

**2020 - 02**  
**Uitspraak Geschillencommissie Werkgeversregeling**  
**Contractswisseling inzake:**  
**Schoonmaakbedrijf A – Schoonmaak B**

---

**1. De procedure**

- 1.1 Met een verzoekschrift van 9 april 2020 (met bijlagen, genummerd 1 - 8) heeft de gemachtigde van Schoonmaakbedrijf A, gevestigd te A (hierna: SMB A), verzocht een bindend advies uit te brengen in een geschil met Schoonmaak B, gevestigd te D (hierna: SMB B). Dat geschil betreft de vraag of SMB B als verwervend schoonmaakbedrijf verplicht is om aan werknemer Y een arbeidsovereenkomst aan te bieden met ingang van 1 januari 2020, op grond van artikel 38 van de Collectieve arbeidsovereenkomst in het schoonmaak- en glazenwassersbedrijf van 1 januari 2019 tot en met 30 juni 2021 (hierna: de CAO). Voorst heeft SMB A de commissie verzocht de vraag te beantwoorden of SMB B op grond van artikel 38 lid 9 cao schadelijktig is jegens SMB A – en zo ja, voor welke schade.
- 1.2 SMB B heeft bij e-mailbericht van 21 april 2020 meegedeeld het advies van de commissie alleen als bindend te aanvaarden als het verzoek van SMB A zodanig wordt aangepast dat er geen uitspraak wordt gedaan over de schadevergoedingseis zoals gevraagd in het verzoekschrift bij randnummer 19. Naar aanleiding van een e-mailbericht van de secretaris van de commissie heeft de gemachtigde van SMB A, mede namens SMB B, per e-mailbericht van 15 mei 2020 bericht dat *“Partij SMB A haar verzoek beperkt zoals dat is verwoord in het verzoekschrift tot hetgeen onder randnummer 18 is opgenomen en ziet af van het aan uw Geschillencommissie voorleggen van het verzoek als geformuleerd onder randnummer 19 van het verzoekschrift.”*
- 1.3 Met een verweerschrift van 26 mei 2020 (met bijlagen, genummerd A - E) heeft de gemachtigde van SMB B gereageerd op het verzoek van SMB A. Zij heeft zich daarbij in de kern op het standpunt gesteld dat de uitzondering op de aanbiedingsplicht die geldt voor een werknemer die langer dan 26 weken arbeidsongeschikt is, conform artikel 38 lid 2, 2e alinea, van de cao, (wel) opgaat ten aanzien van Werknemer Y. Hierdoor is SMB B niet verplicht (geweest) om Werknemer Y een arbeidsovereenkomst aan te bieden.
- 1.4 Nadat door de secretaris verzocht is om een nadere reactie, conform artikel 15 van het reglement, heeft de gemachtigde van SMB A op 30 juni 2020 (met bijlagen 9 - 10) gerepliceerd en de gemachtigde van SMB B gedupliceerd op 13 mei 2020 (met bijlage F). Door de secretaris is 17 juli 2020 nog een reactie aan SMB A gevraagd op bijlage F. Aangezien het een partijverklaring betreft van hetgeen al uitgebreid in de stukken aan de orde is geweest, heeft SMB A bij e-mailbericht van haar gemachtigde d.d. 20 juli 2020 meegedeeld niet meer te zullen reageren.

**2. De feiten**

- 2.1 Werknemer Y is sedert november 2010 werkzaam in de schoonmaakbranche. Tot en met oktober 2016 in loondienst bij SMB C en sedert november 2016 is Werknemer Y ten gevolge van contractswisseling in loondienst bij SMB A en werkt zij als schoonmaakster bij opdrachtgever IJ (hierna: de opdrachtgever). Voor deze opdrachtgever werkte Werknemer Y op twee basisscholen te weten basisschool ‘K’ te D en basisschool ‘W’ te D. Werknemer Y is op 11 december 2018 arbeidsongeschikt geraakt.

- 2.2 Een bericht van de bedrijfsarts van 22-11-2019 betreffende Werknemer Y van 22-11-2019 houdt het volgende in:

*'Vandaag sprak ik werknemer telefonisch, ik zal een FML vandaag opstellen en zie werknemer graag weer op mijn spreekuur eind januari 2020.*

*Het is aan werkgever om te bezien of er binnen de gestelde beperkingen mogelijkheden voor aangepast werk voor werknemer zijn.*

*Zijn deze er niet dan is spoor twee aan de orde.'*

- 2.3 In een brief van SMB A aan Werknemer Y van 27 november 2019 staat het volgende:

*'Betreft: Herstelmelding na ziekte*

*(...)*

*Met deze brief bevestigen wij elkaar de herstelmelding van 25 november 2019 jl.*

*Je hebt afgelopen vrijdag 22 november 2019 met de bedrijfsarts gesproken en deze heeft samen met jou een zgn. FML lijst bepaald.*

*Deze 'Functie Mogelijkheden Lijst' behelst werkzaamheden die je kunt uitvoeren, rekening houdend met een aantal bewegingen, handelingen e.d. die vermeden moeten worden.*

*De bedrijfsarts (...) heeft samen met jou besproken dat je voor het volledig aantal uren per week inzetbaar bent, zolang maar met jouw beperkende factoren wordt rekening gehouden. Je hebt aangegeven dat je hiermee ingestemd, zo hebben wij bevestigd gekregen van de bedrijfsarts.*

*Wij hebben het bestaande werkprogramma op onderdelen reeds aangepast met de FML lijst als leidraad. Daarmee kun je alle uren van jouw arbeidsovereenkomst vervolgens werkzaam zijn.*

*Ter bevestiging ondertekenen wij samen, dat het bovenstaande mb.t. jouw herstel melding correct is.'*

De brief is ondertekend door Werknemer Y en door een medewerker van SMB A.

- 2.4 Werknemer Y heeft hierna tot einde 2019 niet gewerkt op basis van vakantieverlof.
- 2.5 Per 1 januari 2020 heeft een contractswisseling plaatsgevonden waarbij de SMB B het desbetreffende object verworven heeft.

### **3. De bevoegdheid**

De bevoegdheid van de Commissie om bindend te adviseren is na het bericht van 15 mei 2020, zoals aangehaald onder 1.2, tussen partijen niet (meer) in geschil. Van niet-ontvankelijkheid van (een van) partijen is niet gebleken.

#### 4. De beoordeling

- 4.1 Het gaat in deze zaak om een werknemster – Werknemer Y – die vanaf december 2018 ruim 11 maanden achtereen niet gewerkt heeft wegens arbeidsongeschiktheid en dan ca. 5 weken voor een contractswisseling per 1 januari 2020 beter gemeld wordt, althans – naar stellingen van haar werkgever – met ‘nieuw bedongen arbeid’ weer aan het werk zou moeten hebben kunnen gaan. De stelling van haar werkgever (SMB A) is dan ook dat Werknemer Y op het moment van contractswisseling arbeidsgeschikt is en derhalve een aanbod moet krijgen van de partij die het contract overneemt (SMB B). SMB B betwist dat er in dit geval een verplichting bestaat om Werknemer Y een aanbod te doen, omdat niet gebleken is dat Werknemer Y volledig hersteld is noch dat er sprake is van nieuw bedongen arbeid – waardoor Werknemer Y (weer) als arbeidsgeschikt beschouwd zou moeten worden.
- 4.2 De Commissie overweegt dat het niet op voorhand ondenkbaar is dat een medewerker na een langdurig ziekteverzuim een maand voordat er sprake is van een overname weer volledig arbeidsgeschikt is geworden. In beginsel dient een dergelijke medewerker bij contractsovername in zo’n geval ‘gewoon’ een aanbod te krijgen van de overnemende partij, als zij althans langer dan 1,5 jaar werkzaam is op het project en er geen andere uitzonderingen zijn op de krachtens artikel 38 van de cao bestaande aanbiedingsverplichting. De in deze zaak relevante uitzonderingsbepaling uit artikel 38 lid 2 houdt in dat er geen aanbiedingsverplichting bestaat indien er sprake is van arbeidsongeschiktheid langer dan 26 weken. Tussen partijen is niet in geschil dat Werknemer Y gedurende lange tijd arbeidsongeschikt geweest is (ruim een jaar) en aanvaardbaar is in november 2019 ook te kennen gegeven door SMB A aan SMB B dat Werknemer Y ziek was en niet in aanmerking kwam voor een aanbod door SMB B.
- 4.3 De Commissie overweegt dat in zijn algemeenheid wordt aangenomen dat wanneer een werkgever en werknemer een ander takenpakket afspreken, waardoor de werknemer de werkzaamheden die zij wegens beperkingen niet meer kan uitvoeren ook niet meer hoeft uit te voeren, sprake kan zijn van nieuw bedongen arbeid. De werknemer moet daar wel mee instemmen op ondubbelzinnige wijze. Naar aanleiding van het voorgaande ziet de Commissie zich voor de vraag gesteld of de stelling van SMB A dat er sprake is van nieuw bedongen arbeid – waarvoor Werknemer Y arbeidsgeschikt is – voldoende geadstrueerd wordt door de stukken waar SMB A een beroep op heeft gedaan om aan te tonen dat er inderdaad sprake was van nieuw bedongen arbeid (waarvoor Werknemer Y dan arbeidsgeschikt zou zijn). Met andere woorden: blijkt uit de stukken die SMB A naar voren gebracht heeft dat er sprake is van een arbeidsgeschikte werknemer? De Commissie overweegt dat dit alleen het geval zal zijn als in objectieve zin duidelijk is wat de nieuwe bedongen arbeid inhoudt, zodat het de overnemende partij ook duidelijk is wat de over te nemen overeenkomst inhoudt. In het licht van de voorgeschiedenis (ruim een jaar ziekte), is duidelijkheid hieromtrent des te meer vereist.
- 4.4 Uit de stellingen van SMB A blijkt dat het haar nadrukkelijk om ‘nieuw bedongen arbeid’ te doen is, en niet om ‘aangepaste (bestaande) arbeid’. Uit de jurisprudentie waar partijen naar verwezen hebben volgt in ieder geval dat aangenomen kan worden dat er sprake is van nieuw bedongen arbeid indien er sprake is van ofwel een nieuwe arbeidsovereenkomst, ofwel een bestendig gebruik op basis waarvan de werknemer mag aannemen dat er stilzwijgend een nieuwe arbeidsovereenkomst is ontstaan zodanig dat de aangepaste werkzaamheden moeten gelden als de bedongen arbeid. Van het laatste is in dit geval onmiskenbaar geen sprake. Werknemer Y heeft immers in het geheel niet meer gewerkt tot de datum van

contractswisseling, omdat zij na de herstelmelding van 25 november 2019 vakantieverlof heeft genomen (naar zeggen van SMB A heeft zij op eigen verzoek vakantie genomen vanaf het moment van betermelding). De vraag die overblijft is of er aangenomen moet worden dat er sprake is van een aangepaste arbeidsovereenkomst (of nieuw bedongen arbeid).

- 4.5 Naar het oordeel van de Commissie wordt de stelling van SMB A dat er sprake zou zijn van nieuw bedongen arbeid niet ondersteund door de door SMB A naar voren gebrachte stukken. De Commissie overweegt daartoe het volgende. Het eerste stuk waar SMB A een beroep op doet betreft de brief van de bedrijfsarts van 22 november 2019 (hiervoor aangehaald onder 2.2). Uit deze brief blijkt naar het oordeel van de Commissie geenszins dat er in de visie van de bedrijfsarts op dit moment sprake is van een situatie waar 'nieuw bedongen arbeid' aan de orde is. Expliciete bewoordingen in die richting ontbreken terwijl de gebruikte terminologie juist direct en indirect doet denken aan 'aangepast werk' – waarbij in het laatste geval juist geen sprake is van herstel in de oude gezondheidssituatie met bijbehorende arbeidsgeschiedheid. Ten eerste vermeldt de bedrijfsarts slechts een FML op te zullen stellen en dan de werknemer weer op het spreekuur in januari te zullen verwachten – hetgeen niet past bij een herstelsituatie. Daarna wordt expliciet verwoord dat het aan de werkgever is om te bezien of er binnen de gestelde beperkingen mogelijkheden voor 'aangepast werk' zijn. Vervolgens wordt vermeld dat anders 'spoor twee' aan de orde is. Het laatste biedt wel ruimte voor de gedachte dat de bedrijfsarts slechts een mogelijke aanpassing van het werk in het kader van het zogenaamde 'eerste spoor' voor ogen stond maar niet een (herstel)situatie gepaard gaand met ander werk, althans een ander (definitief) vastgesteld takenpakket.
- 4.6 Het tweede document waar SMB A een beroep op heeft gedaan betreft de brief van SMB A aan Werknemer Y van 27 november 2019 (hiervoor aangehaald onder 2.3). SMB A heeft deze brief in het verzoekschrift aangeduid als 'addendum' op de tussen haar en Werknemer Y bestaande arbeidsovereenkomst. De inhoud van dit addendum zou dan, zo begrijpt de Commissie, moeten leiden tot de conclusie dat er sprake is van een (wezenlijk) nieuwe arbeidsovereenkomst tussen SMB A en Werknemer Y vanaf die datum. De Commissie kan deze conclusie niet volgen om verschillende redenen. In de eerste plaats is in dit document (wederom) geen expliciete aanduiding te vinden die wijst op een addendum op de bestaande arbeidsovereenkomst. De wel gebruikte bewoordingen passen, net als dat bij de brief van de bedrijfsarts het geval is, eerder bij 'aangepast werk' dan bij 'nieuw bedongen arbeid'. Zo wordt er verwezen naar hetgeen besproken is met de bedrijfsarts waarbij vermeld wordt *'dat je voor het volledig aantal uren per week inzetbaar bent, zolang maar met jouw beperkende factoren wordt rekening gehouden'*. Verder wordt nog vermeld dat *'het bestaande werkprogramma op onderdelen' is 'aangepast met de FML lijst als leidraad.'*
- 4.7 Daar komt bij dat de brief meer vragen oproept dan deze beantwoordt. Zo is onduidelijk hoe de herstelmelding heeft plaatsgevonden (de brief is van 27 november en – zo neemt de Commissie aan – ook op die datum ondertekend, terwijl volgens de tekst van de brief een herstelmelding reeds op 25 november heeft plaatsgevonden). Daarnaast wordt er geschreven dat de FML 'behelst werkzaamheden die je kunt uitvoeren'. Dit terwijl een FML gewoonlijk geen werkzaamheden beschrijft; daartoe zou er normaal gesproken eerst door een arbeidsdeskundige een vertaalslag gemaakt moeten worden van (on)mogelijkheden naar werkzaamheden, toegesneden op het door de werknemer concreet te verrichten werk. Bij de door SMB A overlegde FML is dat niet anders en uit de stukken blijkt overigens niet dat er een arbeidsdeskundige ingeschakeld is. Voorts blijkt uit de overgelegde werkprogramma's evenmin hoe een en ander is

aangepast aan de FML. Uit deze 'Aangepaste' werkprogramma's valt alleen op te maken dat er bovenin naast de titel 'Aangepast Werkprogramma' een vermelding is opgenomen '(conform FML lijst)'. Op welke wijze de FML-lijst effect gehad heeft op deze 'aangepaste werkprogramma's' is niet duidelijk. Dat roept specifieke vragen op zoals: 'Welke werkzaamheden mag Werknemer Y specifiek niet doen? Welke wijzigingen zijn er nu precies geweest? Wat is nu de nieuw bedongen arbeid (in het licht van die wijzigingen)?' Dit is allemaal niet duidelijk.

- 4.8 Dit alles roept uiteindelijk ook de vraag op wat Werknemer Y 'ter bevestiging' ondertekend heeft. Naar de tekst van de brief te oordelen heeft zij (op zijn best) ingestemd met een (tijdelijk?) aangepast werkprogramma. De stelling dat zij zou ingestemd hebben met nieuw bedongen arbeid wordt in ieder geval niet ondersteund door de tekst van deze brief. Het laatste geldt overigens ook voor de bij reплик overgelegde afschrift van dezelfde brief met daarop de latere handtekening van de bewindvoerder. Onmiskenbaar blijkt uit hetgeen er door hem bijgeschreven is, namelijk '(...), januari 2020 Gezien (...), bewindvoerder', dat hij niet voor meer getekend heeft dan voor gezien. Ook is niet duidelijk welke vragen er aan hem gesteld zijn zodat ook verder überhaupt geen gevolgtrekkingen aan deze ondertekening verbonden kunnen worden. In ieder geval niet de, mede in het licht van het voorgaande, verstrekkende conclusie dat de bewindvoerder ingestemd zou hebben met de lezing dat er sprake zou zijn van nieuw bedongen arbeid. Voor zover al van een dergelijke instemming sprake zou zijn, is overigens nog de vraag of die instemming gezien de taak van de bewindvoerder relevant is. Die vraag hoeft gezien het vorenstaande echter geen beantwoording.
- 4.9 Bij het voorgaande komt nog dat uit een overgelegde loonstrook (periode 3, 2020), blijkt dat Werknemer Y in 2020 (opnieuw) ziek was. SMB A heeft hieromtrent aangevoerd dat er sprake is van een nieuwe ziekmelding gelegen na 1 januari 2020 met een andere oorzaak, zijnde daarmee niet relevant voor het oordeel in deze zaak. Ook in dit verband merkt de Commissie op dat het mogelijk is dat iemand lange tijd ziek is, daarna gedurende een periode van ten minste vier weken weer beter is en daarna weer ziek wordt (met hetzelfde ziektebeeld of iets geheel anders). In beginsel is dan de ziekte termijn doorbroken en begint de 26-weeken termijn uit de cao opnieuw te lopen. Maar omdat in dit geval op grond van het voorgaande onduidelijk is hoe het nu precies zit met de betermelding/nieuwe arbeid van Werknemer Y roept het feit dat zij na 1 januari 2020 weer ziek is (geworden), alleen maar nog meer vragen op.
- 4.10 De Commissie is van oordeel dat het voor een partij die mogelijk een aanbod moet doen duidelijk moet zijn wat dat aanbod in moet houden. Dat betreft dus niet alleen de personalia van een desbetreffende medewerker maar ook de functie/werkzaamheden die de persoon uitoefent en de eventuele beperkingen die daarbij aan de orde zijn (normaal gesproken omschreven in een duidelijk als zodanig herkenbare functiebeschrijving). Dat is te meer het geval indien er nog kort voor de overname sprake is geweest van een langdurig ziekteverzuim en de arbeid is gewijzigd met het doel de werknemer hersteld te kunnen melden. Op grond van het voorgaande is de Commissie van oordeel dat het aan de vereiste duidelijkheid hieromtrent in dit geval ontbreekt en dat daarom niet gezegd kan worden dat SMB B verplicht is om aan Werknemer Y een aanbod te doen. SMB B mocht aannemen dat er sprake was van een arbeidsongeschikte werknemer waarvoor de uitzondering van toepassing was uit artikel 38 lid 2 van de cao, namelijk dat de aanbiedingsplicht niet geldt voor een medewerker die langer dan 26 weken arbeidsongeschikt is. Op grond hiervan zal de Commissie adviseren dat SMB B niet verplicht is om Werknemer Y een aanbod te doen.

## **5. De uitspraak**

De Commissie, bij wege van bindend advies, spreekt uit dat er op grond van artikel 38 lid 2 van de cao geen aanbiedingsverplichting bestaat van SMB B aan Werknemer Y per datum contractswisseling (1 januari 2020).

Aldus gewezen door de Geschillencommissie Werkgeversregeling Contractswisseling, in de samenstelling van mr. J.A.I. Wendt (voorzitter), mr. R.M.M. Haerkens en mr. R.M. Kerkhof, bijgestaan door mr. Ph.H.C.M. Dautzenberg, secretaris, te 's-Hertogenbosch, 21 september 2020.

mr. J.A.I. Wendt