

RECHTSPRAAK

Passende arbeid van werknemer voor arbeidsomvang van 60% in het bagagedepot is niet de bedongen arbeid geworden. De vordering tot fulltime tewerkstelling ziet op de re-integratie en wordt afgewezen vanwege het ontbreken van een deskundigenoordeel.*Feiten*

Werknemer is op 1 november 1994 bij (de rechtsvoorganger van) SDBV Facility Services B.V. (hierna: SDBV Facility Services) fulltime in dienst getreden als reguleur. Sinds 5 december 2011 is werknemer arbeidsongeschikt voor deze functie. Sinds 7 januari 2015 ontvangt hij een WIA-uitkering gebaseerd op een arbeidsongeschiktheidspercentage van circa 40%.

Werknemer is vanaf maart 2015 in het kader van de re-integratie werkzaamheden in aangepaste uren gaan verrichten op de loungepieren en in het bagagedepot. Op 1 mei 2017 is de ZW-uitkering geëindigd (na 104 weken). Werknemer heeft geen herbeoordeling WIA aangevraagd. Bij vonnis van 21 februari 2018 heeft de kantonrechter SDBV Facility Services onder meer veroordeeld om werknemer toe te laten tot zijn of passende werkzaamheden, rekening houdend met zijn bekende beperkingen en tot betaling van 60% van het geldende overeengekomen loon aan de werknemer. Naar aanleiding van dit vonnis heeft SDBV Facility Services werknemer per 23 maart 2018 voor 22,8 uur per week (een arbeidsomvang van 60%) tewerkgesteld in het bagagedepot. Op 10 oktober 2018 heeft het UWV een FML opgesteld waarin geen beperking is opgenomen ten aanzien van het aantal te werken uren per dag en per week. In het kader van een organisatiewijziging zijn de activiteiten in het bagagedepot ondergebracht bij SDBV Facility Services. Aan werknemer is daarom een (nieuwe) arbeidsovereenkomst met SDBV Facility Services aangeboden voor de functie van medewerker Bagage Service Center (hierna: BSC) in een arbeidsomvang van 22,8 uur per week. Werknemer heeft geweigerd deze arbeidsovereenkomst te tekenen omdat hij – kort samengevat – deze functie gezien zijn beperkingen niet kan uitvoeren. Bij brief van 2 mei 2019 heeft werknemer vanaf 1 juni 2019 aanspraak gemaakt op een fulltime tewerkstelling van 36,2 uur per week en betaling van bijbehorende loon. Op 13 mei 2019 heeft de bedrijfsarts in antwoord op de vraag van werknemer of sprake is van een urenbeperking, aangegeven dat hij in staat wordt geacht tot een fulltime baan indien rekening wordt gehouden met zijn langdurige beperkingen. Tussen partijen is in geschil of SDBV Facility Services gehouden is werknemer als medewerker BSC fulltime (36,2 uur) te werk te stellen met een bij die arbeidsomvang horend salaris.

Oordeel

Is de nieuwe arbeid de bedongen arbeid geworden?

De stelling van werknemer dat de functie van medewerker bagagedepot de nieuw bedongen arbeid is geworden volgt de kantonrechter niet. Ten eerste niet omdat partijen het weliswaar met elkaar eens zijn dat de huidige arbeid passend is, maar het niet eens zijn over de (contractuele) omvang daarvan. Ten tweede niet omdat partijen over het algemeen pas (willen) overgaan tot een wijziging van de bedongen arbeid, wanneer vaststaat dat de werknemer die arbeid in volle omvang (dus zowel qua taken als uren) kan verrichten. Of dit het geval is, moet proefondervindelijk blijken uit het re-integratietraject. Die situatie is voor wat betreft het werken in het bagagedepot voor 36 uur per week nooit bereikt. De kantonrechter verwerpt ook het (primaire) verweer van SDBV Facility Services dat op basis van de uitspraak Oskam/Kummeling de functie van medewerker bagagedepot voor 22,8 uur per week de nieuw bedongen arbeid is geworden. In de voorliggende situatie beroept niet werknemer, maar SDBV Facility Services zich erop dat (zij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat) de arbeid en omvang stilzwijgend zijn gewijzigd. De door SDBV Facility Services gestelde (stilzwijgende) aanpassing komt in feite neer op een substantiële en structurele verlaging van een belangrijke arbeidsvoorwaarde: de contractsomvang. Daarvoor geldt dat een werkgever er pas op mag vertrouwen dat een werknemer de wijziging heeft geaccepteerd, indien op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze *welbewust* met die wijziging heeft ingestemd. De kantonrechter is van oordeel dat daarvan geen sprake is, nu werknemer expliciet heeft aangegeven dat hij niet met de wijziging akkoord is. Het voorgaande brengt met zich dat de oorspronkelijk bedongen arbeid niet is gewijzigd. Tussen partijen is niet in geschil dat werknemer voor deze functie (blijvend) ongeschikt is. Dat betekent dat werknemer nog steeds arbeidsongeschikt is in de zin van artikel 7:629 BW en dat het werk dat hij thans verricht beschouwd moet worden als 'passende arbeid'.

Deskundigenoordeel vereist?

Zoals SDBV Facility Services terecht heeft aangevoerd, komt de vordering van werknemer om uitbreiding van zijn tewerkstellingspercentage dan neer op een vordering tot nakoming van de re-integratieverplichtingen door SDBV Facility Services, die eruit bestaat dat werknemer in de gelegenheid wordt gesteld zijn werk in het bagagedepot uit te breiden tot 36 uur per week. Werknemer is van mening dat het overleggen van een deskundigenoordeel niet van hem kan worden gevergd omdat de bedrijfsarts en het UWV al hebben geoordeeld dat er geen urenbeperking geldt. De kantonrechter volgt werknemer hierin niet. Juist nu tussen partijen discussie bestaat over de vraag of in het kader van de wettelijke re-integratieverplichtingen van SDBV Facility Services verlangd kan worden werknemer voor meer uren in te zetten, had het op de weg van werknemer gelegen een deskundigenoordeel van het UWV in te winnen. Anders dan werknemer heeft gesteld, kan een dergelijk oordeel niet worden afgeleid uit de FML van de bedrijfsarts en het UWV. Daarin is slechts opgenomen dat werknemer in staat wordt geacht fulltime te werken mits rekening wordt gehouden met zijn fysieke beperkingen. Dat zegt echter niets over de vraag of werknemer ook duurzaam geschikt is om zijn huidige werk voor 36 uur te verrichten en of van SDBV Facility Services – in het licht van haar verweer

dat de afdeling is ‘volgeroosterd’ – op grond van artikel 7:658a BW gevegd kan worden hem daarin toe te laten. Juist deze aspecten zullen door het UWV betrokken moeten worden in een deskundigenoordeel zoals bedoeld in artikel 7:658b BW.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 08-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:2968

Zaaknummer: 7986540

Rechters: W. Aardenburg

Advocaten: A.M. Hilhorst en S. de Lange

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