

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Loonvordering. Oproepovereenkomst werknemer is arbeidsovereenkomst. Hof past andere referteperiode toe dan kantonrechter. Arbeidsongeschiktheid werknemer komt niet vast te staan, nu een deskundigenoordeel ontbreekt.

Feiten

Werknemer is op 10 juli 2007 bij werkgever in dienst getreden als oproepkracht 'hulp bediening'. Werknemer heeft tot en met begin september 2011 werkzaamheden voor werkgever verricht. Werknemer werkte in 2011 op vrijdag, zaterdag en zondag voor een variërend aantal uren per maand en maandelijks meer dan 20 uren. Op 18 oktober 2013 heeft werknemer een verkeersongeval gehad. Op die dag om 23:53 uur en 23:54 uur heeft hij via WhatsApp aan zijn leidinggevende laten weten: 'Hey leidinggevende ik kan niet werken deze weekend', 'Last van me lichaam door ongeluk'. Werknemer heeft (ook) nadien niet meer voor werkgever gewerkt. Werknemer heeft in eerste aanleg loon gevorderd. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemer tot een bedrag van € 39,14 bruto aan loon over juli 2014, vermeerderd met 8% vakantietoeslag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van opeisbaarheid tot die van de algehele voldoening, toegewezen.

Oordeel

Het hof is met de kantonrechter van oordeel dat de feitelijke uitvoering van de arbeidsverhouding maakt dat aangenomen moet worden dat het oorspronkelijke karakter van de tussen partijen gesloten oproepovereenkomst is verschoven naar een reguliere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Uit de overgelegde loonstroken van 2011 blijkt dat de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger, zij het wisselend, niveau bevond dan de overeengekomen gemiddelde omvang van vier uur per week. Aldus geldt het genoemde rechtsvermoeden, dat weerlegd kan worden door werkgever als werkgever. De ratio van artikel 7:629a BW is dat in een situatie dat de werknemer stelt dat hij ziek is/was en de werkgever dit betwist, behoefte bestaat aan een snel en deskundig oordeel. De periode van 8 september 2011 tot en met december 2011: werknemer heeft in die periode niet voor werkgever gewerkt en geen loon uitbetaald gekregen, hij stelt dat hij in die periode na de operatie aan zijn schouder arbeidsongeschikt was. Het hof is met de kantonrechter van oordeel dat uit het feit dat werknemer aan zijn schouder geopereerd is niet zonder meer blijkt dat hij arbeidsongeschikt was gedurende voormelde periode. Zonder deskundigenoordeel dient de rechter de werknemer niet-ontvankelijk te verklaren in zijn vordering. Grief II faalt. Dan de

perioden januari 2012 tot januari 2013 en januari 2013 tot 18 oktober 2013. Werknemer heeft zich in eerste aanleg op het standpunt gesteld dat hij in 2012 heeft moeten revalideren en daarom minder heeft kunnen werken. De kantonrechter heeft dat standpunt verworpen. Werknemer heeft in zijn grieven I, III en IV bezwaar gemaakt tegen de door de kantonrechter in de genoemde perioden in aanmerking genomen referteperiode(n) als bedoeld in artikel 7:610b BW. Deze grieven slagen in zoverre, dat uitgegaan moet worden van één referteperiode voor de arbeidsovereenkomst. Het hof is van oordeel dat werkgever (op grond van de overgelegde loonstroken) voldoende heeft aangetoond dat de door werknemer gehanteerde referteperiode niet representatief is. Het hof acht het gemiddelde van het aantal door werknemer gewerkte uren in een referteperiode van twaalf maanden voorafgaand aan 2012 representatief, gezien de schommeling van het aantal gewerkte uren per maand over een jaar bezien. Werknemer is dus minder ingezet dan op grond van de referteperiode is berekend. Dat komt voor rekening en risico van werkgever als werkgever. Zij dient voormeld bedrag van € 1.521,94 bruto aan werknemer te voldoen, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag. De grieven I, III en IV slagen gedeeltelijk. Dan de periode met ingang van 18 oktober 2013. De kantonrechter heeft werknemer in zijn vordering tot (door)betaling van loon over deze periode niet-ontvankelijk verklaard bij gebreke van overlegging van een deskundigenoordeel als bedoeld in artikel 7:629a BW. Werknemer heeft ook met betrekking tot de hier besproken periode aangevoerd dat hij geen deskundigenoordeel kon overleggen omdat hij niet bekend was met de betwisting door werkgever van zijn arbeidsongeschiktheid. Verder heeft werknemer gesteld dat uit door hem overgelegde brieven (deels de reeds genoemde brieven, alsmede brieven van de neuroloog, de revalidatiearts, de GZ-psycholoog, en de huisarts) van zijn arbeidsongeschiktheid blijkt en dat daarom een deskundigenoordeel niet nodig is. Ook uit deze stukken kan naar het oordeel van het hof de arbeidsongeschiktheid van werknemer vanaf 18 oktober 2013 (tot heden?) echter niet worden afgeleid. De kantonrechter heeft werknemer terecht niet-ontvankelijk verklaard in zijn loonvordering over de periode vanaf 18 oktober 2013. Grief V faalt. Laatstelijk de re-integratieverplichting. Waar de arbeidsongeschiktheid van werknemer niet vaststaat, is een aan werkgever op te leggen verplichting tot het geven van uitvoering aan artikel 7:658a BW niet aan de orde. Grief VI treft geen doel. Gelet op het gedeeltelijk slagen van de grieven I, III en IV en gelet op de uit te spreken niet-ontvankelijkheid in plaats van afwijzing met betrekking tot een aantal vorderingen dient het bestreden vonnis gedeeltelijk vernietigd te worden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 02-01-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:25

Zaaknummer: 200.190.817/01

Rechters: C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, A.E. Bos en M.A. Wakebe

Advocaten: M.A. Breewel-Witteveen en J.P.M.M. Heijkant

Wetsartikelen: 7:610b BW, 7:628 BW, 7:629a BW en 7:658b BW