010 tot 1 mei 2018 als fysiotherapeut in dienst geweest van de maatschap. Werkneemster 2, geboren op (...) 1985, is van 1 januari 2009 tot 1 juni 2018 als fysiotherapeut in dienst geweest van de maatschap. Werkneemster 3, geboren op (...), is van 3 september 2009 tot 1 januari 2015 als fysiotherapeut in dienst geweest van de maatschap. Op de arbeidsovereenkomsten van partijen is geen cao van toepassing.

2.2. In de grotendeels gelijklopende arbeidsovereenkomsten van partijen (die van werknemer 1 dateert van 1 mei 2012, die van werkneemster 2 is niet gedateerd en die van werkneemster 3 is getekend op 28 november 2011) is in

artikel 4. over "Salaris en vakantietoelage" bepaald:

"4.1. *Variabel salaris*. Grondslag voor de berekening van het (a)an de werknemer toekomende salaris zijn de door de werknemer in dienst van de werkgever verrichte behandelingen, met dien verstande, dat de totale loonkosten voor de werkgever 61,9% (dit is het voor werknemer 1 overeengekomen percentage; dat voor werkneemster 2 en werkneemster 3 bedroeg 60,9%, kantonrechter) bedragen van de door de werknemer zelf gerealiseerde omzet van verzekerden en particulieren. Het percentage wordt bepaald door het te verlonen normpercentage minus het kortingspercentage volgens vastgelegde taakverdeling. De taakverdeling zoals beschreven in artikel 7.21 van de cao is conform situatie III. In situatie III worden de beheers-, administratie- en receptionele taken uitgevoerd door de werkgever. Het garantiesalaris bedraagt € 1976,= (dit is het bedrag dat geldt voor werknemer 1; voor werkneemster 2 is hier € 1.646,67 en voor werkneemster 3 is € 1.976,= ingevuld, ktr.) bruto per maand (het garantiesalaris wordt bepaald door het overeengekomen aantal minimaal te werken uren vermenigvuldigd met het FWV en FDV aan te geven uurloon). Het bruto maandsalaris bedraagt € 2533,= (dit is het bedrag dat geldt voor werknemer 1; voor werkneemster 2 is hier € 2.089,84 en voor werkneemster 3 is € 2.507,80 ingevuld, ktr.) (het bruto maandsalaris bestaat uit een twaalfde gedeelte van het te verwachten bruto jaarsalaris na aftrek van vakantietoelage).

4.2. Werknemer ontvangt jaarlijks 8% vakantietoelage over de som van het salaris, dat hij in de aan 1 juni van het betreffende kalenderjaar voorafgaande 12 maanden heeft ontvangen.

4.3. De vakantietoelage wordt maandelijks uitbetaald met de salarisbetaling, voor zover werknemer op dat moment reeds vakantietoelage heeft opgebouwd, en voor het overige bij het einde van de arbeidsovereenkomst.

4.4. De betaling van het salaris (inclusief een vergoeding voor eventuele meeruren) geschiedt op een dusdanig moment, dat werknemer uiterlijk op de laatste dag van de maand over het salaris kan beschikken.

4.5. Werknemer ontvangt maandelijks een salarisspecificatie. Tevens wordt jaarlijks, uiterlijk op 1 maart, een opgave verstrekt over het in het voorgaande jaar verdiende salaris, de ingehouden loonbelasting, de sociale verzekeringspremies alsmede eventuele overige inhoudingen."

2.3. Artikel 5 ("Vakantiedagen") van de arbeidsovereenkomsten van partijen luidt:

"5.1. Werknemer heeft bij een voltijds dienstverband van 40,75 uur (gemiddeld) per week recht op 23 vakantiedagen per kalenderjaar, exclusief de in lid 2 hierna genoemde feestdagen. Werknemer kan deze vakantiedagen opnemen na daarvoor toestemming van werkgever te hebben gevraagd en verkregen.

5.2. De in lid 1 bedoelde feestdagen zijn: Nieuwjaarsdag, Tweede Paasdag, Koninginnedag, Hemelvaart, Tweede Pinksterdag en Eerste en Tweede Kerstdag. In de jaren dat op 5 mei het lustrum van de bevrijding wordt gevierd, geldt deze dag (of de dag die voor de viering is aangewezen), als een feestdag.

5.3. Indien de basisuren minder bedragen dan 40.75 uur wordt de aanspraak op vakantiedagen naar rato berekend."

2.4. Eisers hebben altijd parttime voor de maatschap gewerkt. Werknemer 1 werkte aanvankelijk minimaal 24 uren per week en laatstelijk 28 uren per week. Werkneemster 2 heeft aanvankelijk minimaal 20 uren per week en vanaf 1 april 2018 15 uren per week gewerkt. De aanstelling van werkneemster 3 heeft minimaal 24 uren per week bedragen. Behalve de werkzaamheden, bestaande uit het verrichten van fysiotherapeutische behandelingen, hebben werknemer 1, werkneemster 2 en werkneemster 3 ook fysiotraining (aan groepen) gegeven, en wel tegen een vast salaris per uur.

2.5. In artikel 15.2 ("Overige bepalingen") van de arbeidsovereenkomsten is bepaald: "Op deze arbeidsovereenkomst is van toepassing het 'Professioneel Statuut Fysiotherapeuten in dienstverband in de vrijgevestigde praktijk', zoals dat door de bij de Collectieve Arbeidsovereenkomst voor de Vrijgevestigde Fysiotherapiepraktijk 2003 betrokken partijen is vastgesteld en eventueel in de toekomst zal komen te luiden (...)."

2.6. Artikel 16.1 ("Wijziging") van de arbeidsovereenkomsten bepaalt: "Werkgever is binnen de grenzen van artikel 7:613 Burgerlijk Wetboek bevoegd deze arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen."

2.7. In de bij besluit van 14 augustus 2003 van de Minister van sociale zaken en werkgelegenheid (Stcrt. van 18 augustus 2003, nr. 157) algemeen verbindend verklaarde bepaling van de cao voor de vrijgevestigde fysiotherapiepraktijk 2003 (hierna de cao 2003 te noemen) die gaat over de "Beloning variabel salaris" (artikel 9) was (dus ruim voordat eisers bij de maatschap in dienst traden) bepaald:

"1. (Grondslag berekening variabel salaris) Grondslag voor de berekening van het aan de werknemer toekomende salaris zijn de door de werknemer in dienst van de werkgever verrichte behandelingen met dien verstande dat de totale loonkosten voor de werkgever niet meer bedragen dan een percentage van de door de werknemer zelf gerealiseerde omzet (van ziekenfondsverzekerden en particulier verzekerden). Dit wordt het te verlonen omzetpercentage genoemd. Zie bijlage 6.

In de totale loonkosten zijn de volgende elementen opgenomen: bruto loon, werkgeverslasten waaronder de premie voor de ziekengeldverzekering/arbodienst, de basispremie WAO en – indien van toepassing – de gedifferentieerde premie WAO die voor de CAO-V werkgevers is vastgesteld, vakantietoeslag, pensioenbijdrage, doorbetaling van loon tijdens vakantie, verlof en ADV-dagen.

2. (Het basisomzetpercentage van het variabel salaris) De werknemer heeft tenminste recht op het basisomzetpercentage, als vermeld in bijlage 6 dit percentage was 60,9%, ktr.) (...)

4. (Het garantiesalaris van het variabel salaris) De werknemer met een variabel salaris heeft recht op een garantiemaandsalaris. Het garantiemaandsalaris wordt bepaald door het overeengekomen aantal minimaal te werken uren, zijnde 75% van het gemiddeld aantal te werken uren, te vermenigvuldigen met het in bijlage 6 aan te geven uurloon dit uurloon bedroeg per 1 januari 2003 € 17,98 exclusief vakantietoeslag, ktr.).

5. (Maandsalaris en jaarsalaris bij het variabel salaris) Het jaarsalaris wordt bepaald door hetgeen is opgenomen in 9.1, met inachtneming van het in 9.4 bepaalde. Ter verkrijging van een gelijkmatige salarisbetaling door het jaar vinden de salarisbetalingen maandelijks als volgt plaats: het bruto maandsalaris bestaat uit een twaalfde gedeelte van het te verwachten bruto jaarsalaris na aftrek van de vakantietoeslag.

6. (Aanpassing maandsalaris bij het variabel salaris) De werkgever ziet toe op de ontwikkeling in de gerealiseerde omzet van de werknemer. Indien er structureel wijziging optreedt in de omzet van de werknemer, zal de werkgever het maandsalaris aanpassen. Het maandsalaris zal echter nooit onder het garantiesalaris vastgesteld kunnen worden.

7. (Uitbetaling maandsalaris bij het variabel salaris) Het salaris wordt maandelijks uitgekeerd onder aftrek van de inhouding waartoe de werkgever wettelijk verplicht is of waartoe de werknemer hem machtigt. De betaling geschiedt op een zodanig tijdstip, dat de werknemer uiterlijk op de laatste dag van de maand over het salaris kan beschikken (...)."

De algemeen verbindend verklaring van de cao 2003 liep op 31 december 2003 af.

2.8. Bij hun indiensttreding heeft de maatschap aan eisers uitleg gegeven over het hun toekomende variabele salaris. Aan het begin van elk kalenderjaar heeft de maatschap – aan de hand van door haar vervaardigde jaaroverzichten – met haar werknemers, onder wie werknemer 1, werkneemster 2 en werkneemster 3, de individuele omzet in het voorafgegane jaar besproken. Voorts zijn in maandelijks overzichten het aantal verrichte behandelingen en het daarbij behorende tariefbedrag per behandeling gespecificeerd. Maandelijks hebben eisers ook loonstroken ontvangen. Op een loonstrook aan het eind of het begin van een kalenderjaar is de eventuele afrekening van het variabele salaris over het voorafgegane jaar verantwoord.

2.9. Omdat er ondanks eerdere verzoeken om toelichting en herhaaldelijk door de maatschap gegeven uitleg, bij werknemers, onder wie eisers, onduidelijkheid bleef bestaan over de wijze waarop zij voor hun werkzaamheden betaald kregen, heeft in september 2011 een personeelsbijeenkomst plaatsgevonden. De vragen hadden onder meer betrekking op het gehanteerde tarief per behandeling en het garantiesalaris. De op de personeelsbijeenkomst van de zijde van de maatschap gehouden powerpoint-presentatie is naderhand aan de werknemers, onder wie eisers, verspreid. Uit die presentatie blijkt dat de maatschap sinds 2007 een zogenoemd "praktijkstarief" in plaats van een "declaratietarief" hanteert. Het praktijkstarief ligt ongeveer 6% lager dan het declaratietarief dat aan

ziekttekostenverzekeraars in rekening wordt gebracht. De maatschap heeft dit verschil gebruikt ter dekking van bedrijfskosten.

2.10. In januari 2018 hebben werknemers van de maatschap opnieuw gevraagd om verduidelijking van hun aanspraak op loon c.a. De vragen gingen weer onder meer over het "praktijktarief" en "declaratietarief", over de berekening van het garantiesalaris en over het recht op vakantie en vakantiebijslag. Op 16 februari 2018 heeft de maatschap deze vragen (opnieuw) beantwoord. Vervolgens hebben werknemer 1, werknemster 2 en werknemster 3 de maatschap bij brieven van 1 mei 2018 gesommeerd tot nabetaling van het volgens hen onbetaald gebleven loon c.a. Bij e-mail van 8 juni 2018 heeft de toenmalige gemachtigde van de maatschap de vordering betwist.

2.11. Per 1 mei 2018 is gedaagde sub 4 niet langer maat in de maatschap. De zeven overgebleven maten hebben haar aandeel in de maatschap overgenomen.

3. De vorderingen en het daartegen gevoerde verweer

3.1. Werknemer 1 vordert – na de vermeerdering van zijn eis – dat gedaagden worden veroordeeld, hoofdelijk in de zin dat wanneer de een betaalt de ander tot de hoogte van die betaling zal zijn bevrijd, om aan hem tegen bewijs van kwijting te betalen:

- a. € 40.259,48 bruto aan achterstallig loon over de jaren 2014 tot en met 2017;
- b. het achterstallig loon, berekend aan de hand van het overeengekomen declaratietarief, over de periode van 1 januari tot 1 mei 2018;
- c. € 18.191,80 bruto aan achterstallige vakantiebijslag over de jaren 2013 tot en met 2017;
- d. € 35.426,01 bruto aan vergoeding voor vakantiedagen;
- e. de op de door hem gerealiseerde omzet ingehouden werkgeverslasten;
- f. € 1.713,23 aan vergoeding van buitengerechtelijke kosten,

het onder a. tot en met e. genoemde te vermeerderen met de wettelijke verhoging wegens te late betaling en met de wettelijke rente vanaf de datum van verzuim tot de voldoening, met veroordeling van gedaagden in de proces- en nakosten met rente.

3.2. Werkneemster 2 vordert dat gedaagden worden veroordeeld, hoofdelijk in de zin dat wanneer de een betaalt de ander tot de hoogte van die betaling zal zijn bevrijd, om aan haar tegen bewijs van kwijting te betalen:

- a. € 5.891,08 bruto aan achterstallig garantiesalaris over de periode van 1 januari 2014 tot 1 mei 2018;
- b. € 10.090,49 bruto aan achterstallige vakantiebijslag over de jaren 2013 tot en met 2017;
- c. € 21.180,29 bruto aan vergoeding voor vakantiedagen;
- d. de op de door haar gerealiseerde omzet ingehouden werkgeverslasten;
- e. € 1.146,62 aan vergoeding van buitengerechtelijke kosten,

het onder a. tot en met d. genoemde te vermeerderen met de wettelijke verhoging wegens te late betaling en met de wettelijke rente vanaf de datum van verzuim tot de voldoening, met veroordeling van gedaagden in de proces- en nakosten met rente.

3.3. Werkneemster 3 vordert dat gedaagden worden veroordeeld, hoofdelijk in de zin dat wanneer de een betaalt de ander tot de hoogte van die betaling zal zijn bevrijd, om aan haar tegen bewijs van kwijting te betalen:

- a. € 5.571,81 bruto aan achterstallige vakantiebijslag over de jaren 2013 en 2014;
- b. € 9.672,59 bruto aan vergoeding voor vakantiedagen;
- c. de op de door haar gerealiseerde omzet ingehouden werkgeverslasten;
- d. € 927,44 aan vergoeding van buitengerechtigde kosten,

het onder a. tot en met c. genoemde te vermeerderen met de wettelijke verhoging wegens te late betaling en met de wettelijke rente vanaf de datum van verzuim tot de voldoening, met veroordeling van gedaagden in de proces- en nakosten met rente.

3.4. Eisers leggen aan hun vorderingen ten grondslag dat uit hun arbeidsovereenkomsten met de maatschap niet – zoals gedaagden menen – volgt dat een all-in loon is afgesproken. Blijkens artikel 4.1 van de arbeidsovereenkomsten is een variabel salaris overeengekomen, waarover de maatschap ingevolge artikel 4.2 aan eisers 8% vakantiebijslag verschuldigd is, terwijl eisers daarnaast op grond van artikel 5 jaarlijks recht hebben op doorbetaalde vakantie. Het gaat dus om een “normale loonsituatie” met aanspraak op loon, vakantiebijslag en doorbetaalde vakantie. Zo al zou moeten worden geconcludeerd dat een all-in loon is overeengekomen, is die afspraak niet toegestaan. Eisers beroepen zich op de uitspraak van het Hof van Justitie EG van 16 maart 2006 (C-131/04 en C-257/04; JAR 2006, 84, bekend geworden als het “Robinson-Steele”-arrest), waarin het Europese hof (in het licht van het bepaalde in artikel 7 van de richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van arbeidstijd) eisen heeft gesteld aan een all-in loonafspraken. Van de vereiste transparantie en begrijpelijkheid van de wijze waarop het loon c.a. is betaald, is geen sprake geweest, zo betogen eisers.

3.5. Voor hun vordering tot restitutie van de ingehouden werkgeverslasten beroepen eisers zich op het bepaalde in **artikel 20 Wet financiering sociale verzekeringen**(Wfsv). Daaruit volgt dat die inhouding nietig is, aldus eisers.

3.6. Werknemer 1 en werkneemster 2 vorderen in hoofdsom – behalve (net als werkneemster 3) vakantiebijslag, een vergoeding voor vakantiedagen en terugbetaling van ingehouden werkgeverslasten – ook achterstallig loon. Werknemer 1 stelt zich in dit verband op het standpunt dat de maatschap bij de berekening van het variabele salaris ten onrechte, in strijd met het bepaalde in artikel 4.1 van de arbeidsovereenkomst van 1 mei 2012 (61,9% van de “gerealiseerde omzet van verzekerden en particulieren”), een lager, eenzijdig door haar vastgesteld “praktijktarief” heeft toegepast. Werkneemster 2 baseert dit deel van haar vordering op het bedongen garantiesalaris. Volgens haar is de strekking van dat garantiesalaris dat zij elke maand minimaal (en dus niet, zoals de maatschap betoogt, gemiddeld per maand) recht heeft op dat gegarandeerde salaris.

3.7. Gedaagden betwisten de vorderingen. Zij beroepen zich erop dat in artikel 4.1 van de met eisers gesloten arbeidsovereenkomsten rechtsgeldig een all-in loon is overeengekomen. Dit was in de branche gebruikelijk – het merendeel van de fysiotherapeuten in dienstverband verdient een variabel all-in loon –, ook nadat (de algemeen verbindendverklaring van) de cao 2003 was afgelopen. De arbeidsovereenkomsten zijn ook steeds aldus uitgevoerd dat het salaris van de werknemers is gebaseerd op het overeengekomen percentage aan “totale loonkosten” (van 60,9 althans 61,9) van de door hen zelf gerealiseerde omzet. In dat deel zat ook de vakantiebijslag en het loon tijdens vakantie, dat ingevolge de overeengekomen beloningssystematiek maandelijks is betaald (vanaf 1 januari 2018 is – ter verduidelijking – het vakantiegeld afzonderlijk op de loonstroken vermeld, zonder dat de sinds jaren gehanteerde systematiek toen is gewijzigd). Eisers hebben hun vakantie ook steeds gewoon opgenomen. Het resterende deel van de behaalde omzet (39,1% respectievelijk 38,1%) kwam toe aan de maatschap en daaruit werden onder meer beheers-, administratie- en receptionele kosten voldaan. De omzet van eisers is altijd berekend door de door hen verrichte behandelingen te vermenigvuldigen met het door de maatschap gehanteerde praktijktarief. Zo heeft de maatschap het sinds 2007 gedaan en dat stond haar ook vrij. Het praktijktarief is de door de zorgverzekeraar vergoede declaratie, minus een percentage in verband met bedrijfskosten. Deze wijze van berekening van omzet en salaris is bij herhaling, onder andere in de personeelsbijeenkomst in 2011, toegelicht en was voor de werknemers ook kenbaar uit de periodiek aan hen verstrekte overzichten. Eisers hebben jarenlang niet meer over deze gang van zaken geklaagd. Ook nadat begin 2016, op verzoek van eisers, een andere manier van loonbetaling was doorgevoerd (met het doel om

grote schommelingen vanwege vakantieperiodes te voorkómen), is de systematiek van de vaststelling van omzet en salaris ongewijzigd gebleven. Anders dan werknemster 2 meent, moet het garantiesalaris worden beschouwd als het loon waarop zij – over een heel jaar gezien – ten minste gemiddeld per maand recht heeft. Ook met de jaarlijkse nabetalingen moet dus rekening worden gehouden. De maatschap erkent dat werknemster 2 over 2015 € 602,86 bruto te weinig loon heeft ontvangen.

3.8. Gedaagde sub 4 beroept zich erop dat zij per 1 mei 2018 uit de maatschap is getreden.

4. De beoordeling van het geschil

4.1. Het gaat in dit geding over de vraag naar de beloning waarop werknemer 1, werknemster 2 en werknemster 3 gedurende hun dienstverband jegens de maatschap recht hebben verkregen. In hoofdsom vorderen eisers – alle drie – achterstallige vakantiebijslag, een vergoeding voor vakantiedagen en de op hun omzet ingehouden “werkgeverslasten”. Daarnaast vordert werknemer 1 achterstallig loon en maakt werknemster 2 aanspraak op achterstallig garantiesalaris. De maatschap heeft de vorderingen grotendeels betwist.

4.2. Het verweer dat gedaagde sub 4, als gewezen maat in de maatschap, individueel heeft gevoerd, wordt reeds hier verworpen, althans voor wat betreft de verbintenissen die voor de maatschap voorafgaand aan het uittreden van gedaagde sub 4 (per 1 mei 2018) jegens eisers zijn ontstaan. Gedaagde sub 4 blijft, als gewezen maat, jegens eisers persoonlijk aansprakelijk voor de nakoming daarvan. Haar uittreding ontheft haar daarvan niet. Slechts waar de vordering van werknemster 2 ook ziet op verplichtingen die in de maand mei 2018 uit de arbeidsovereenkomst met de maatschap zijn ontstaan, zal gedaagde sub 4 daarop – zo dit deel van haar vordering jegens de maatschap gegrond wordt geoordeeld – door haar niet kunnen worden aangesproken.

4.3. Tegen de vorderingen van eisers hebben gedaagden zich preliminair verweerd met de stelling dat zij – nadat hen bij herhaling uitgebreide toelichting en uitleg over hun salariering was gegeven – lange tijd geen bezwaar hebben gemaakt tegen de in de fysiotherapiepraktijk gebruikelijke financiële gang van zaken. Zo is na de in september 2011 gehouden voorlichtingsbijeenkomst, en tot begin 2018, niet gebleken van onduidelijkheid of onvrede bij het personeel over de wijze waarop omzetten werden bepaald en salarissen werden berekend, aldus de maatschap. Voor zover dit verweer zo moet worden verstaan dat gedaagden zich beroepen op het bepaalde in **artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek** (BW), overweegt de kantonrechter het volgende. Vooropgesteld wordt dat de zogenoemde klachtplicht van dit wetsartikel, als uitwerking van het leerstuk van rechtsverwerking opgenomen in Boek 6 van het BW (over “Verbintenissen in het algemeen”), gezien de gelaagde structuur van het wetboek, ook van toepassing is op verbintenissen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst. Ook een werknemer kan daarom op “een gebrek in de prestatie” van de werkgever geen beroep meer doen, indien hij niet “binnen bekwame tijd” nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken daarover bij de werkgever heeft geprotesteerd. Op duurovereenkomsten, waarin partijen elkaar over en weer gedurende langere tijd jegens elkaar verbinden, moet artikel 6:89 BW echter met de nodige behoedzaamheid worden toegepast. Zeker bij arbeidsovereenkomsten, waaraan de economische onzelfstandigheid van de werknemer inherent is en deze daarom – begrijpelijkerwijs – geneigd zal zijn de lieve vrede te willen bewaren, past terughoudendheid en is een beperkte uitleg van de term “gebrek in de prestatie” en een ruimhartige uitleg van de “bekwame tijd” op z’n plaats. Nu het geschil van partijen merendeels betrekking heeft op de vraag naar de uitleg van de arbeidsovereenkomst valt het naar het oordeel van de kantonrechter buiten de reikwijdte van de term “gebrek in de prestatie”, temeer nu dat geschil zich rechtstreeks vertaalt in geldvorderingen, waarop – naar algemeen wordt aangenomen – artikel 6:89 BW niet van toepassing is. Voorts is geen sprake geweest van een overschrijding van de “bekwame tijd” in de zin van die wetsbepaling. Vast staat dat er bij eisers (en hun collega-fysiotherapeuten) na hun indiensttreding veel onduidelijkheid heeft bestaan over de wijze waarop hun omzet en salaris werden berekend. Dat heeft de maatschap ertoe gebracht om daaraan in september 2011 een personeelsbijeenkomst te wijden. Zij wist derhalve in dat stadium al dat werknemers het niet eens waren met de wijze waarop zij uitleg en uitvoering aan de arbeidsovereenkomsten gaf. Dat het na september 2011 geruime tijd stil is gebleven, betekent niet dat eisers daardoor – alsnog – hun rechten hebben verspeeld. Gedaagden hebben niet aangevoerd of onderbouwd dat (en hoe) zij door het verloop van de tijd in hun belang zijn geschaad. Overigens ligt het op de weg van de maatschap om een deugdelijke administratie te voeren en deze gedurende de toepasselijke verjaringstermijn beschikbaar te houden. Het beroep op de klachtplicht faalt derhalve.

4.4. Ten gronde twisten partijen over de uitleg en de wijze van uitvoering van de artikelen 4 en 5 van hun arbeidsovereenkomsten. Eisers bestrijden allereerst dat een all-in loon is overeengekomen, zoals de maatschap betoogt. De kantonrechter stelt voorop dat het bij die uitleg aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van hun overeenkomst, en aan hetgeen zij te dien aanzien tegenover elkaar hebben verklaard, mochten toekennen, alsook op hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (HR 13 maart 1981 NJ 1981, 635 inzake "Haviltex"). Beslissende betekenis komt dus toe aan alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Zoals de Hoge Raad in het zogenoemde DSM/Fox-arrest (HR 20 februari 2004 NJ 2005, 493) heeft beslist, ligt aan die "Haviltex"-norm de gedachte ten grondslag dat de uitleg van een schriftelijk contract niet dient plaats te vinden op grond van alleen de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld, maar is in praktisch opzicht de betekenis die de bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in de desbetreffende kring van het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift wel van groot belang. Dit brengt de kantonrechter in dit geding tot de volgende beoordeling.

4.5. Eisers beroepen zich ter onderbouwing van hun standpunt, dat geen all-in loon is overeengekomen, in het bijzonder op hetgeen in de laatste twee volzinnen van artikel 4.1 (omtrent het garantie- en bruto maandsalaris) is bepaald, op de leden 2 tot en met 5 van dat artikel 4 en op het bepaalde in artikel 5 van de arbeidsovereenkomsten, waarin sprake is van "8% vakantietoeslag over de som van het salaris" en van het recht op een bepaald aantal vakantiedagen per jaar. Daarbij miskennen zij evenwel dat die bedingen niet kunnen worden losgezien van de eerste vier volzinnen van artikel 4.1 ("Grondslag voor de berekening...uitgevoerd door de werkgever"; zie hiervoor onder 2.2.). Die bepalen immers mede de context van de arbeidsovereenkomst als geheel, waarmee bij de uitleg van artikel 4 en 5 rekening moet worden gehouden. Aan dat eerste deel van artikel 4.1 komt juist, mede gezien de gebruikte term "grondslag" en het dikgedrukte "variabel salaris", beslissende betekenis toe, nu daaruit volgt dat partijen hebben bedoeld af te spreken dat het salaris wordt bepaald aan de hand van de door eisers zelf gerealiseerde omzet. Niet in geschil is dat de arbeidsovereenkomsten ook steeds in die zin zijn uitgevoerd en dat dit in de branche van vrijgevestigde fysiotherapiepraktijken gebruikelijk was.

4.6. De kantonrechter hecht bij de uitleg van de arbeidsovereenkomsten voorts betekenis aan hetgeen de cao eerder over de "Beloning variabel salaris" bepaalde. Dat het eisers bekend was, of redelijkerwijs bekend moet zijn geweest, dat de variabele salariëring die de maatschap – toen de cao 2003 al lang was afgelopen – nog altijd hanteerde, op artikel 9 van die cao geïnspireerd was, volgt uit de verwijzingen naar die cao in de met eisers gesloten arbeidsovereenkomsten. Weliswaar is in artikel 4.1, derde volzin, verwezen naar een niet bestaand artikel 7.21, maar dat met de verwijzing aldaar naar "de CAO" bedoeld werd op de "Collectieve Arbeidsovereenkomst voor de Vrijgevestigde Fysiotherapiepraktijk 2003" die in artikel 15.2 voluit is vermeld, moet redelijkerwijs voor eisers duidelijk zijn geweest. Artikel 9 van die cao kent dezelfde variabele beloningssystematiek als die welke de maatschap met eisers is overeengekomen. Met de verwijzing in de arbeidsovereenkomsten naar "situatie III" werd (wat er verder van die nummering zij), gezien de vierde volzin van artikel 4.1, kennelijk bedoeld dat de maatschap "de beheers-, administratie- en receptionele taken" voor haar rekening nam. De cao 2003 kende eenzelfde "te verlonen omzetpercentage" (minimaal 60,9) als met werkneemster 2 en werkneemster 3 is overeengekomen (werknemer 1 heeft later een iets hoger percentage kunnen bedingen). In artikel 9 van de cao 2003 is in dat verband het begrip "totale loonkosten" (dat ook in artikel 4.1 van de arbeidsovereenkomsten wordt gebruikt) gedefinieerd, in die zin dat daaronder onder meer het bruto loon, werkgeverslasten, premies, vakantiebijslag en de doorbetaling van loon tijdens vakantie en verlof begrepen waren. Hieruit leidt de kantonrechter af dat partijen, zoals de maatschap stelt, inderdaad een all-in loon zijn overeengekomen, en wel zodanig dat aan eisers een variabel salaris toekwam ter hoogte van een bepaald percentage (60,9 althans 61,9) van de door henzelf gerealiseerde omzet en dat daarin, als componenten van de "totale loonkosten", onder meer de vakantiebijslag, de loondoorbetaling tijdens vakantie en het werkgeversdeel van (sociale verzekerings- en pensioen)premies begrepen waren. De artikelen 4.2 tot en met 4.5 en artikel 5 van de arbeidsovereenkomsten hebben, tegen deze achtergrond, geen verdere strekking dan dat daarin wordt toegelicht van hoeveel vakantiebijslag en van hoeveel doorbetaalde vakantiedagen bij de bepaling van de "totale loonkosten" in de zin van artikel 4.1, eerste volzin, werd uitgegaan.

4.7. Onder verwijzing naar het partijdebat over de tweede volzin van artikel 4.1, concludeert de kantonrechter dat die zin ("Het percentage wordt bepaald door...volgens vastgelegde taakverdeling") moet worden gelezen als een toelichting

op de wijze waarop het bedongen omzetpercentage (van 60,9 respectievelijk 61,9) is vastgesteld, en daarom bij de uitleg van de arbeidsovereenkomsten in dit geding geen zelfstandige betekenis heeft. Voor de begrippen “garantiesalaris” en “bruto maandsalaris”, die in de arbeidsovereenkomsten niet nader worden omschreven, moet aansluiting worden gezocht bij het bepaalde in artikel 9 lid 4 respectievelijk 5 van de cao 2003, in die zin dat het garantiesalaris moet worden beschouwd als een minimum salaris voor het aantal te werken uren en dat het maandsalaris een twaalfde gedeelte is van het te verwachten bruto jaarsalaris.

4.8. Gegeven de afspraak over het all-in loon in artikel 4.1 van de arbeidsovereenkomsten, moet worden beoordeeld of deze rechtsgeldig is, nu in dat loon ook de vakantiebijslag en de doorbetaling van loon tijdens vakantie is begrepen. De kantonrechter verwerpt het standpunt van eisers op dit punt en oordeelt dat de all-in loonafspraken rechtsgeldig is. Waar het de aanspraak op vakantiebijslag betreft, wijst de kantonrechter erop dat **artikel 17 van de Wet minimumloon en minimum vakantiebijslag** (WMM) weliswaar in het eerste lid tot uitgangspunt neemt dat de vakantiebijslag jaarlijks in de maand juni wordt uitbetaald, maar in het tweede lid bepaalt dat daarvan bij schriftelijke overeenkomst kan worden afgeweken, met dien verstande dat uitbetaling ten minste eenmaal per kalenderjaar dient te geschieden. Dat laatste is hier gebeurd: in artikel 4.3 van de arbeidsovereenkomsten is bepaald dat de vakantiebijslag maandelijks wordt uitbetaald. Die uitbetaling per maand heeft, gezien de hierboven uiteengezette beloningssystematiek waarin het loon wordt berekend op basis van een te verlonen omzetpercentage, ook daadwerkelijk plaatsgevonden. Dit deel van de vorderingen is dan ook niet toewijsbaar.

4.9. Ook in hun standpunt dat de doorbetaling van het loon tijdens vakantie (als bedoeld in **artikel 7:639 en 7:641 Burgerlijk Wetboek**) niet in het loon mocht worden verdisconteerd, volgt de kantonrechter eisers niet. Voor hun vordering tot betaling van een vergoeding voor vakantiedagen beroepen zij zich op het bepaalde in artikel 7 van de richtlijn 93/104/EG (van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd), zoals deze bepaling door het Hof van Justitie EG in de zaak Robinson-Steele is uitgelegd. Bedoeld artikel 7 bepaalt in het tweede lid dat de minimumperiode van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon (behalve in geval van beëindiging van het dienstverband) niet door een financiële vergoeding kan worden vervangen. Anders dan eisers menen, is in dit geval van een dergelijk vervanging geen sprake geweest. Niet in geschil is immers dat eisers de hun jaarlijks toekomstige vakantie hebben genoten en dat zij het loon tijdens die vakantie overeenkomstig de hierboven uiteengezette beloningssystematiek, verdeeld over het jaar, hebben ontvangen. Ook het beroep op de genoemde uitspraak van het Europese hof kan eisers niet baten. Daarin heeft het hof, voor zover in dit geding van belang, de regel geformuleerd dat de Europese richtlijn zich er in beginsel niet tegen verzet dat bedragen die op transparante en begrijpelijke wijze als loon voor de minimale jaarlijkse vakantie 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 voor een bepaalde vakantie die de werknemer daadwerkelijk opneemt. Anders dan eisers kennelijk menen, behoeft de wijze waarop de doorbetaling van het loon tijdens vakantie in het all-in loon is opgenomen niet per sé kenbaar te zijn uit de maandelijks loonstroken, maar is aan het genoemde vereiste van transparantie en begrijpelijkheid ook voldaan indien, zoals hier, de arbeidsovereenkomst zelf voldoende duidelijkheid verschaft over (de omvang van) deze component van het all-in loon. De artikelen 4.2 tot en met 4.5 en artikel 5 van de arbeidsovereenkomsten van partijen geven die verlangde duidelijkheid, nu (de hoogte van) de vakantiebijslag en (de omvang van) de jaarlijkse vakantie-aanspraak daarin (als componenten van de in artikel 4.1 eerste volzin juncto artikel 9 lid 1 van de cao 2003 genoemde “totale loonkosten”) helder zijn uiteengezet.

4.10. Werknemer 1, werknemster 2 en werknemster 3 vorderen voorts terugbetaling van de “werkgeverslasten” die de maatschap bij de berekening van hun salaris heeft ingehouden. Ziet de kantonrechter het goed, dan zijn bij dit onderdeel van de vorderingen twee aspecten in geschil. Het eerste ziet op de vraag hoe het begrip “totale loonkosten” van artikel 4.1 van de arbeidsovereenkomsten moet worden uitgelegd, het tweede heeft betrekking op de vraag of de maatschap – gelet op die uitleg – de “werkgeverslasten” op correcte wijze heeft betrokken in de berekening van het aan eisers toekomstige salaris. Het eerste aspect kwam hierboven, onder 4.6., bij de uitleg van artikel 4 en 5 van de arbeidsovereenkomsten al aan de orde. De “werkgeverslasten” vormen, gezien artikel 4.1, eerste volzin van de arbeidsovereenkomsten, gelezen in samenhang met artikel 9 van de cao 2003, een van de componenten van de “totale loonkosten”. Deze spelen een rol bij de berekening van het gedeelte van de gerealiseerde omzet dat aan de werknemer als bruto loon toekomt en daarop heeft artikel 20 Wfsv geen betrekking. Het beroep op de nietigheid in de zin van die wettelijke bepaling faalt dan ook. Op het aldus aan eisers verschuldigde bruto loon moet vervolgens uiteraard – in het gebruikelijke bruto/netto-traject – de af te dragen belasting en het werknemersdeel van de premies in

minderung worden gebracht en door de maatschap afgedragen, maar gesteld noch gebleken is dat dit onjuist is gebeurd.

4.11. In het kader van het bedoelde tweede aspect beroepen eisers zich op jaarlijkse excel-overzichten. Die zijn echter niet in het geding gebracht. Wat wél (als productie 5 bij antwoord) is overgelegd zijn enkele (door de maatschap opgestelde) maandelijkse overzichten. Uit deze overzichten, die lang niet de gehele periode beslaan waarop dit deel van de vorderingen ziet, blijkt dat de maatschap, bij de berekening van het maandelijks aan eisers uit te betalen bruto loon, op het bedrag dat correspondeert met het afgesproken omzetpercentage (60,9 althans 61,9%) – in de overzichten “Subtotaal: Dubbel bruto loon” genoemd – nog eens een aftrek ten titel van “Werkgeverslasten” (bij werkneemster 3 in 2014 nog “Werkgeverslasten + Arbo” genoemd), zijnde 19% van dat “Dubbel bruto loon”, heeft toegepast, teneinde uit te komen op een “Totaal: Bruto loon”. Aldus heeft de maatschap naar het oordeel van de kantonrechter, de “werkgeverslasten” ten onrechte en in strijd met artikel 4.1 van de arbeidsovereenkomsten tweemaal, in plaats van eenmaal, ten laste van eisers gebracht. Het is thans aan gedaagden om hierin inzicht te verschaffen en gespecificeerd aan te geven welke bedragen aan “werkgeverslasten” zij gedurende de arbeidsovereenkomsten met eisers, althans vanaf 2013, heeft afgetrokken van het aan werknemer 1, werkneemster 2 en werkneemster 3 toekomende gedeelte van de door hen gerealiseerde omzet. Zij dient in dat kader eisers aanknopingspunten te bieden voor het bepalen van de omvang van dit onderdeel van hun vorderingen. Eisers zullen daarop mogen reageren.

4.12. Werknemer 1 vordert daarenboven een bedrag aan achterstallig loon over de jaren 2014-2018. Bij dit onderdeel van zijn vordering draait het, gezien het partijdebat, om de vraag of het de maatschap vrijstond om bij de berekening van de gerealiseerde omzet een “praktijktarief” te hanteren dat lager is dan het tarief waartegen zij de verrichte behandelingen bij de betreffende zorgverzekeraar heeft gedeclareerd. De kantonrechter beantwoordt deze vraag ontkennend. In artikel 4.1, eerste volzin, van de tussen werknemer 1 en de maatschap op 1 mei 2012 gesloten arbeidsovereenkomst is als grondslag voor de berekening van het salaris de “omzet van verzekerden en particulieren” genoemd. Daarmee kan moeilijk iets anders bedoeld zijn dan laatstgenoemd (hogere) “declaratietarief”. Hierbij neemt de kantonrechter in aanmerking dat de maatschap het (lagere) “praktijktarief” al vanaf 2007 hanteerde en desondanks in de arbeidsovereenkomst van 1 mei 2012 nog altijd de formulering “omzet van verzekerden en particulieren” gebruikte. Het had dan voor de hand gelegen om de tekst van de arbeidsovereenkomst op dit punt aan te passen. Dat na het sluiten van die arbeidsovereenkomst sprake is geweest van een eenzijdige wijziging, in die zin dat het “declaratietarief” is vervangen door het “praktijktarief”, is gesteld noch gebleken. Zo echter de maatschap mocht hebben bedoeld een beroep op het eenzijdige wijzigingsbeding van artikel 16.1 van de arbeidsovereenkomst te doen, faalt dit omdat zij geen zodanig zwaarwichtige belang bij die wijziging heeft gesteld dat het belang van werknemer 1 daarvoor – in de zin van **artikel 7:613 BW** – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moest wijken. De kantonrechter stelt vast dat gedaagden de hoogte van het door werknemer 1 gevorderde loonbedrag van € 40.259,48 bruto niet hebben weersproken, zodat dit deel van diens vordering toewijsbaar is. Gedaagden worden in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over het bedrag dat in de periode van 1 januari tot 1 mei 2018 gemoeid was met het verschil tussen het “praktijktarief” en het “declaratietarief.” werknemer 1 zal daarop mogen reageren. Beide partijen moeten ook toelichten of er een relatie is tussen dit onderdeel van de vordering van werknemer 1 en de kwestie die onder 4.11. is besproken.

4.13. Werkneemster 2 heeft achterstallig “garantiesalaris” over de periode van januari 2014 tot en met mei 2018 gevorderd. Zij stelt zich op het standpunt dat dit begrip, gebruikt in artikel 4.1, vijfde volzin van de arbeidsovereenkomst, aldus moet worden uitgelegd dat dit garantiesalaris ertoe strekte om te waarborgen dat zij in geen enkele maand beneden het bedrag van € 1.646,67 bruto zakte. De kantonrechter verwerpt dit standpunt. Zoals hiervoor (onder 4.6.) is overwogen, vindt de bepaling van artikel 4.1 van de arbeidsovereenkomst zijn oorsprong in artikel 9 van de cao 2003, naar welke cao in de arbeidsovereenkomst ook is verwezen. Deze cao kent in het vierde lid van artikel 9 (zoals hierboven onder 2.7. aangehaald) het begrip “garantiemaandsalaris.” Uit dit verschil in terminologie (“garantiesalaris” versus “garantiemaandsalaris”) leidt de kantonrechter af dat partijen geacht moeten worden op dit punt te hebben willen afwijken van het in de eerdere cao bepaalde. Waar uit het begrip “garantiemaandsalaris” zou kunnen worden opgemaakt dat het ertoe strekt om de werknemer een minimaal salaris per maand te garanderen, geldt dat niet voor het begrip “garantiesalaris”. De kantonrechter wijst erop dat in artikel 4.1, vijfde volzin, van de arbeidsovereenkomst het garantiesalaris ook niet is gekoppeld aan het overeengekomen minimum aantal per maand te werken uren. Nu het garantiesalaris jarenlang, voor werkneemster 2 kenbaar, anders is berekend dan volgens haar had moeten, en haar uitleg van het begrip “garantiesalaris” zich ook minder goed (dan de door gedaagden

verdedigde uitleg) verdraagt met de bedoeling van partijen om haar – als werknemster – mee te laten profiteren van de voordelen en vrijheden die het vrije ondernemerschap biedt, moet het “garantiesalaris”, zoals de maatschap meent, over een heel jaar worden gezien. Gedaagden worden dan ook gevolgd in hun standpunt dat bij de vraag of werknemster 2 gedurende het dienstverband het garantiesalaris heeft ontvangen ook de jaarlijkse nabetalingen moeten worden meegenomen, zoals in de ter zitting overgelegde nadere berekening is gebeurd. Werknemer 2 heeft het daaruit volgens gedaagden voortvloeiende, aan haar nog toekomstige, bedrag van € 602,86 bruto niet betwist. Dit deel van de vordering van werknemer 2 is dan ook toewijsbaar.

4.14. Uit hetgeen hierboven is overwogen, volgt dat de vorderingen, voor zover deze zien op vakantiebijslag en vergoeding voor vakantiedagen, niet toewijsbaar zijn. Over de kwestie van de “werkgeverslasten” dienen partijen zich nog nader uit te laten. Datzelfde geldt voor de loonvordering van werknemer 1, voor zover deze ziet op 2018. In afwachting van die aktewisseling wordt elke verdere beslissing aangehouden. Naar de kantonrechter ter zitting heeft begrepen, was het partijen voornamelijk te doen om in dit geding meer duidelijkheid te verkrijgen over de juridische kaders die zij jegens elkaar in acht hebben te nemen. Die duidelijkheid hoopt de kantonrechter in dit tussenvonnissen te hebben verschaft. Partijen wordt in overweging gegeven om te exploreren of aan de hand daarvan alsnog een minnelijke regeling kan worden bereikt. Mede met het oog daarop wordt voor de hierboven bedoelde aktewisseling een ruim uitstel gegeven.

5. De beslissing

De kantonrechter:

5.1. verwijst de zaak naar de rolzitting van woensdag 29 mei 2019 te 9.30 uur, waar gedaagden zich schriftelijk dienen uit te laten omtrent hetgeen in dit vonnis onder 4.11. en 4.12. is gesteld;

5.2. eisers zullen vervolgens in de gelegenheid worden gesteld om daarop schriftelijk te reageren;

5.3. houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

Deze noot heeft ook betrekking op:

De meeste werkgevers betalen het vakantiegeld van hun werknemers in de maand mei of juni en betalen hun werknemers gewoon door tijdens vakanties. Er zijn echter ook werkgevers die er de voorkeur aan geven een all-in salaris te betalen, waarin het vakantiegeld en de loondoorbetaling tijdens vakantie al zijn verdisconteerd. De werknemer ontvangt dan geen loon gedurende vakantieperiodes. Dit komt bijvoorbeeld vaak voor bij fysiotherapeuten en mondhygiënist, bij wie het loon doorgaans bestaat uit een percentage van de door hen zelf gegeneerde omzet. Daarnaast komt een all-in salaris voor bij oproepcontracten. Een all-in salaris is onder een aantal strikte voorwaarden toegestaan.

Het maandelijks uitbetalen van vakantiegeld is niet heel spannend. Weliswaar bepaalt **art. 17 lid 1 WML** dat het vakantiegeld jaarlijks in de maand juni moet worden uitbetaald, maar art. 17 lid 2 WML geeft de mogelijkheid dat in de arbeidsovereenkomst wordt afgesproken dat het vakantiegeld op een ander tijdstip wordt uitgekeerd, zolang dit maar minstens één keer per jaar gebeurt. Hiermee heeft de wetgever de mogelijkheid geschapen het vakantiegeld elke maand (of elke periode) tegelijk met het salaris van de werknemer uit te betalen. De enige eis die hiervoor geldt is dat dit expliciet met de werknemer is afgesproken.

Spannender wordt het als de werkgever ook de loondoorbetaling tijdens vakantie in het all-in salaris wil integreren. Art. 7 Arbeidstijdenrichtlijn (Richtlijn 2003/88/EG) bepaalt dat de werknemer jaarlijks recht heeft op ten minste vier weken vakantie met behoud van loon. Het is niet toegestaan dit recht van de werknemer op vakantie te vervangen door een

financiële vergoeding, tenzij dit gebeurt bij de beëindiging van de arbeidsrelatie. De reden hiervoor is dat veel waarde wordt gehecht aan de zogenaamde recuperatiefunctie van vakantiedagen: een werknemer moet zijn vakantiedagen daadwerkelijk kunnen opnemen zodat hij kan herstellen van de fysieke en/of geestelijke belasting die gemoeid is met de uitvoering van werkzaamheden. In Nederland is deze wetgeving geïmplementeerd in [art. 7:639](#) en [7:640 BW](#).

Gelet op het belang van de recuperatiefunctie, is het in beginsel niet mogelijk om het loon gedurende vakantiedagen in een all-in salaris op te nemen. De enige opening die in dit verband bestaat, vloeit voort uit het *Robinson Steele*-arrest (HvJ EG 16 maart 2006, [«JAR» 2006/84](#)). Hierin stelt het HvJ EG allereerst dat een all-in loon zich slecht verhoudt met de recuperatiefunctie van vakantiedagen. Vervolgens komt het HvJ EG echter tot de conclusie dat art. 7 Arbeidstijdenrichtlijn 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.

Het is de vraag wanneer precies is voldaan aan het vereiste van “transparant en begrijpelijk”. Dit heeft het HvJ EG niet nader toegelicht. Deze open norm wordt in de rechtspraak en literatuur wisselend ingevuld. Volgens Zwemmer is aan deze norm voldaan indien de gespreide uitbetaling van vakantiedagen op een voor werknemer inzichtelijke wijze is gedaan. Volgens hem is daarvoor onder andere nodig dat op de loonstrook wordt vermeld wat de loonwaarde van de vakantieaanspraken is en welk deel daarvan werd uitbetaald in de betreffende periode (zie J.P.H. Zwemmer in zijn noot bij [«JAR» 2011/158](#)). Deze mening lijkt ook de Kantonrechter Oost-Brabant te zijn toegedaan in zijn uitspraak van 27 maart 2014 (Rb. Oost-Brabant 27 maart 2014, [ECLI:NL:RBOBR:2014:1239](#)). Volgens Funke is echter een all-in uurloon alleen toegestaan indien (a) de werknemer gewoon vakantie opbouwt en geen sprake is van een afkoop van vakantierechten, (b) het all-in uurloon er niet toe leidt dat de werknemer de door hem opgebouwde vakantie niet meer opneemt of niet zonder belemmering kan opnemen, (c) duidelijk is hoe het all-in uurloon is opgebouwd en (d) de werknemer geen (financieel) nadeel ondervindt door het all-in uurloon (zie H.J. Funke in zijn noot bij [«JAR» 2014/29](#)). In de rechtspraak wordt daarnaast wel meegewogen dat, indien het partitimers betreft (zoals scholieren met een bijbaan bij Albert Heijn), het gaat om dermate geringe bedragen dat de vooruitbetaling hiervan in een all-in uurloon in hun geval geen reële invloed heeft op de mogelijkheid effectief vakantie te genieten (zie bijv. Hof Amsterdam 27 oktober 2009, [«JAR» 2009/284](#)). In dergelijke situaties wordt er dus met name op gelet of de recuperatiefunctie van de vakantiedagen niet in het gedrang komt.

Wel bestaat algehele consensus over de basisvoorwaarde dat het verdisconteren van loondoorbetaling tijdens vakantie expliciet met de werknemer moet zijn afgesproken. Hier ging het direct mis in de uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 12 december 2018 ([«JAR» 2019/84](#)). In de arbeidsovereenkomst van de desbetreffende werknemer stond enkel dat vakantiegeld in het loon was inbegrepen, maar er werd niets gezegd over de vergoeding voor vakantiedagen. De kantonrechter beoordeelt dit – in mijn ogen terecht – als niet voldoende transparant en begrijpelijk. Dat de werknemer zelf zou kunnen uitrekenen welk deel van het loon is gereserveerd voor vakantie, is volgens de kantonrechter onvoldoende om van een transparante en duidelijke regeling te kunnen spreken.

In de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 27 februari 2019 ([«JAR» 2019/82](#)) wordt geoordeeld dat wel voldoende duidelijk en dus rechtsgeldig een all-in salaris was afgesproken. De kantonrechter heeft echter wel de Haviltex-methode (en in dat verband een oude cao, waarnaar referenties waren gemaakt in de arbeidsovereenkomst) nodig om tot deze uitleg van de arbeidsovereenkomst te komen, dus evident was het mijns inziens niet. Daarnaast overweegt de kantonrechter dat de wijze waarop de doorbetaling van het loon tijdens vakantie in het all-in loon is opgenomen, niet per se kenbaar hoeft te zijn uit de maandelijkse loonstroken, nu de arbeidsovereenkomst zelf al voldoende duidelijkheid hierover verschaft.

Ik vraag mij af of de kantonrechter hier de norm uit het *Robinson Steele*-arrest niet te soepel toepast. Indien de Haviltex-methode en andere documenten nodig zijn om de loonafspraken te duiden, denk ik dat deze afspraken niet

voldoende transparant en begrijpelijk zijn. Mijns inziens is daarvoor nodig dat deze afspraken in één oogopslag duidelijk uit de arbeidsovereenkomst blijken. Daarnaast deel ik de mening van Zwemmer dat uit de loonstrook zou moeten blijken welk deel van het loon dient als reservering voor vakantieaanspraken. Zonder deze uitsplitsing weet de werknemer immers niet welk deel van zijn loon hij dient te reserveren voor zijn vakantieperiodes, zodat het gevaar bestaat dat hij zijn loon direct helemaal opmaakt en vervolgens geen vakantie meer kan opnemen. Dan komt de recuperatiefunctie van de vakantiedagen te zeer in het gedrang.

Mw. mr. M. Faber, Advocaat arbeidsrecht bij Wijn & Stael Advocaten in Utrecht.
