

RECHTSPRAAK

werknemer/Security Professionals B.V.

Ondanks uitdrukkelijk bedoeling van partijen een overeenkomst van oproep aan te gaan, blijkt uit het patroon van voltijdse en permanente tewerkstelling dat de uitvoering van de overeenkomst duidt op een gewone arbeidsovereenkomst zodat loon tijdens ziekte in beginsel verschuldigd is. Verzuim overlegging deskundigenoordeel ex artikel 7:629a BW staat aan toewijzing loonvordering in de weg. Rapport verzekeringsarts dekt verzuim niet

Partijen hebben op 4 december 2008 een als afroepcontract betitelde overeenkomst gesloten, waarbij werknemer met ingang van 5 december 2008 voor de duur van twaalf maanden in dienst is getreden bij Security in de functie van beveiligers A. Daarbij gold een salarisschaal 2 met 0 periodieken met als basissalaris € 9,48 bruto per uur. Deze overeenkomst is per 5 december 2009 met één jaar verlengd. Werknemer heeft zich op 6 maart 2010 ziek gemeld. Vervolgens heeft hij zich op 10 maart 2010 hersteld gemeld, om zich op 12 of 13 maart 2010 weer ziek te melden. Op de overeenkomst is de cao Particuliere Beveiligingsorganisaties (hierna: de cao) van toepassing. De overeenkomst is van rechtswege beëindigd op 5 december 2010. Werknemer maakt aanspraak op loonbetaling tijdens ziekte, welke loonbetaling Security weigert. De kantonrechter heeft de loonvordering afgewezen, stellende dat werknemer geen arbeidsovereenkomst, maar een afroepovereenkomst met Security heeft gesloten.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof wijst erop dat de bewoording van de overeenkomst duidt op een afroepovereenkomst. Naast hetgeen de bedoeling van partijen is geweest bij het sluiten van de overeenkomst heeft echter tevens te gelden dat ook de wijze waarop partijen vervolgens feitelijk inhoud hebben gegeven aan de overeenkomst van belang is bij de uiteindelijke kwalificatie van hun rechtsverhouding. Vastgesteld kan worden dat zich al dadelijk na het in dienst treden van werknemer een patroon heeft ontwikkeld, waarbij in afwijking van de ratio van een afroepcontract werknemer voltijds en structureel is ingezet in het bedrijf van Security. Een dergelijke handelwijze wijkt zozeer af van de aard van een afroepcontract als tussen partijen overeengekomen en als beoogd in de cao, dat niet meer gezegd kan worden dat aan de oorspronkelijk op schrift neergelegde intentie nog wezenlijke betekenis kan worden toegedicht. Nu verder van enige flexibiliteit in dit geheel niet althans onvoldoende is gebleken dient het ervoor gehouden te worden dat de rechtsverhouding tussen partijen die van een volwaardige arbeidsovereenkomst is. Werknemer heeft derhalve in beginsel recht op loon tijdens ziekte. In casu heeft werknemer evenwel verzuimd een

deskundigenoordeel ex artikel 7:629a BW aan te vragen. Vastgesteld moet worden dat werknemer ondanks de betwisting van zijn arbeidsongeschiktheid door Security heeft nagelaten een dergelijke verklaring in het geding te brengen. Enige verklaring voor zijn nalaten van de kant van werknemer ontbreekt. Voor zover werknemer (nog) een beroep heeft gedaan op de aanwezigheid van andere medische verklaringen, kan hem dat niet baten. De achterliggende reden voor de noodzaak van de aanwezigheid van een dergelijke verklaring is er immers in gelegen dat bij betwisting van de arbeidsongeschiktheid (dan wel de vraag of de aangeboden arbeid passend is) duidelijk dient te zijn hoe een daartoe specifiek aangewezen onafhankelijk deskundige over de aard en omvang van de gestelde arbeidsongeschiktheid denkt, zodat de werknemer (maar ook de werkgever) de mogelijkheid heeft adequaat te reageren wanneer de deskundige tot een ander oordeel komt dan de ingeschakelde (bedrijfs)arts. Daarbij is niet alleen de inhoud van het deskundigenoordeel van belang maar ook het moment waarop dit oordeel aan partijen ter beschikking komt. Voor zover werknemer een beroep heeft willen doen op de aanwezigheid van een rapport van de verzekeringsarts van het UWV kan dat hem evenmin baten, nu dit onderzoek heeft plaatsgevonden in het kader van de beoordeling van zijn aanspraak op een uitkering krachtens de Ziektewet. Dit betekent dat reeds om deze reden de vordering tot loondoorbetaling vanaf 10 maart 2010 dient te stranden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 12-06-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:BW8298

Zaaknummer: HD 200.084.595

Rechters: C.M. Aarts, C.E.L.M. van der de Smeenk- Weijden en E.A.G.M. Waaijers

Advocaten: N.J. Clement en T.B.M. Kersten

Wetsartikelen: 7:610 BW, 7:629 BW en 7:629a BW