

ECLI:NL:GHSHE:2014:451

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	18-02-2014
Datum publicatie	20-02-2014
Zaaknummer	HD 200.119.516_01
Rechtsgebieden	Arbeidsrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	deskundigenoordeel 7:629a BW zieke werknemer; grensarbeider verordeningen 883/2004 en 987/2009 Paletta-arrest
Wetsverwijzingen	Burgerlijk Wetboek Boek 7 629a
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl SEW 2014, afl. 7/8, p. 351 JAR 2014/86 AR-Updates.nl 2014-0173

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

zaaknummer HD 200.119.516/01

arrest van 18 februari 2014

in de zaak van

[de vrouw] ,

wonende te [woonplaats], Duitsland,

appellante,

advocaat: mr. E.G.M. van Ewijk te 's-Hertogenbosch,

tegen

[N.V.] N.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats],

geïntimeerde,

advocaat: mr. E.V.C. Savelkoul te Heerlen,

op het bij exploit van dagvaarding van 12 december 2012 ingeleide hoger beroep van het door de rechtbank Maastricht, sector kanton, locatie Heerlen gewezen vonnis van 19 september 2012 tussen appellante - [appellante] - als eiseres en geïntimeerde - [geïntimeerde] - als gedaagde.

1 Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 470469 CV EXPL 12-3379)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2 Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven met één productie;
- de memorie van antwoord met dertien producties.

Hierna is arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3 De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de memorie van grieven.

4 De beoordeling

4.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

- 4.1.1. [appellante] woont in Duitsland. Zij is op 1 april 2009 in dienst getreden bij [geïntimeerde] als PTA OM (apothekersassistente), aanvankelijk op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, voortgezet op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Haar salaris bedroeg laatstelijk € 1.579,94 bruto per maand. Op de tussen partijen geldende arbeidsovereenkomst is Nederlands recht van toepassing verklaard.

4.1.2. [appellante] heeft zich met ingang van 27 juni 2011 ziek gemeld bij [geïntimeerde].

4.1.3. [geïntimeerde] heeft een verzuimprotocol genaamd 'Richtlijnen in geval van ziekte bij [geïntimeerde]'.

4.1.4. Begin oktober 2011 is [geïntimeerde] gestopt met de betaling van het loon.

4.2. [appellante] heeft in eerste aanleg gevorderd [geïntimeerde] te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 13.824,48 ter zake van het nog openstaande loon over de maanden oktober 2011 tot en met maart 2012 inclusief 50% wettelijke verhoging, te vermeerderen met de wettelijke rente, alsmede tot betaling van een bedrag van € 955,91 ter zake van advocaatkosten.

4.3. Bij het vonnis waarvan beroep heeft de kantonrechter [appellante] niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering en [appellante] veroordeeld in de proceskosten. De kantonrechter was van oordeel dat [appellante] heeft nagelaten een deskundigenbericht over te leggen dat aan de eisen van artikel 7:629a lid 1 BW voldoet en dat (gemotiveerd) gesteld noch gebleken is dat het overleggen van een deskundigenbericht van [appellante] niet kon worden gevergd.

4.4. [appellante] kan zich met dit vonnis niet verenigen en zij is hiervan tijdig in hoger beroep gekomen. Zij heeft in hoger beroep toewijzing gevorderd van hetgeen zij in eerste aanleg heeft gevorderd. [appellante] heeft, onder verwijzing naar Europees recht, kort gezegd, aangevoerd dat de kantonrechter ten onrechte een deskundigenoordeel als bedoeld in artikel 7:629a lid 1 BW heeft verlangd.

4.5. Het hof is van oordeel dat de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft op grond van de artikelen 2 en 6 sub b Rv en artikel 19 van de EEX-Verordening. Tussen partijen is niet in geschil dat in beginsel Nederlands recht van toepassing is op het onderhavige geschil.

4.6. Artikel 7:629a lid 1 BW bepaalt dat de rechter een vordering tot betaling van loon als bedoeld in artikel 7:629 BW afwijst indien bij de eis niet een verklaring is gevoegd van een deskundige, benoemd door het UWV, omtrent de verhindering van de werknemer om de bedongen of andere passende arbeid te verrichten respectievelijk diens nakoming van de verplichtingen, bedoeld in artikel 7:660a BW.

4.7. [appellante] heeft bij inleidende dagvaarding een "Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung" overgelegd van haar arts [arts 1.] van 15 juli 2011 waarop staat vermeld dat [appellante] arbeidsongeschikt is sinds 27 juni 2011 en dat dit naar verwachting duurt tot 27 juli 2011 (prod. 2a), een verklaring van voornoemde arts van 17 oktober 2011 waarin staat vermeld dat [appellante] arbeidsongeschikt is (prod. 3), een verklaring van voornoemde arts van 8 maart 2012 waarin staat vermeld dat [appellante] van 28 juli tot 21 november 2011 arbeidsongeschikt was (prod. 5) en een "Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung" van haar arts [arts 2.] van 8 maart 2012 waarop staat vermeld dat [appellante] sedert 21 november 2011 arbeidsongeschikt is en dat dit naar verwachting duurt tot 23 maart 2011 (prod. 6). Tussen partijen is niet in geschil dat deze verklaringen niet zijn aan te merken als een deskundigenoordeel in de zin van artikel 7:629a lid 1 BW en dat een deskundigenoordeel als bedoeld in deze bepaling, ook in hoger beroep, ontbreekt.

4.8. In dit geding is van belang hetgeen is bepaald in Verordening (EG) nr. 883/04 van de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de sociale zekerheidsstelsels (gewijzigd met Verordening (EG) nr. 988/2009 van 16 september 2009, hierna: de basisverordening) en hetgeen is bepaald in Verordening (EG) nr. 987/2009 van de Raad van 16 september 2009 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening (EG) nr. 883/2004 (hierna: de

toepassingsverordening). Deze verordeningen bevatten voorschriften ter coördinatie van de nationale socialezekerheidsstelsels teneinde het vrije verkeer van werknemers te bevorderen. De basisverordening bevat (onder meer) bepalingen voor prestaties bij ziekte. [appellante] valt onder de personele werkingssfeer van de basisverordening (artikel 2). Uit hetgeen het HvJ EU heeft overwogen in zijn arrest van 3 juni 1992, nr. C-45/90, Jur. 1992, I-3423 (hierna: Paletta I) volgt dat

- de Nederlandse loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte ex artikel 7:629 BW aangemerkt dient te worden als een prestatie bij ziekte in de zin van artikel 3 lid 1 sub a van de basisverordening;

- [geïntimeerde] als werkgever van [appellante] dient te worden aangemerkt als 'bevoegd orgaan' in de zin van artikel 1 onder q sub iv van de basisverordening.

Weliswaar is voornoemd arrest van het HvJ EU (destijds EG) gewezen onder de toen van toepassing zijnde verordeningen nrs. 1408/71 en 574/72, maar de voor dit geschil relevante bepalingen zijn niet wezenlijk gewijzigd.

4.9. Artikel 21 lid 1 van de basisverordening luidt als volgt:

Uitkeringen

1. Een verzekerde en zijn gezinsleden die in een andere lidstaat dan de bevoegde lidstaat wonen of verblijven, hebben recht op uitkeringen van het bevoegde orgaan overeenkomstig de door dat orgaan toegepaste wetgeving. In overleg tussen het bevoegde orgaan en het orgaan van de woon- of verblijfplaats kunnen deze uitkeringen echter door het orgaan van de woon- of verblijfplaats voor rekening van het bevoegde orgaan worden verstrekt volgens de wetgeving van de bevoegde lidstaat.

Artikel 27 van de toepassingsverordening luidt als volgt:

A) Door de verzekerde te volgen procedure

1. Indien de wetgeving van de bevoegde lidstaat voorschrijft dat de verzekerde een bewijs overlegt om in aanmerking te komen voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering in de zin van artikel 21, lid 1, van de basisverordening, vraagt de verzekerde de arts van de lidstaat van de woonplaats die zijn gezondheidstoestand heeft vastgesteld, om een bewijs van arbeidsongeschiktheid met vermelding van de vermoedelijke duur ervan.

2. De verzekerde zendt het bewijs binnen de door de wetgeving van de bevoegde lidstaat bepaalde termijn aan het bevoegde orgaan toe.

3. Indien door de behandelende artsen van de lidstaat van de woonplaats geen bewijzen van arbeidsongeschiktheid worden afgegeven en deze volgens de wetgeving van de bevoegde lidstaat vereist zijn, wendt de betrokkene zich rechtstreeks tot het orgaan van de woonplaats. Dit orgaan zorgt er onmiddellijk voor dat de arbeidsongeschiktheid van de betrokkene medisch wordt beoordeeld en het in lid 1 bedoelde bewijs wordt uitgeschreven. Het bewijs wordt onverwijld naar het bevoegde orgaan doorgezonden.

4. De doorzending van het in de leden 1, 2 en 3 bedoelde document ontslaat de verzekerde niet van de in de toepasselijke wetgeving vervatte verplichtingen, met name ten aanzien van zijn werkgever. In voorkomend geval kan de werkgever en/of het bevoegde orgaan de werknemer oproepen deel te nemen aan activiteiten om de terugkeer naar het arbeidsproces te bevorderen en te ondersteunen.

B) Door het orgaan van de lidstaat van de woonplaats te volgen procedure

5. Als het bevoegde orgaan daarom verzoekt, worden door het orgaan van de woonplaats, in overeenstemming met de door dat orgaan toegepaste wetgeving, ten aanzien van de betrokkene de nodige administratieve controles of medische onderzoeken verricht. Het verslag van de controlerend arts, waarin met name de vermoedelijke duur van de arbeidsongeschiktheid wordt vermeld, wordt door het orgaan van de woonplaats onverwijld aan het bevoegde orgaan gezonden.

C) Door het bevoegde orgaan te volgen procedure

6. Het bevoegde orgaan behoudt het recht de verzekerde te laten onderzoeken door een arts die het orgaan zelf heeft gekozen.

7. Onverminderd artikel 21, lid 1, tweede zin, van de basisverordening, betaalt het bevoegde orgaan de uitkeringen rechtstreeks aan de betrokkene en stelt het, indien nodig, het orgaan van de woonplaats hiervan in kennis.

8. Voor de toepassing van artikel 21, lid 1, van de basisverordening hebben de vermeldingen op het bewijs van arbeidsongeschiktheid van de verzekerde, dat in een andere lidstaat op grond van de medische bevindingen van de controlerend arts of het controlerend orgaan is opgesteld, dezelfde juridische waarde als het in de bevoegde lidstaat opgesteld bewijs.

9. Indien het bevoegde orgaan besluit de uitkeringen te weigeren, stelt het de verzekerde en tegelijkertijd het orgaan van de woonplaats van zijn besluit in kennis.

D) Procedure bij verblijf in een andere dan de bevoegde lidstaat

10. De leden 1 tot en met 9 zijn van overeenkomstige toepassing in het geval dat de verzekerde in een andere dan de bevoegde lidstaat verblijft.

Artikel 87 van de toepassingsverordening luidt (voor zover van belang) als volgt:

1. Onverminderd andere specifieke bepalingen wordt, indien een rechthebbende op of aanvrager van prestaties, dan wel een lid van diens gezin, op het grondgebied van een andere lidstaat woont of verblijft dan die waar zich het debiteurorgaan bevindt, het geneeskundig onderzoek op verzoek van laatstgenoemd orgaan verricht door het orgaan van de woon- of verblijfplaats van de rechthebbende, volgens de procedures die zijn vastgelegd in de door dit orgaan toegepaste wetgeving.

Het debiteurorgaan stelt het orgaan van de woon- of verblijfplaats in kennis van eventuele speciale vereisten waaraan moet worden voldaan en van de aspecten waaraan in het geneeskundig onderzoek aandacht moet worden besteed.

2. Het orgaan van de woon- of verblijfplaats doet aan het debiteurorgaan dat om het geneeskundig onderzoek heeft verzocht een rapport toekomen. Dit orgaan is gebonden door de bevindingen van het orgaan van de woon- of verblijfplaats.

Het debiteurorgaan behoudt zich het recht voor de rechthebbende door een arts van zijn keuze te laten onderzoeken. De rechthebbende kan echter alleen worden verzocht zich naar de lidstaat van het debiteurorgaan te begeven, indien hij in staat is de reis te ondernemen zonder dat dit zijn gezondheid schaadt en mits reis- en verblijfkosten voor rekening komen van het debiteurorgaan.

3. Indien een rechthebbende op of aanvrager van prestaties, of een lid van diens gezin, op het grondgebied van een andere lidstaat woont of verblijft dan die waar zich het debiteurorgaan bevindt, wordt de administratieve controle op verzoek van dit orgaan uitgeoefend door het orgaan van de woon- of verblijfplaats van de rechthebbende.

4. (...)

5. (...).

4.10. Op grond van artikel 7:629a lid 1 BW dient [appellante] voor de ontvankelijkheid van haar loonvordering een deskundigenoordeel over te leggen dat aangevraagd dient te worden bij een Nederlandse instantie (het UWV), terwijl zij in Duitsland woont. Artikel 7:629a lid 1 BW vereist derhalve een bewijs uit het werkland om in aanmerking te komen voor loondoorbetaling. Het hof acht dit vereiste in strijd met de tekst van artikel 27 lid 1 van de toepassingsverordening en in strijd met de strekking van de basisverordening. Uit laatstgenoemde bepaling blijkt dat, indien de wetgeving van de bevoegde lidstaat voorschrijft dat de verzekerde een bewijs overlegt om in aanmerking te komen voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering, dit bewijs door de verzekerde in de lidstaat van de woonplaats van de verzekerde moet worden aangevraagd en derhalve niet in het werkland. Het doel dat met deze bepaling (en met de basisverordening) wordt nagestreefd, is gelijk aan het doel van het vóór de inwerkingtreding van de toepassingsverordening geldende

artikel 18 van Verordening (EG) 574/72, namelijk het voorkomen van bewijsmoeilijkheden voor de werknemer en daarmee het tot stand brengen van een zo groot mogelijke vrijheid van verkeer voor migrerende werknemers (vgl. rov. 24 Paletta I). [appellante] heeft voldaan aan haar verplichting om op grond van artikel 27 lid 1 van de toepassingsverordening een arbeidsongeschiktheidsverklaring van haar arts te vragen en over te leggen. De 'termijn' waarvan in lid 2 sprake is, dient in het licht van het bepaalde van de ontvankelijkheidseis ex artikel 7:629a BW naar het oordeel van het hof te worden geïnterpreteerd als 'bij de eis' dus bij inleidende dagvaarding, waaraan in dit geval is voldaan. Dat betekent niet dat ook is voldaan aan de vereisten voor het recht op loon. Daarop zal in het hierna volgende nader worden ingegaan. Het hof is dus oordeel dat de kantonrechter [appellante] ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard op grond van het ontbreken van een deskundigenoordeel in de zin van artikel 7:629a lid 1 BW.

- 4.11. Volgens [geïntimeerde] heeft [appellante] in eerste aanleg niet aangevoerd dat het overleggen van een deskundigenoordeel in redelijkheid niet van haar gevergd kan worden. Daargelaten dat hoger beroep ook is bedoeld voor het verbeteren van eigen fouten, acht het hof niet relevant dat deze stelling niet is ingenomen door [appellante]. Immers, uit het voorgaande volgt dat [appellante] zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat artikel 7:629a lid 1 BW in dit geval buiten toepassing dient te blijven wegens strijd met Europees recht. Aan lid 2 van artikel 7:629a BW komt het hof niet toe.
- 4.12. [geïntimeerde] heeft voorts aangevoerd dat de door [appellante] in het geding gebrachte verklaringen te summier zijn en niet die informatie bevatten die in een deskundigenoordeel van het UWV wel is opgenomen. Het hof constateert dat de overgelegde verklaringen inderdaad veel minder informatie bevatten dan een deskundigenoordeel van het UWV. Het hof is niettemin van oordeel dat artikel 7:629a BW in dit geval wegens strijd met artikel 27 lid 1 van de toepassingsverordening buiten toepassing dient te blijven. Dat in het woonland een ander soort verklaring over ziekte wordt verstrekt dan in het werkland, kan [appellante] niet worden tegengeworpen. Wanneer de eis zou worden gesteld een soortgelijke verklaring als een deskundigenoordeel in het geding te brengen, dan zouden daarmee de voorschriften van de toepassingsverordening nader worden ingevuld, hetgeen naar het oordeel van het hof in strijd zou komen met lid 8 van artikel 27 van de toepassingsverordening en tevens in strijd met de doelstelling van de basisverordening, te weten het bereiken van het vrije verkeer van personen (overweging 3 preambule) en het beschermen van migrerende werknemers tegen een te strikte toepassing van de nationale voorschriften (overweging 29 preambule).
- 4.13. [geïntimeerde] heeft verder nog aangevoerd dat [appellante] een verklaring van de plaatselijke Krankenkasse had kunnen verkrijgen. Ook deze eis kan niet worden gesteld. Lid 3 van artikel 27 van de toepassingsverordening komt eerst aan de orde indien de behandelende artsen geen bewijzen van arbeidsongeschiktheid afgeven. De behandelende artsen van [appellante] hebben wel verklaringen verstrekt, zodat [appellante] zich (althans voor wat betreft de ontvankelijkheidsvraag) niet tot de Krankenkasse hoefde te wenden.
- 4.14. Uit het voorgaande volgt dat grief 1, waarmee [appellante] heeft geklaagd over de beslissing om haar niet ontvankelijk te verklaren in haar vordering, slaagt.
- 4.15. Het slagen van grief 1 brengt mee dat het hof vanwege de devolutive werking van het appel alsnog de in eerste aanleg door [geïntimeerde] gevoerde verweren tegen de loonvordering van [appellante] zal beoordelen. Kort samengevat heeft [geïntimeerde] zich op het standpunt gesteld dat zij de loonbetaling terecht heeft gestaakt op grond van artikel 7:629 lid 3 BW jo. 7:658a lid 4 BW, althans dat zij de loonbetaling mocht opschorten op grond van artikel 7:629 lid 6 BW.
- 4.16. Op grond van artikel 7:629 lid 6 BW is de werkgever bevoegd de betaling van het loon op te schorten voor de tijd gedurende de werknemer zich niet houdt aan door de werkgever schriftelijk gegeven redelijke voorschriften omtrent het verstrekken van inlichtingen die de werkgever behoeft om het recht op loon vast te stellen. Uit lid 7 van dat artikel volgt kort gezegd dat de werkgever de

werknemer daarvan wel onverwijld kennis dient te geven.

4.17. Op grond van artikel 7:629 lid 3 BW is de werkgever bevoegd de betaling van het loon te staken voor de tijd gedurende welke de werknemer,

(sub c) hoewel hij daartoe in staat is, zonder deugdelijke grond passende arbeid als bedoeld in artikel 658a lid 4 voor de werkgever of voor een door de werkgever aangewezen derde, waartoe de werkgever hem in de gelegenheid stelt, niet verricht;

(sub d) zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan door de werkgever of door een door hem aangewezen deskundige gegeven redelijke voorschriften of getroffen maatregelen die erop gericht zijn om de werknemer in staat te stellen passende arbeid als bedoeld in artikel 658a lid 4 te verrichten;

(sub e) zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan het opstellen, evalueren en bijstellen van een plan van aanpak als bedoeld in artikel 658a lid 3.

Lid 7, zoals hiervoor onder 4.16 genoemd, is eveneens van toepassing op het staken van de loonbetaling.

4.18. [geïntimeerde] heeft gesteld dat het haar niet of amper lukte om sedert de ziekmelding contact te krijgen met [appellante]. Zij heeft daartoe verwezen naar brieven van 25 juli 2011, 4 augustus 2011 en 20 september 2011 (producties 1 tot en met 3 cva) waarin [appellante] erop wordt gewezen dat zij contact moet opnemen en bereikbaar moet zijn. Voorts heeft zij verwezen naar een email van 23 september 2011 (van [appellante] aan [geïntimeerde]) en een email van 28 september 2011 (van [geïntimeerde] aan [appellante]) (productie 5 cva). [geïntimeerde] heeft in de periode juli 2011 tot en met september 2011 zelf geen consequenties verbonden aan haar stelling dat [appellante] niet bereikbaar was. Eerst vanaf begin oktober 2011 heeft zij opgehouden het loon te betalen. Kennelijk was de aanleiding daarvoor dat [appellante] per email van 28 september 2011 was opgeroepen voor een onderzoek door de bedrijfsarts op 5 oktober 2011, waarop zij niet is verschenen en evenmin contact heeft opgenomen. Met een brief van 20 september 2011 en de email van 28 september 2011 heeft [geïntimeerde] gewaarschuwd voor de consequenties met betrekking tot de loonbetaling en bij brief van 6 oktober 2011 (productie 6) heeft zij medegedeeld "Da Du Dich jetzt zum wiederholten Male nicht an die Absprachen gehalten hast, werden wir Deine Gehaltszahlung ab dem 6. Oktober aussetzen, bis Du dich bei Deiner Vorgesetzten gemeldet und einen Termin beim Betriebsarzt wahrgenommen hast."

4.19. Het hof leidt uit het bepaalde in artikel 27 lid 1, in verbinding met artikel 87 lid 1 en lid 2 van de toepassingsverordening af, dat [geïntimeerde] niet van [appellante] mocht verlangen dat zij zich naar Nederland zou begeven om zich aldaar door de bedrijfsarts te laten onderzoeken. Evenwel valt niet in te zien waarom [appellante] geen contact kon opnemen om mede te delen dat zij zich daartoe niet in staat achtte. Daartoe was [appellante] gehouden op grond van artikel 27 lid 4 van de toepassingsverordening in verbinding met artikel 7:629 lid 6 BW en het verzuimreglement van [geïntimeerde]. Nu [appellante] op 23 september 2011 zelf een email heeft gestuurd, moet zij geacht worden in staat te zijn geweest een bericht per email door te geven. [geïntimeerde] was dus gerechtigd tot opschorting van het loon over te gaan. [appellante] moet geacht worden daarvan op de hoogte te zijn geweest, nu in de email die [geïntimeerde] op 28 september 2011 heeft gestuurd in reactie op de email van [appellante] van 23 september 2011 melding wordt gemaakt van het onderzoek op 5 oktober 2011 en eveneens wordt vermeld dat, indien zij niet in staat is te verschijnen, zij dat per email of telefonisch dient door te geven.

4.20. [geïntimeerde] heeft gesteld dat zij daarna, bij brief van 7 november 2011 (prod. 7 cva), aan [appellante] opnieuw heeft gevraagd zich te melden bij de bedrijfsarts en, indien daartoe niet in staat, heeft zij [appellante] gevraagd om dan te laten weten of [geïntimeerde] voor haar een afspraak kon maken bij de Krankenkasse of een arts in haar woonplaats. Het hof constateert dat dit voorstel van [geïntimeerde] in overeenstemming is met het bepaalde in artikel 27 lid 5 van de toepassingsverordening. Weliswaar heeft [appellante] gesteld dat het voor haar niet mogelijk was om zelf de Krankenkasse in te schakelen, maar daarmee gaat zij voorbij aan de stelling van

[geïntimeerde] dat haar is voorgesteld dat [geïntimeerde] voor haar een afspraak kon maken bij de Krankenkasse. Nu [appellante] niet op die brief heeft gereageerd jegens [geïntimeerde], bleef [geïntimeerde] gerechtigd het loon ook na die datum op te schorten.

- 4.21. Op 17 en op 21 november 2011 heeft de bedrijfsarts telefonisch contact gehad met [appellante] en haar moeder. Daarvan is een spreekuurverslag opgemaakt en in het geding gebracht (prod. 8). Daaruit blijkt niet, en dat is ook niet gesteld door [appellante], dat zij alsnog heeft aangegeven dat [geïntimeerde] haar mag aanmelden bij de Krankenkasse.
- 4.22. Partijen zijn het erover eens dat [appellante] op 24 november 2011 een brief heeft gestuurd aan [geïntimeerde] (prod. 10 cva) waarin [appellante] een nieuw adres doorgeeft en waarmee zij de verklaring van haar arts Vögeli van 17 oktober 2011 heeft gestuurd. [appellante] heeft weliswaar bij inleidende dagvaarding gesteld dat zij (reeds eerder) ook een verklaring heeft gestuurd van Vögeli van 15 juli 2011 en dat zij [geïntimeerde] steeds over haar arbeidsongeschiktheid heeft geïnformeerd, maar wanneer dat dan zou zijn geweest, heeft [appellante] niet nader toegelicht. Het hof gaat er daarom vanuit dat [geïntimeerde] eerst bij brief van 24 november 2011 een verklaring van een arts van [appellante] heeft ontvangen. Het hof acht die verklaring onvoldoende, omdat daaruit niets valt af te leiden over de vermoedelijke duur van de ziekte (art. 27 lid 1 toepassingsverordening).
- 4.23. Bij brief van 1 december 2011 (prod. 13 incl dgv) heeft de toenmalige gemachtigde van [appellante] [geïntimeerde] gesommeerd om het loon te betalen onder verwijzing naar medische stukken die niet werden meegestuurd. In die brief is niet aangegeven dat [appellante] alsnog bij de Krankenkasse aangemeld kan worden ter controle. Overigens is evenmin in die brief een suggestie opgeworpen op welke manier [geïntimeerde] kan controleren of [appellante] ziek is, hoe lang zij ziek blijft en of en wanneer zij in staat is om te re-integreren.
- 4.24. Op 28 december 2011 heeft [geïntimeerde] een deskundigenoordeel van het UWV ontvangen dat is opgemaakt op haar verzoek. Voor de beoordeling van het onderhavige geschil heeft dat geen beslissende betekenis, hetgeen blijkt uit het navolgende.
- 4.25. [geïntimeerde] heeft onder verwijzing naar productie 12 cva gesteld dat zij bij brief van 2 april 2012 (eerste aanleg) of 12 april 2012 (in hoger beroep) [appellante] heeft opgeroepen een verklaring van de Krankenkasse over te leggen waaruit blijkt dat zij niet in staat is de bedrijfsarts te bezoeken. Iets dergelijks staat inderdaad in deze productie (een brief van [geïntimeerde] aan [appellante] van 2 april 2012) maar daarin wordt voorts, samengevat, het volgende vermeld:
- op 29 maart 2012 is een arbeidsongeschiktheidsverklaring van de Krankenkasse ontvangen waarin wordt bevestigd dat u van 21 november 2011 tot 30 april 2012 arbeidsongeschikt wordt geacht en daarmee staat voldoende vast dat u op dit moment nog niet in staat bent om te werken;
 - u bent verplicht om redelijke aanwijzingen van de bedrijfsarts en de werkgever op te volgen die de genezing en de re-integratie bevorderen; van u kan verlangd worden dat u naar Heerlen reist en aan re-integratieactiviteiten deelneemt;
 - u heeft geen medische verklaring waaruit blijkt dat u niet in staat bent de bedrijfsarts in Heerlen te bezoeken; uit de arbeidsongeschiktheidsverklaring valt dat ook niet af te leiden; u maakt het onmogelijk maatregelen te nemen ter bevordering van de re-integratie; u dient telefonisch contact op te nemen om een afspraak met de bedrijfsarts te maken; doet u dat niet dan wordt de betaling verder opgeschort.
- 4.26. Het hof leidt hieruit het volgende af. [appellante] heeft zich wel degelijk (uiteindelijk) tot de Krankenkasse gewend en [geïntimeerde] is de mening toegedaan dat [appellante] van 21 november 2011 tot 30 april 2012 ziek was. Uit de brief blijkt dat [geïntimeerde] vanwege het niet bezoeken van de bedrijfsarts in Heerlen het loon niet heeft betaald. Het aandrigen van [geïntimeerde] op een bezoek aan haar bedrijfsarts in Heerlen acht het hof in strijd met laatste zin

van lid 2 van artikel 87 van de toepassingsverordening waaruit volgt dat een reis naar het werkland alleen kan worden geveerd indien de verzekerde daartoe medisch in staat is. [geïntimeerde] heeft niet gesteld dat zij de Krankenkasse heeft verzocht om hiernaar onderzoek te doen. Zij heeft ook niet gesteld dat zij de Krankenkasse heeft verzocht zich uit te laten over de mogelijkheden voor re-integratie. De toepassingsverordening biedt de werkgever uitdrukkelijk wel de mogelijkheid daartoe, zie artikel 27 lid 5 en artikel 87 lid 1 laatste zin toepassingsverordening. Het niet gebruik maken van die mogelijkheid dient voor risico van de werkgever te komen.

- 4.27. Bij e-mail van 13 april 2012 (prod. 13 cva en prod. 13 mva) heeft [appellante] twee verklaringen gestuurd van haar arts [arts 2.] van 21 februari 2012 en 12 april 2012 waarin staat vermeld dat [appellante] niet in staat is de woning te verlaten, dat zij met medicijnen wordt behandeld en dat er over het verloop van de ziekte geen uitspraak kan worden gedaan resp. dat zij niet in staat is naar [vestigingsplaats] te reizen. Het hof leidt uit de vordering van [appellante] (loon over de maanden oktober 2011 tot en met maart 2012) af, dat [geïntimeerde] haar standpunt dat [appellante] de bedrijfsarts in [vestigingsplaats] moet bezoeken, vanaf dat moment heeft laten varen.
- 4.28. Het hof is van oordeel dat hetgeen in de brief van 2 april 2012 wordt vermeld, ertoe dient te leiden dat [geïntimeerde] op dat moment het loon met terugwerkende kracht aan [appellante] had dienen te voldoen. [geïntimeerde] mocht immers niet de eis stellen dat [appellante] naar het werkland reisde. Overigens blijkt uit de uiteindelijk door [appellante] overgelegde verklaring van [arts 2.] van 12 april 2012 dat zij daartoe niet in staat was. Opschorting van de loonbetalingsverplichting dient er slechts toe de werknemer te bewegen alsnog aan de verplichtingen te voldoen. Voor vergoeding van wettelijke verhoging ziet het hof geen aanleiding. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt immers dat [appellante] op zijn vroegst op 29 maart 2012 (zie rov. 4.25 waaruit blijkt dat [geïntimeerde] op die datum de arbeidsongeschiktheidsverklaring van de Krankenkasse heeft ontvangen) aan haar verplichtingen heeft voldaan. Om die reden kan de wettelijke rente eerst vanaf dat moment verschuldigd zijn.
- 4.29. Voor de juistheid van de stelling van [geïntimeerde] dat zij bevoegd was de loonbetaling te staken op basis van artikel 7:629 lid 3 BW ziet het hof geen aanleiding. Immers, in de brief van [geïntimeerde] van 20 sept 2011 (prod. 3 cva), de email van 28 september 2011 (prod. 5 cva) en de brief van 6 oktober 2011 (prod. 6 cva) wordt telkens melding gemaakt van 'Gehaltszahlung aussetzen'. In de brief van 7 november 2011 (prod. 7 cva) wordt vermeld "...die Fortzahlung Ihrer Bezüge weiterhin aufzuschieben bzw. einzustellen bis zu dem Zeitpunkt, an dem Sie Ihre gesetzlichen (Wiedereingliederungs-)Verpflichtungen erfüllen werden." In de brief van 2 april 2012 (prod 12 cva) staat een soortgelijke zinsnede. Het hof kan deze opmerkingen niet anders verstaan dan dat wordt medegedeeld dat het loon wordt opgeschort.
- 4.30. Reeds nu [geïntimeerde] geen feiten stelt of te bewijzen aanbiedt die (indien juist of bewezen) tot een ander oordeel leiden, wordt haar bewijsaanbod gepasseerd.
- 4.31. Uit het voorgaande volgt dat grief 2 onbesproken kan blijven. Het hof zal het bestreden vonnis vernietigen. De vordering tot betaling van achterstallig loon (€ 9.216,32 bruto) zal het hof alsnog toewijzen. Uit het voorgaande volgt dat de gevorderde wettelijke verhoging wordt afgewezen. De wettelijke rente zal worden toegewezen vanaf 29 maart 2012. De vordering ter zake advocaatkosten dient te worden verstaan als een vordering ter zake buitengerechtelijke incassokosten. Die vordering zal als niet, althans onvoldoende betwist worden toegewezen. [geïntimeerde] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van beide instanties.

5 De uitspraak

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt [geïntimeerde] tot betaling van € 9.216,32 bruto vermeerderd met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 29 maart 2012;

veroordeelt [geïntimeerde] tot betaling van € 955,91 ter zake buitengerechtelijke incassokosten;

veroordeelt [geïntimeerde] in de proceskosten van de eerste aanleg en het hoger beroep, welke kosten tot op heden aan de zijde van [appellante] worden begroot op € 527,64 aan verschotten en op € 600,- aan salaris advocaat in eerste aanleg en op € 775,17 aan verschotten en op € 894,- aan salaris advocaat voor het hoger beroep, waarvan € 310,- te voldoen aan de griffier van de rechtbank en € 383,- te voldoen aan de griffier van dit hof;

wijst af het meer of anders gevorderde;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, M.G.W.M. Stienissen en M. van Ham en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 18 februari 2014.