

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Eindarrest na tussenarrest. In dit geval geen verklaring van UWV in de zin van artikel 7:629a BW vereist. Voor het eerst in hoger beroep betwist dat werknemer ziek was. Dat is te laat.

Feiten

Bij tussenarrest zijn partijen in de gelegenheid gesteld zich – in verband met de vordering van werknemer tot doorbetaling van zijn loon over de periode vanaf 21 februari 2015 tot 1 oktober 2015 alsmede tot betaling van achterstallig vakantiegeld – uit te laten over de in artikel 7:629a lid 1 BW vereiste verklaring van het UWV. Daarop heeft werknemer een akte genomen (met producties) waarop een antwoordakte van werkgever is gevolgd. Vervolgens heeft het hof arrest bepaald.

Oordeel

In deze zaak stelt werknemer zich op 23 februari 2015 ziek te hebben gemeld bij werkgever. Gesteld noch gebleken is dat het ziek zijn van werknemer destijds door werkgever in twijfel is getrokken. Werkgever voert aan dat de ziekmelding onbevoegd zou zijn gedaan. Dit verweer treft echter geen doel. Het staat vast dat de ziekmelding werkgever heeft bereikt. Van een werkgever mag worden verwacht dat hij, indien hij die ziekmelding in twijfel trekt, daarop actie onderneemt. Dat dit is gebeurd is gesteld noch gebleken. Dit komt voor risico van werkgever. In het kader van de veelomvattende regeling van partijen en anderen (de koopvaststellingsovereenkomst van april 2015) is de ziekmelding zoals in die overeenkomst staat te lezen door werknemer met terugwerkende kracht ingetrokken. Omdat de koopvaststellingsovereenkomst vervolgens in juni 2015 werd ontbonden door het in vervulling gaan van een ontbindende voorwaarde, is de oorspronkelijke ziekmelding in stand gebleven. In deze situatie kon werkgever er niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat werknemer werkelijk niet meer ziek was of niet langer ziekgemeld was. Bij twijfel over de ziekte van werknemer had werkgever werknemer moeten oproepen bij de bedrijfsarts. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat werkgever tot aan de memorie van antwoord in dit hoger beroep de ziekmelding van werknemer niet heeft betwist. Werkgever heeft werknemer niet opgeroepen voor de bedrijfsarts. Werkgever heeft aldus voor het eerst in hoger beroep betwist dat werknemer ziek is. Dat is te laat. Het voorgaande betekent dat in dit geval de uitzondering van artikel 7:629a lid 2 BW opgaat; de verhindering van werknemer om arbeid te verrichten is niet (niet tijdig, want voor het eerst in hoger beroep) betwist door werkgever. Bovendien doet ook de tweede uitzondering van artikel 7:629a lid 2 BW zich in dit geval voor. Van werknemer kan in

redelijkheid niet geleverd worden de verklaring van het UWV over te leggen nu dit feitelijk een second opinion betreft ten aanzien van het al dan niet ziek zijn, terwijl door werkgever de ziekte niet eerder dan in hoger beroep is betwist en er geen first opinion in de vorm van een oproep door de bedrijfsarts is ingewonnen. Het voorgaande betekent dat werknemer wegens ziekte geen werkzaamheden heeft verricht zodat ook de derde en vierde grief van werkgever falen. De zevende grief heeft betrekking op de door de kantonrechter toegewezen vordering in verband met het door werknemer gevorderde vakantiegeld over 2014 en 2015. Werkgever betoogt dat de vaststellingsovereenkomst – die is ontbonden – van de zijde van werkgever een schriftelijke erkenning in de zin van artikel 157 lid 2 Rv behelst dat het vakantiegeld over 2014 reeds is voldaan. Vooropgesteld wordt dat in de vaststellingsovereenkomst geen erkenning van betaling van vakantiegeld valt te lezen. In de vaststellingsovereenkomst is in artikel 3 opgenomen dat de werknemer geen recht heeft op vakantiedagen of uitkering daarvan en in artikel 5 staat dat een gebruikelijke eindafrekening wordt opgemaakt. Hieruit kan het hof geen erkenning van betaling van vakantiegeld voor 2014 en 2015 afleiden. Bovendien is de vaststellingsovereenkomst ontbonden en daarmee zijn ook eventuele afspraken ten aanzien van vakantiegeld vervallen. Die afspraken vormen immers een onlosmakelijk onderdeel van een totaalregeling. Voor zover werkgever met zijn betoog beoogt aan te voeren dat het vakantiegeld daadwerkelijk betaald is, vloeit dat niet voort uit de inhoud van de vaststellingsovereenkomst en dit is ook overigens niet gesteld of gebleken. Het bewijsaanbod van werkgever in punt 55 van zijn memorie van grieven dat hij 'een bedrag (in hoogte overeenkomend met) "vakantiegeld 2014"' zou hebben betaald is te vaag en zal om die reden worden gepasseerd. Nu de vordering van werknemer tot betaling van loon en vakantiegeld voor toewijzing in aanmerking komt, geldt dit eveneens voor de daarover op grond van artikel 7:625 BW gevorderde wettelijke verhoging. De kantonrechter heeft aanleiding gezien om de wettelijke verhoging te matigen tot 15%. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 27-11-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:10339

Zaaknummer: 200.186.438

Rechters: E.J. van Sandick, R.F. Groos en P.P.M. Rousseau

Advocaten: J.P.R.C. de Jonge en R.J. Stoop

Wetsartikelen: 7:629a BW, 157 lid 2 Rv en 7:625 BW