

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

De band die werkneemster had met het overgedragen onderdeel van de onderneming was ten tijde van de overgang van onderneming zodanig verbroken dat er geen uitzicht meer was op terugkeer in haar oude functie van schoonmaakster.

Feiten

Werkneemster is sinds 4 november 2013 in dienst bij X in de functie van schoonmaakster. Zij is sinds 30 november 2015 arbeidsongeschikt. Zij is tot op heden arbeidsongeschikt. Voordat zij arbeidsongeschikt werd, werkte zij uitsluitend op het project A. Op enig moment na haar ziekmelding heeft werkneemster in het kader van haar re-integratie lichte kantoorwerkzaamheden verricht bij A. Met ingang van 1 januari 2017 is na een aanbestedingstraject het project A overgenomen door Y C.V. De arbeidsovereenkomsten met vrijwel alle werknemers die voorheen in dienst van X op het project werkzaam waren, zijn voortgezet door Y. Werkneemster ontvangt per 1 januari 2017 geen salaris meer. X stelt zich op het standpunt dat werkneemster vanaf 1 januari 2017 in dienst is van Y terwijl Y stelt dat werkneemster in dienst is gebleven bij X. In de onderhavige procedure vordert werkneemster in eerste aanleg een veroordeling van X om haar toe te laten tot het verrichten van aangepast werk, een veroordeling tot loondoorbetaling met wettelijke verhoging en rente, alsmede een correctie van de verlofuren. In het vonnis van 6 maart 2017 heeft de kantonrechter de vordering tot bijschrijving van verlofuren toegewezen en de overige vorderingen afgewezen.

Oordeel

De op 1 januari 2017 overgegangene activiteit van X betrof het ter beschikking stellen van een deel van haar werknemers aan het project A teneinde op locatie schoonmaakwerkzaamheden te verrichten. Het ging hier, aldus X, om in totaal 31 werknemers die allen de functie van schoonmaker hadden. Voorafgaande aan de ziekmelding van werkneemster, dus vóór 30 november 2015, maakte zij deel uit van deze groep schoonmakers. De vereiste band met het over te dragen onderdeel van de onderneming was toen in ieder geval aanwezig. Vervolgens ligt de vraag voor of werkneemster valt onder het begrip ‘een daar werkzame werknemer’ in de zin van artikel 7:663 BW, dus met andere woorden of de band die werkneemster had met het onderdeel van de onderneming, zijnde het werk voor het project A, ten tijde van de overgang van onderneming, dus op 1 januari 2017, zodanig verbroken was dat er geen uitzicht meer was op terugkeer in haar oude functie van schoonmaakster bij A. Dit is het geval geweest. Op het moment van overgang was werkneemster al ruim een jaar niet meer in staat geweest om haar

werk als schoonmaakster te verrichten, terwijl uit de bescheiden van de bedrijfsarts en de arbeidsdeskundige blijkt dat zij blijvende beperkingen had met als gevolg dat zij haar eigen werk niet kon verrichten en ook niet meer zou kunnen verrichten. De arbeidsdeskundige oordeelde dat het (schoonmaak)werk niet passend te maken was. Hij kwam uiteindelijk tot het advies aan X om spoor 2 te gaan volgen. X betoogt dat de band met het project A nooit verbroken is geweest nu werkneemster in het kader van de re-integratie alleen maar op dit project heeft gewerkt, en zelfs nog gedurende een langere periode, in ieder geval vanaf 19 oktober 2016 tot en met 9 december 2016. Dit betoog wordt verworpen. Tijdens het pleidooi hebben beide partijen een verklaring van de toenmalige leidinggevende, mevrouw C, aangehaald. C heeft bevestigd dat werkneemster het aanvankelijk aan haar opgedragen werk niet kon uitvoeren en dat het feitelijke werk bestond uit het af en toe doen van kopieerwerk, het afwassen van lege kopjes, het maken van puzzels en het kijken op haar mobiel en Facebook. Dit werk kan niet de conclusie rechtvaardigen dat er nog steeds een band bestond met het project die zodanig was dat werkneemster nog behoorde tot de groep van werknemers die deel uitmaakten van de economische eenheid die aan Y werd overgedragen. Dit werk was immers van administratieve aard, terwijl het overgedragen project schoonmaakwerk betrof. Dit waren dus geen werkzaamheden die deel uitmaakten van de overgedragen economische eenheid. Daarbij komt dat het ging om arbeidstherapeutisch werk, dus om tijdelijk werk zonder loonwaarde gebruikt om te beoordelen welke arbeidsmogelijkheden er nog resteerden. X betoogt voorts dat de oordelen van de bedrijfsarts en de arbeidsdeskundige zijn gebaseerd op momentopnames en dat deze dus geen basis kunnen vormen voor het oordeel of er, ten tijde van de overgang, sprake was van een duurzaam verbroken band met het project. Het hof verwierpt dit betoog. De beide deskundigen kunnen hun oordeel alleen maar geven op basis van de gezondheid van de werknemer op dat moment. Nu de bedrijfsarts in september 2016 (dus bijna één jaar na de ziekmelding) heeft aangegeven dat de beperkingen blijvend waren, is het reëel om daarvan ook ten tijde van de overgang van onderneming uit te gaan. Het is de arbeidsdeskundige die vervolgens op basis van de Functionele Mogelijkhedenlijst beoordeelt welke mogelijkheden er voor werkneemster nog resteerden. De gegeven oordelen en adviezen geven vervolgens een andere invulling aan de rechten en plichten van partijen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst. De gewijzigde rechten en plichten bestonden op het moment van overgang van onderneming nog steeds. De band van werkneemster met het overgedragen onderdeel van de onderneming was ten tijde van de overgang duurzaam verbroken, zodat zij niet heeft te gelden als een 'daar werkzame werknemer' in de zin van artikel 7:663 BW en zij dus in dienst is gebleven bij X. Inmiddels is er veel tijd verstreken sedert de laatste adviezen van de bedrijfsarts en de arbeidsdeskundige. Het hof ziet daarin reden om de vordering tot toelating tot de re-integratieactiviteiten conform de adviezen en wel binnen vijf dagen zoals primair door werkneemster geformuleerd, af te wijzen. Dit neemt niet weg dat X haar verplichtingen tot re-integratie dient na te komen. Het hof zal om deze reden de maatregel opleggen zoals subsidiair gevorderd en in het dictum geformuleerd. Er worden geen dwangsommen verbonden aan de veroordeling. Dat X vanaf 1 januari 2017 geen re-integratieverplichting meer jegens werkneemster is nagekomen, is gelegen in het feit dat zij meende geen werkgever meer van haar te zijn. Nu dit wel het geval is, is er geen reden om aan

te nemen dat X geen uitvoering zal geven aan de veroordelingen. Mocht dat wel het geval zijn, dan kan alsnog in rechte een dwangsomveroordeling worden gevorderd. De overige vorderingen van werknemster worden toegewezen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 07-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:4832

Zaaknummer: 200.213.676_01

Rechters: M. van Ham, J.M.H. Schoenmakers en A.W. Rutten

Advocaten: A. Simsek en E.P.W.A. Bink

Wetsartikelen: 7:663 BW