

vonnis

In naam van de Koning

RECHTBANK ROTTERDAM

zaaknummer: 7217421 / CV EXPL 18-39709

uitspraak: 12 april 2019

vonnis van de kantonrechter, zitting houdende te Rotterdam,

in de zaak van

[REDACTED],
wonende te Rotterdam,

eiseres,

gemachtigde: mr. J.M. van Dijk werkzaam bij DAS Nederlandse Rechtsbijstand te Amsterdam,

tegen

de maatschap

[REDACTED],
gevestigd te Rotterdam,

gedaagde,

gemachtigde: mr. H.A. van Es werkzaam bij Vvaa te Utrecht.

Partijen worden hierna [REDACTED] en [REDACTED] genoemd.

1. Het verloop van de procedure

1.1 Het verloop van de procedure volgt uit de volgende processtukken, waarvan de kantonrechter kennis heeft genomen:

- het exploit van dagvaarding van 13 september 2018, met producties;
- de conclusie van antwoord, met producties;
- het tussenvonnissen van 22 november 2018 waarbij een comparitie van partijen is bepaald;
- de voorafgaand aan de comparitie van partijen overgelegde brief van 11 januari 2019 zijdens [REDACTED] met producties;
- het proces-verbaal van de op 30 januari 2019 gehouden comparitie van partijen.

1.2 De kantonrechter heeft de uitspraak van dit vonnis nader bepaald op heden.

2. De vaststaande feiten

2.1 [REDACTED], geboren op [REDACTED], is van 1 april 2008 tot 1 december 2017 als fysiotherapeut/manueel therapeut in dienst geweest van [REDACTED]. Op de arbeidsovereenkomst is de cao voor de Vrijgevestigde Fysiotherapiepraktijk 2003 (hierna: de cao) van toepassing.

2.2 In de door beide partijen ondertekende arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van 16 december 2008 is - voor zover thans van belang - bepaald:

"Artikel 7. Salaris

(Variabel salaris) 7. 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 63,7 % bedragen van de door de werknemer zelf gerealiseerde omzet. Daarbij gelden de volgende tarieven:

<i>zitting fysiotherapie</i>	€ 25,00
<i>zitting manuele therapie</i>	€ 35,50
<i>aan huis toeslag</i>	€ 9,00
<i>inrichtingen toeslag</i>	€ 4,50
<i>screening directe toegankelijkheid</i>	€ 8,00
<i>intake na screening</i>	€ 27,00
<i>eenmalig fysiotherapie consult</i>	€ 44,50

Het garantiesalaris bedraagt € 1.458,60 bruto per maand.

Het bruto maandsalaris bedraagt €

(Het bruto maandsalaris bestaat uit een twaalfde gedeelte van het te verwachten bruto jaarsalaris na aftrek van de vakantietoeslag. Indien de werkgever de koopsomnota's van de werknemer voldoet wordt tevens het bedrag voor de pensioenverzekering ingehouden)."

"Artikel 9. Vakantiedagen

De werknemer heeft voor het komende kalenderjaar recht op 14 (veertien) werkdagen vakantie."

2.3 In de cao (welke laatstelijk in 2003 heeft gegolden) is in artikel 9 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 vakantiebijslag, 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. (...)"

3. De vordering

3.1 [REDACTED] heeft bij dagvaarding gevorderd bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, [REDACTED] te veroordelen om aan [REDACTED]:

- te betalen ter zake van het loon over de genoten vakantie- en verlofdagen in de periode van 13 september 2012 tot en met 30 november 2017
 - o primair een bedrag van € 29.618,12 bruto te vermeerderen met 8 % vakantietoeslag;
 - o subsidiair een bedrag van € 22.471,68 bruto te vermeerderen met 8 % vakantietoeslag;
 - o meer subsidiair voor zover wordt geoordeeld dat geen loon verschuldigd is over de genoten verlof- en feestdagen
 - te verstrekken de loonstrook over november 2012 om het misgelopen salaris over de genoemde maand te kunnen begroten, op straffe van een door [REDACTED] aan [REDACTED] te verbeuren boete van € 250,00 per dag en voor iedere dag die [REDACTED] in gebreke zal zijn;
 - te betalen het bedrag dat [REDACTED] verschuldigd zal blijken te zijn over de maand november 2012;
 - te betalen het loon, beneden garantiesalaris, van € 689,28 betaald over de maanden november 2012, juni 2013, juni 2014, september 2015 en september 2017;
- te verstrekken de aangepaste loonstroken en jaaropgave, op straffe van een door [REDACTED] aan [REDACTED] te verbeuren boete van € 250,00 per dag en voor iedere dag die [REDACTED] in gebreke zal zijn;
- te betalen de wettelijke verhoging, vanaf de vervalddag van iedere loonperiode tot de dag der algehele voldoening;
- te betalen de wettelijke rente, vanaf de vervalddag van iedere loonperiode tot de dag der algehele voldoening;
- te betalen de kosten van de procedure.

3.2 Aan haar vordering heeft [REDACTED] naast de vaststaande feiten - verkort en zakelijk weergegeven en voor zover thans van belang - het volgende ten grondslag gelegd.

3.2.1 De all-in loonafpraak voldoet niet aan de eisen die het Hof van Justitie EG in haar uitspraak van 16 maart 2006¹ 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) (hierna: de richtlijn) heeft gesteld. De vereiste transparantie en duidelijkheid van de wijze waarop het loon c.s. is betaald ontbreekt, aldus [REDACTED]

3.2.2 [REDACTED] vordert loon tijdens genoten verlof- en feestdagen, vermeerderd met vakantietoeslag. Voorts vordert zij achterstallig loon, gebaseerd op het bedongen garantiesalaris.

4. Het verweer

4.1 [REDACTED] heeft de vordering betwist en heeft daartoe - zakelijk weergegeven en voor zover thans van belang - het volgende aangevoerd.

4.2.1 [REDACTED] beroept zich erop dat in artikel 7 van de met [REDACTED] gesloten arbeidsovereenkomst 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. Bovendien heeft [REDACTED] uitdrukkelijk niet gekozen voor de mogelijkheid om een vast maandelijks bedrag als loon te ontvangen.

¹ C-131/04 en C-257/04 JAR 2006, 84, bekend geworden als het 'Robinson-Steele'-arrest.

Aan [REDACTED] is het overeengekomen percentage van 63,7 % van de door haar zelf gerealiseerde omzet betaald. In dat deel zat ook het loon tijdens vakantie en de vakantiebijslag, dat ingevolge de overeengekomen beloningssystematiek maandelijks is betaald. [REDACTED] was op de hoogte van de wijze van verloning en heeft jarenlang niet over deze gang van zaken geklaagd. Vergeleken met fysiotherapeuten met een vast salaris verdiende [REDACTED] royaal meer, ruim 30 %. [REDACTED] heeft ook steeds ruimschoots vakantiedagen opgenomen, zodat de recuperatiefunctie van de vakantiedagen op geen moment in gevaar is geweest. Voor zover [REDACTED] rondom haar vakanties meer omzet heeft gemaakt, hetgeen [REDACTED] betwist, dan liggen daar andere dan financiële redenen aan ten grondslag, waarbij met name de goede patiëntzorg relevant is.

4.2.2 De overige verweren van [REDACTED] zullen voor zover nodig worden besproken in het kader van de beoordeling van de vordering.

5. De beoordeling

5.1 De vraag die partijen verdeeld houdt heeft betrekking op de beloning waarop [REDACTED] in de periode vanaf 13 september 2012 tot het einde van het dienstverband recht heeft verkregen.

Rechtsverwerking/klachtplicht

5.2 [REDACTED] heeft aangevoerd dat [REDACTED] lange tijd geen bezwaar heeft gemaakt tegen de in de fysiotherapiepraktijk gebruikelijke beloningwijze. Voor zover [REDACTED] daarmee een beroep heeft willen doen op de klachtplicht in artikel 6:89 Burgerlijke Wetboek (hierna: BW), wordt als volgt overwogen.

5.3 Vooropgesteld wordt dat de Hoge Raad de klachtplicht van artikel 6:89 BW van toepassing acht op alle verbintenissen en dus ook op de arbeidsovereenkomst.² In het onderhavige geval is de klachtplicht evenwel niet van toepassing, nu deze niet ziet op verbintenissen tot betaling van een geldsom die de wederprestatie vormen voor een andere prestatie.³ Het voorgaande betekent dat het verweer van [REDACTED] op deze grond niet slaagt.

Afspraak all-in loon rechtsgeldig?

5.4 Beoordeeld moet worden of de afspraak over het all-in loon (artikel 7 van de arbeidsovereenkomst) rechtsgeldig is, nu in dat loon ook de doorbetaling van loon tijdens vakantie is begrepen. Daartoe wordt als volgt overwogen.

5.5 Ingevolge artikel 7:639 lid 1 BW behoudt een werknemer gedurende zijn vakantie recht op loon en op grond van artikel 7:640 lid 1 BW kan de werknemer tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst geen afstand doen van zijn aanspraak op vakantie tegen schadevergoeding. Een dergelijke bepaling is ook opgenomen in artikel 7 van de richtlijn. Het doel van deze bepalingen is dat een werknemer daadwerkelijk vakantiedagen opneemt, hetgeen past bij de recuperatiefunctie van vakantie.

Naar aanleiding van prejudiciële vragen over de toelaatbaarheid van het verdisconteren van de loonwaarde van de vakantiedagen in het periodiek aan de werknemer betaalde loon, heeft het Europese Hof in het arrest Robinson-Steel - voor zover hier van belang - de regel geformuleerd dat artikel 7 van de 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 zin van die bepaling in de vorm van uitkeringen in gedeelten, verspreid over het betrokken arbeidsjaar, worden uitbetaald samen met het loon voor verrichte arbeid,

² Zie Hoge Raad 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 (Van de Steeg/Rabobank).

³ Conclusie PG 2 september 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ3876.

worden verrekend met het loon voor een bepaalde vakantie die de werknemer daadwerkelijk opneemt.⁴

5.6 Anders dan [REDACTED] kennelijk meent, hoeft 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 maandelijkse 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.⁵ Artikel 9 van de arbeidsovereenkomst van partijen geeft die verlangde duidelijkheid nu de jaarlijkse vakantie-aanspraak daarin (als component van artikel 7 eerste volzin jo. artikel 9 lid 1 van de cao 2003 genoemde 'totale loonkosten') helder uiteen is gezet.

5.7 Tussen partijen is niet in geschil dat [REDACTED] de haar jaarlijks toekomende vakantie heeft genoten en dat zij het loon tijdens die vakantie overeenkomstig de hierboven uiteengezette beloningssystematiek, verdeeld over het jaar, heeft ontvangen. Op twee jaar na (in 2012 en 2017) heeft [REDACTED] zelfs méér dan de contractuele vakantiedagen genoten, zodat naar het oordeel van de kantonrechter de recuperatiefunctie feitelijk nimmer in het geding is gekomen. Dat [REDACTED] zoals zij heeft gesteld - rondom haar vakantie meer omzet heeft gemaakt doet aan het voorgaande niet af.

5.8 Gelet op het voorgaande is de afspraak over het all-in loon niet in strijd met artikel 7:639 lid 1 en 7:640 lid 1 BW en/of artikel 7 van de richtlijn en dus rechtsgeldig. De vorderingen van [REDACTED] strekkende tot betaling van loon over opgebouwde vakantiedagen in de periode van 13 september 2012 tot einde dienstverband wordt daarom afgewezen.

Achterstallig garantiesalaris

5.9 Meer subsidiair heeft [REDACTED] achterstallig 'garantiesalaris' over de maanden juni 2013, juni 2014, september 2015 en september 2017 gevorderd. Ter gelegenheid van de comparitie van partijen heeft [REDACTED] verklaard dat het garantiesalaris wordt uitbetaald in geval van calamiteiten en niet tijdens vakantie. [REDACTED] heeft dat vervolgens niet betwist. Nu evenmin is gesteld of gebleken dat in bedoelde periodes sprake was van calamiteiten als gevolg waarvan het garantiesalaris moet worden uitbetaald, wordt ook dit gedeelte van de vordering afgewezen.

Salarisstrook november 2012

5.10 [REDACTED] heeft niet betwist dat zij de loonstrook over november 2012 niet aan [REDACTED] heeft verstrekt. Tijdens de procedure is bedoelde loonstrook evenmin overgelegd, zodat dit deel van de vordering zal worden toegewezen.

5.11 De gevorderde dwangsom (althans boete) ten aanzien van afgifte van de loonstrook over november 2012 wordt afgewezen bij gebrek aan belang. Daartoe wordt overwogen dat [REDACTED] met de loonstrook het misgelopen salaris over de genoemde maand wil begroten, terwijl er gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen sprake is van (misgelopen) garantiesalaris. Uit het door [REDACTED] overgelegde productie 16 bij conclusie van antwoord overgelegde overzicht van de opgenomen vakantiedagen blijkt immers dat [REDACTED] 12 vakantiedagen heeft opgenomen in november 2012. Van een calamiteit als gevolg waarvan [REDACTED] aanspraak zou kunnen maken op het garantiesalaris is niet gebleken.

⁴ C-131/04 en C-257/04 JAR 2006, 84, bekend geworden als het 'Robinson-Steele'-arrest, onder 69.

⁵ Uitspraak Rechtbank Midden-Nederland 27 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:859 r.o. 4.9.

5.12 Gelet op het voorgaande wordt ook de vordering afgewezen om [redacted] te veroordelen tot betaling van het bedrag dat [redacted] verschuldigd zal blijken te zijn op grond van voornoemd gemist bedrag over de maand november 2012.

Proceskosten

5.13 Als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij wordt [redacted] veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van [redacted], welke tot op heden worden begroot op € 360,00 aan salaris voor de gemachtigde (2 punten van € 180,00 per punt).

6. De beslissing

De kantonrechter:

veroordeelt [redacted] om aan [redacted] te verstrekken de loonstrook over de maand november 2012;

veroordeelt [redacted] in de proceskosten, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [redacted] vastgesteld op € 360,00 aan salaris voor de gemachtigde;

verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad en wijst af het méér of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. L.J. van Die en uitgesproken ter openbare terechtzitting.
28356

de [redacted] voor aan [redacted] te [redacted] aan de [redacted]
te [redacted]
32 APR 2018
[redacted]