

## RECHTSPRAAK

***Werkgever is achterstallig salaris van twee fysiotherapeuten verschuldigd; partijen zijn geen all-in loon overeengekomen. Wettelijke verhoging in hoger beroep gematigd tot 10%, nu van kwade opzet geen sprake is geweest en de procedure in eerste aanleg zeer lang heeft geduurd.***

*Feiten*

Twee werknemers zijn in dienst geweest van werkgeefster als fysiotherapeut. Op grond van de arbeidsovereenkomst bestaat het salaris van werknemers uit een basissalaris en een variabel salaris. De kantonrechter heeft werkgeefster veroordeeld achterstallig salaris aan werknemers te betalen ter hoogte van € 13.360,57 netto respectievelijk € 6.287,89 netto. Werkgeefster verzoekt het hof de beschikkingen van de kantonrechter te vernietigen en de vorderingen van werknemers alsnog af te wijzen.

*Oordeel*

Het hof oordeelt als volgt.

*Geen all-in loon*

Het hof volgt werkgeefster niet in haar standpunt dat partijen een all-in loon zijn overeengekomen. Dit blijkt immers niet uit het op de arbeidsovereenkomsten van toepassing zijnde 'Professioneel Statuut Fysiotherapeuten in dienstverband in de vrijgevestigde praktijk'. Evenmin valt uit de tekst van de arbeidsovereenkomst af te leiden dat de cao Fysiotherapie 2003 van toepassing is, op grond waarvan sprake zou zijn van een all-in loon. Het hof verwerpt ook het verweer van werkgeefster dat werknemers stilzwijgend hebben ingestemd met een all-in loon. Partijen zijn juist in conflict geraakt over de wijze van beloning, terwijl zij relatief korte tijd in dienst zijn geweest. Om die reden kan er dus niet van uit worden gegaan dat partijen stilzwijgend een all-in loon zijn overeengekomen. Maar zelfs als partijen wél een all-in loon zouden zijn overeengekomen, dan laat dat onverlet dat werknemers voor wat betreft het vakantieloon daarop konden terugkomen. Het gaat daarbij immers om een nietig beding. Het hof verwijst korthedshalve naar artikel 7:639, 7:640 en 7:645 BW en naar HvJ EU 16 maart 2006 (ECLI:EU:C:2006:177). Om die reden verwerpt het hof ook het standpunt van werkgeefster dat werknemers handelen in strijd met goed werknemerschap of dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat zij aanspraak maken op betaling van vakantieloon. Het hof verwerpt dat standpunt ook met betrekking tot de vakantiebijslag. Volgens werkgeefster was haar loonsystematiek ingericht op een all-in loon,

maar uit de door werkgeefster ingenomen standpunten kan het hof niet afleiden dat dit voor werknemers ook duidelijk en inzichtelijk is geweest.

#### *Basisloon en variabel loon*

Werkgeefster voert voorts aan dat de deskundige in de loonberekening ten onrechte geen rekening heeft gehouden met het feit dat een deel van het loon als basisloon heeft te gelden en dat de kantonrechter de conclusies van de deskundige ten onrechte heeft overgenomen. Het hof overweegt dat werknemers recht hadden op zowel basisloon als variabel loon. Partijen twisten over de vraag of en hoe het basisloon in de totale loonberekening moet worden betrokken en wat moet worden verstaan onder het basisloon. Daarbij gaat het om de vraag wat partijen zijn overeengekomen (*Haviltex*), waarbij ook gedragingen van partijen na het sluiten van de overeenkomst van belang kunnen zijn voor de aan die overeenkomst te geven uitleg. In dat kader overweegt het hof dat de feitelijke wijze van beloning steeds is geweest dat altijd alle werkzaamheden werden beloond naar het variabele uurloon en dat helemaal geen (op geen enkele wijze) rekening is gehouden met het basissalaris en/of de basisuren. De grieven op dit onderdeel falen.

#### *Wettelijke verhoging*

Het hof acht de wettelijke verhoging over de bedragen aan achterstallig loon toewijsbaar, maar matigt deze tot 10% zoals door werkgeefster verzocht. Het hof ziet daartoe aanleiding omdat werkgeefster in de onjuiste veronderstelling verkeerde dat zij een all-in salaris mocht hanteren. Zij heeft gemotiveerd toegelicht dat dit eerder in de branche gebruikelijk was en zij had eenvoudigweg niet in de gaten dat daarin wijzigingen waren gekomen. Het hof acht aannemelijk dat van kwade opzet geen sprake is geweest. Daarbij komt dat de procedure in eerste aanleg zeer lang heeft geduurd. Een cumulatie met de wettelijke rente leidt in de gegeven omstandigheden tot een onredelijk resultaat.

Het hof, in zoverre opnieuw rechtdoende, veroordeelt werkgeefster tot betaling van € 628,79 netto respectievelijk € 1258,24 netto ter zake wettelijke verhoging.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 02-05-2024

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2024:1545

**Zaaknummer:** 200.333.768\_01

**Rechters:** M. van Ham, P.P.M. Rousseau en C.J. Frikkee

**Advocaten:** B. van Meurs en M.J.M. Jansen-van Beek

**Wetsartikelen:** 7:628 BW