

## RECHTSPRAAK

Werknemer is op basis van mondelinge arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd werkzaam geweest bij werkgever (Aannemersbedrijf) als blokkenlijmer/steller. Werknemer is op 17 januari 2000 uitgevallen wegens knieklachten. De arbeidsovereenkomst is op 15 februari 2002 van rechtswege geëindigd. Nadien is werknemer opnieuw in dienst getreden bij werkgever. Werknemer is op 13 september 2004 wederom met knieklachten uitgevallen. Het UWV heeft bij beslissing van 28 januari 2005 werknemer volledig arbeidsongeschikt verklaard voor zijn functie als metselaar. Met ingang van 11 oktober 2004 is hem een WAO-uitkering toegekend op basis van een arbeidsongeschiktheidsklasse van 25-35%. Werkgever heeft bij brief van 7 maart 2005 aangekondigd te stoppen met de loonbetaling en heeft aanspraak gemaakt op terugbetaling van het volgens haar ten onrechte uitgekeerde loon over de periode van 11 oktober 2004 tot 28 januari 2005. Werknemer vordert doorbetaling van loon alsmede aanspraak op reiskostenvergoeding en vakantierechten. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemer afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Allereerst dient de vraag te worden beantwoord wat de bedongen arbeid van werknemer is. Volgens het hof was de bedongen arbeid van werknemer aanvankelijk blokkenlijmer. Nadat deze arbeidsovereenkomst is geëindigd zijn partijen opnieuw een mondelinge arbeidsovereenkomst aangegaan. Niet kan worden gesteld dat artikel 7:668a BW met zich brengt dat bij het aangaan van deze nieuwe overeenkomst de bedongen arbeid dezelfde zal zijn. Uit feiten en omstandigheden blijkt dat werknemer toen wel degelijk als metselaar is aangesteld. De bedongen arbeid is derhalve vanaf deze overeenkomst metselaar. Dit heeft tot gevolg dat na de uitval van werknemer op 13 september 2004, werkgever gehouden was om gedurende 104 weken het loon door te betalen, overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:629 BW en de toepasselijke CAO. De daarop betrekking hebbende vorderingen van werknemer zijn dan ook toewijsbaar.

Hoewel het hof met de kantonrechter oordeelt dat het op de weg van werknemer had gelegen om aan te geven waarom hij deze vordering heeft ingesteld nadat hij hiervan jarenlang nooit een punt heeft gemaakt, deelt het hof niet het standpunt van de kantonrechter dat het ontbreken van een dergelijke verklaring maakt dat werknemer niet aan de op hem rustende stelplicht heeft voldaan. Werknemer heeft op zich een voldoende inzichtelijke vordering tot betaling van achterstallige reisen ingesteld. Voor zover werkgever zich op rechtsverwerking beroep, verwerpt het hof dit standpunt. Het enkele tijdsverloop als zodanig is onvoldoende om de hele vordering van tafel te vegen. Werkgever heeft zich verweerd met een beroep op een afspraak met het hele personeel dat alle reisen in werktijd mochten worden gemaakt. Werknemer heeft zowel de rechtsgeldigheid van een dergelijke afspraak betwist als de inhoud

van de afspraak zelf. Het hof overweegt dat het beroep van werknemer op het verbod om van de CAO afwijkende regelingen te treffen, in dit geval ook niet onverkort opgaat, nu de CAO daarin zelf voorziet in artikel 23, zevende lid. De onderneming van werkgever kent geen ondernemingsraad, gelet op de grootte ervan. Naar 's hofs oordeel belet dat werkgever niet om met elk van de betrokken werknemers een afspraak te maken die voor het overige voldoet aan genoemd artikel 23, zevende lid. De bewijslast dat een dergelijke regeling is overeengekomen berust bij de werkgever. Het hof constateert dat werkgever geen bewijs heeft aangeboden dat werknemer met een dergelijke regeling heeft ingestemd. Het hof wijst de vergoeding voor reisen toe (€ 2.000). Het hof acht in het feit dat werknemer hierover jarenlang het zwijgen heeft bewaard en ook niet de destijds voor hem openstaande weg naar de Beroepscommissie Naleving Reizen heeft bewandeld, reden om de wettelijke verhoging te matigen tot nihil.

Ten slotte oordeelt het hof over de alsnog gevorderde vakantierechtwaarden over de weken 31, 32 en 33 van 2005 (de verplichte bouwvak van 2005). Het hof overweegt dat werknemer in genoemde periode zijn vakantiebonnen heeft verzilverd die hij in het voorgaande jaar had opgebouwd. Voor zover de vordering is gestoeld op het feit dat hij in deze periode formeel arbeidsongeschikt was voor zijn eigen werk en geen vakantie heeft genoten gelet op het bepaalde in artikel 7:637 BW, heeft werknemer gelijk in die zin dat hij de vastgestelde vakantie voor hem niet als vakantie kan worden aangemerkt. Zulks zou anders zijn indien daartoe een overeenkomst als bedoeld in artikel 7:637 BW, tweede lid, zou zijn gesloten, doch daarvan is niets gesteld noch gebleken. Een en ander betekent evenwel niet dat de vordering van werknemer op dit punt toewijsbaar is. Zijn vordering komt er op neer dat hij thans vergoeding wenst voor de niet genoten vakantiedagen. Een dergelijk recht komt hem toe bij het einde van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:641 BW), doch daarvan is thans (nog) geen sprake. Gedurende het bestaan van de arbeidsovereenkomst kunnen partijen zulks binnen bepaalde grenzen wel overeenkomen (artikel 7:640 BW) doch de werknemer heeft niet het recht zulks eenzijdig te bepalen. De toepasselijke CAO geeft slechts aan dat de werknemer na hersteldverklaring alsnog de vakantiedagen moet opnemen. Het hof komt dan ook tot de conclusie dat dit onderdeel van de vordering van werknemer op dit moment nog niet opeisbaar is. Voor zover de vordering betrekking heeft op de opbouw van vakantiedagen over genoemde weken overweegt het hof dat werknemer in genoemde weken gelet op artikel 7:635 BW vierde lid, geen vakantie-rechten heeft opgebouwd.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 03-03-2009

**ECLI:** ECLI:NL:GHLEE:2009:BH5236

**Zaaknummer:** 107.002.198/01

**Wetsartikelen:** 7:629 BW, 7:668a BW, 7:635 BW, 7:637 BW, 7:640 BW en 7:641 BW