

Zoekterm: JAR 2020 123

Er is gezocht met juridische thesaurus op: JAR 2020 123

Er is gezocht op: *publicatie JAR 2020/123*

Gebruikte voorspecificaties:

Inclusief woordvariaties en synoniemen

Over dit document:

Informatiesoort: Jurisprudentie

Subtype: Tijdschriften

Datum uitspraak: 2020-04-07

Nummer: JAR 2020/123

Uitgavenummer: JAR 2020/7

Zaaknummer: nr. 200.266.671/01

Toegevoegd: 2020-05-14

JAR 2020/123, Gerechtshof Den Haag 07-04-2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:561, nr. 200...

Wetsbepaling(en):

[BW BOEK 7 artikel 610B](#), [BW BOEK 7 artikel 611](#), [BW BOEK 7 artikel 673](#), [BW BOEK 7 artikel 682](#), [BW BOEK 7 artikel 683](#), [BW BOEK 7 artikel 4](#)

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:GHDHA:2020:561](#), [AR-Updates.nl 2020-0413](#)

JAR 2020/123, Gerechtshof Den Haag, 07-04-2020,
ECLI:NL:GHDHA:2020:561, nr. 200.266.671/01 (annotatie)

[Open dit document in PDF formaat](#)

Inhoudsindicatie

Herstel arbeidsovereenkomst, Uitwisselbare functies, Treffen voorzieningen,
Rechtsvermoeden arbeidsomvang

Ga direct naar

[Samenvatting](#)
[Uitspraak](#)
[Beslissing/besluit](#)
[Noot](#)

Gegevens

Instantie	Gerechtshof Den Haag
-----------	----------------------

Datum uitspraak	07-04-2020
Publicatie	JAR 2020/123 (Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht), aflevering 7, 2020
Annotator	Verlinden, S.C.
ECLI	ECLI:NL:GHDHA:2020:561
Zaaknummer	nr. 200.266.671/01
Rechtsgebied	Arbeidsrecht
Overige publicaties	ECLI:NL:GHDHA:2020:561 AR-Updates.nl 2020-0413
Rechter(s)	mr. Thiessen mr. Frikkee mr. Barentsen
Partijen	De werknemer te (...), appellant in principaal beroep, geïntimeerde in incidenteel beroep. advocaat: mr. E. van Es te Hilversum, tegen Koninklijke PostNL BV te Den Haag, geïntimeerde in principaal beroep, appellante in incidenteel beroep, advocaat: mr. B. Filippo te Rotterdam.
Regelgeving	BW art. 7:610b BW art. 7:611 BW art. 7:673 BW art. 7:682 lid 6 BW art. 7:683 lid 3 en 4

Samenvatting

De werknemer is op 1 juni 1997 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) PostNL en was laatstelijk werkzaam als Teamleider Sorteren voor 20 uur per week. De functie van de werknemer is vanwege een reorganisatie gesplitst in twee nieuwe functies, waaronder die van Teamcoach Sorteren. PostNL heeft een Sociaal Plan opgesteld met de vakbonden. Omdat de werknemer niet een beëindigingsovereenkomst wenste te sluiten, is conform het Sociaal Plan begonnen aan een herplaatsingstraject. Daarin solliciteerde de werknemer op een vacante functie voor Teamcoach Sorteren (32 uur p/w), maar werd daarvoor niet geschikt bevonden. Met toestemming van het UWV is de arbeidsovereenkomst opgezegd onder toekenning van de vergoeding uit het Sociaal Plan ter hoogte van € 14.900,42 bruto. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst hersteld per 1 juli 2019, nu in een vergelijkbare zaak tussen PostNL en een andere werknemer Hof Amsterdam oordeelde dat de functies Teamcoach Sorteren en Teamleider Sorteren uitwisselbaar zijn. PostNL heeft

hierna aangegeven bereid te zijn de arbeidsovereenkomst te herstellen, de ontvangen WW-uitkering van de werknemer aan te vullen tot 100% van het laatstverdiende loon en de gemiste pensioenopbouw te vergoeden.

De werknemer gaat in hoger beroep en verzoekt herstel met terugwerkende kracht per 1 februari 2019 met een aanpassing van de arbeidsomvang naar 32 uur of 29 uur per week. Het hof wijst de vordering tot herstel per 1 februari 2019 af vanwege onvoldoende belang. De werknemer ondervindt namelijk geen nadeel van de periode van onderbreking van de arbeidsovereenkomst. Hij is in voldoende mate gecompenseerd door PostNL. Verder wijst het hof het verzoek om vermeerdering van de uren af. Ondanks dat de functie van Teamcoach Sorteren beschikbaar was voor meer uren, bestond voor PostNL enkel de plicht om de werknemer te herplaatsen voor de overeengekomen arbeidsomvang. Het hof oordeelt wel dat de kantonrechter de rechtsregel uit art. 7:610b BW te beperkt heeft uitgelegd. Het bepaalt alsnog een representatieve referteperiode en daarmee dat de werknemer moet worden toegelaten tot de functie Teamcoach Sorteren met een arbeidsomvang van 24,5 uur per week.

NB. In «JAR» 2019/57, m.nt. Hogewind-Wolters heeft de Hoge Raad overwogen dat de rechter, als hij de arbeidsovereenkomst herstelt, kan bepalen dat de transitievergoeding moet worden terugbetaald. Of hiervoor aanleiding is, hangt af van de andere voorzieningen die worden getroffen, waaronder – zoals hier – compensatie voor de periode van onderbreking van de arbeidsovereenkomst. Nu een werknemer zich in beginsel op elk moment op art. 7:610b BW kan beroepen, kan dit ook als onderdeel van een verzoek tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Het gaat daarbij immers om voortzetting van de eigen functie.

Uitspraak

1. Het geding in hoger beroep

(...)

2. Feiten

De kantonrechter heeft in de bestreden beschikking onder 2 (2.1 t/m 2.14) een aantal feiten vermeld. Deze feiten zijn niet in geschil en dienen daarom ook in hoger beroep tot uitgangspunt.

Het gaat in deze zaak om het volgende.

De werknemer, geboren op (...) 1976, is op 1 juni 1997 bij (de rechtsvoorganger van) PostNL in dienst getreden en was vóór het aanhangig maken van dit geding laatstelijk werkzaam in de functie Teamleider Sorteren op het Sorteercentrum in (...). Zijn salaris bedroeg € 1.528,18 bruto per maand voor een dienstverband van 20 uur per week, exclusief emolumenten. Op de arbeidsovereenkomst is de cao PostNL van toepassing.

Als gevolg van werkvermindering en organisatorische wijzigingen was PostNL genoodzaakt in 2016 haar bedrijfstak Collectie & Sorteren in fases te reorganiseren. De functie van Teamleider Sorteren van verschillende sorteercentra zou vervallen en twee nieuwe functies (Teamcoach Sorteren en Proces Expert) zouden worden geïntroduceerd. PostNL heeft met de vakbonden een Sociaal Plan opgesteld.

Op 11 oktober 2016 is de werknemer ervan op de hoogte gebracht dat PostNL voornemens was de functie Teamleider Sorteren te laten vervallen. Per 5 oktober 2017 is de functie Teamcoach Sorteren vacant gesteld. De werknemer heeft niet op deze functie gesolliciteerd.

Bij brief van 4 januari 2018 is de werknemer geïnformeerd dat hij per 26 februari 2018 formeel overcompleet zou zijn. Omdat de werknemer niet de keuze had gemaakt op de voet van artikel 3.6 van het Sociaal Plan een beëindigingsovereenkomst te sluiten, is hij begin 2018 automatisch in de nadere begeleiding door PostNL Mobility (fase E in het Sociaal Plan) terecht gekomen.

Op 1 april 2018 heeft de werknemer op de functie Teamcoach Sorteren gesolliciteerd. Hij is niet geschikt bevonden voor deze functie.

PostNL heeft op 2 mei 2018 het UWV toestemming gevraagd om de arbeidsovereenkomst met de werknemer op te zeggen om bedrijfseconomische redenen (fase F in het Sociaal Plan). Het UWV heeft op 28 juni 2018 een ontslagvergunning verleend aan PostNL.

PostNL heeft de arbeidsovereenkomst met de werknemer opgezegd tegen 1 februari 2019 onder betaling van de in het Sociaal Plan voorziene vergoeding ten bedrage van € 14.900,42 bruto.

3. Beoordeling

3.1. In de bestreden beschikking heeft de kantonrechter PostNL veroordeeld om:

- de arbeidsovereenkomst met de werknemer te herstellen met ingang van 1 juli 2019 en de werknemer ook per die datum toe te laten tot de functie Teamcoach Sorteren met een arbeidsomvang van 20 uur per week, tegen een salaris van € 1.528,18 bruto per maand;
- binnen veertien dagen na betekening van de beschikking de door de werknemer sinds 1 februari 2019 tot 1 juli 2019 ontvangen WW-uitkering tot 100% van het laatstverdiende loon te suppleren;
- binnen veertien dagen na betekening van de beschikking aan de werknemer een vergoeding te betalen ter dekking van zijn gemiste pensioenafdracht over de periode 1 februari 2019 tot 1 juli 2019,

met veroordeling van PostNL in de proceskosten en met afwijzing van het meer of anders verzochte.

3.2. Hetgeen de kantonrechter daartoe heeft overwogen, kan als volgt worden samengevat. PostNL heeft zich na de uitspraak van het hof Amsterdam van 16 oktober 2018 ([ECLI:NL:GHAMS:2018:3793](#)) – in welke uitspraak ten aanzien van een andere werknemer is geoordeeld dat de functie van Teamcoach Sorteren uitwisselbaar is met de functie van Teamleider Sorteren – bereid verklaard over te gaan tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Voor herstel met terugwerkende kracht is geen aanleiding. PostNL is immers bereid de WW-uitkering van de werknemer tot 100% van het laatstverdiende loon te suppleren en de werknemer een vergoeding ter dekking van de gemiste pensioenafdracht te betalen. De werknemer zal de functie van Teamcoach Sorteren gaan bekleden voor eveneens 20 uur per week. Dat de werknemer overwerk verrichtte, brengt geen wijziging in de omvang van de overeengekomen arbeidsduur. Artikel 7:610b BW betreft het rechtsvermoeden van de omvang van de arbeid en daaraan gekoppeld de loonbetalingsplicht en heeft geen betrekking op de omvang van de arbeidsovereenkomst. Het gegeven dat de vacante functie Teamcoach Sorteren waarop de werknemer op 1 april 2018 heeft gesolliciteerd een arbeidsomvang had van 32 uur per week rechtvaardigt niet de conclusie dat het dienstverband van de werknemer van 20 uur zou moeten worden verhoogd naar 32 uur per week. De wettelijke transitievergoeding waarop de werknemer recht zou hebben gehad gezien zijn arbeidsduur en inkomen bedroeg € 24.041,13 bruto. De werknemer heeft op grond van het Sociaal Plan een bedrag van € 14.900,42 bruto ontvangen. In het Sociaal Plan is bepaald dat de werknemer die overcompleet is verklaard en niet de keuze heeft gemaakt in te stemmen met een beëindiging van de arbeidsovereenkomst, wordt vrijgesteld van werk met doorbetaling van loon en wordt begeleid naar ander werk. De loonkosten

gedurende deze periode worden op grond van deze regeling in mindering gebracht op de transitievergoeding. De werknemer heeft echter geen profijt gehad van het vrijgesteld zijn van werk en de mogelijkheid van begeleiding nu hij ten onrechte en tegen zijn wil vanaf 26 februari 2018 op non actief is gesteld. Dit leidt ertoe dat niet gesproken kan worden van een gelijkwaardige voorziening in de zin van artikel 7:673b BW, zodat de werknemer bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst recht had op de volledige transitievergoeding van € 24.041,13 bruto. Vervolgens is de vraag of de transitievergoeding verschuldigd is of blijft na herstel van de arbeidsovereenkomst. Tot veroordeling van een aanvullende betaling op het reeds uitgekeerde bedrag bestaat onvoldoende aanleiding nu PostNL reeds wordt veroordeeld tot een suppletie van de ontvangen WW-uitkering tot 100% van het loon en aanvulling van de gemiste pensioenafdrachten. Evenmin bestaat grond voor een veroordeling het bedrag van € 14.900,42 aan PostNL terug te betalen. Vanwege de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft de werknemer niet extra kunnen werken en daardoor ook geen extra uren uitbetaald gekregen. De werknemer heeft die aanvulling dus nodig gehad.

3.3. Het petitum van de werknemer aan het slot van het beroepschrift luidt (na intrekking tijdens de mondelinge behandeling van het subsidiaire verzoek) als volgt:

Dat uw gerechtshof moge behage bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad, de beschikking van de kantonrechter te vernietigen, met dien verstande dat ten aanzien van het in de beschikking opgelegde herstel van de arbeidsovereenkomst per 1 juli 2019 dient te worden gewijzigd in herstel van de arbeidsovereenkomst per 1 februari 2019 en dat de werknemer vanaf 1 februari 2018 respectievelijk 1 februari 2019 zijn arbeidsovereenkomst 32 uur respectievelijk 29 uur per week bedraagt. Onder veroordeling van PostNL in de gehele proceskosten in de procedure in eerste aanleg en hoger beroep, en de beschikking (...) zo nodig voor het overige met verbetering van gronden, te bekrachtigen.

Nevenverzoek:

De werknemer uw gerechtshof verzoekt PostNL te veroordelen tot betaling binnen 7 dagen na beschikking:

Primair: PostNL te veroordelen een bedrag van € 18.071,64, te vermeerderen met vakantiegeld, vakantiedagen, 13e maand, toeslagen, emolumenten en winstuitkering, de wettelijke verhoging van 50% ex artikel 7:625 BW en de wettelijke rente.

Subsidiar: PostNL te veroordelen een bedrag van € 13.553,75, te vermeerderen met vakantiegeld, vakantiedagen, 13e maand, toeslagen, emolumenten en winstuitkering, de wettelijke verhoging van 50% ex. Artikel 7:625 BW en de wettelijke rente.

3.4. In grief I in principaal beroep keert de werknemer zich tegen de beslissing van de kantonrechter PostNL te veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 juli 2019 en niet, met terugwerkende kracht, tot herstel met ingang van 1 februari 2019.

3.5. In de onderhavige zaak heeft de kantonrechter met toepassing van artikel 7:682 lid 6 BW als datum voor het herstel van de arbeidsovereenkomst 1 juli 2019 bepaald en voorzieningen getroffen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst (kort gezegd suppletie van de ontvangen WW-uitkering tot 100% van het laatstverdiende loon en betaling van een vergoeding ter dekking van de gemiste pensioenafdracht). Het belang bij een andersluidende beslissing op dit punt, herstel met terugwerkende kracht tot 1 februari 2019, heeft de werknemer toegelicht door erop te wijzen dat hij aanspraak heeft moeten maken op een WW-uitkering gedurende vijf maanden en als gevolg daarvan bij eventuele toekomstige werkloosheid recht heeft op een WW-uitkering gedurende een kortere periode dan anders het geval zou zijn geweest. Bij verweerschrift in hoger beroep heeft PostNL aan de hand van de WW-regelgeving uiteengezet dat het door de werknemer geschetste nadeel zich inmiddels niet meer zal kunnen verwezenlijken en de onderbreking van het dienstverband daarom geen gevolgen

meer zal kunnen hebben voor de duur en hoogte van eventuele toekomstige aanspraken van de werknemer op een WW-uitkering. Bij de mondelinge behandeling is namens de werknemer bevestigd dat het betoog van PostNL op dit punt juist is (in het verlengde hiervan is het subsidiaire verzoek ingetrokken). Door PostNL is ter zitting bovendien toegezegd dat de onderbreking van het dienstverband ook overigens geen nadelige consequenties zal hebben voor de rechtspositie van de werknemer bij PostNL (bijvoorbeeld voor diens anciënniteit). Dit betekent dat de werknemer geen nadeel zal ondervinden van de periode van onderbreking van de arbeidsovereenkomst. Onder deze omstandigheden acht ook het hof de beslissing tot herstel van de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 juli 2019 juist, omdat de werknemer geen belang heeft bij herstel per een eerdere datum. Hierbij houdt het hof er ook rekening mee dat het alsnog herstellen van de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 februari 2019 tot onnodige complicaties zou leiden met betrekking tot de (terugvordering/terugbetaling van de) inmiddels door de werknemer ontvangen WW-uitkering (in welk verband PostNL heeft opgemerkt dat zij eigenrisicodragers voor de WW is). Voor zover de werknemer klaagt over het oordeel van de kantonrechter over de omvang van de herstelde arbeidsovereenkomst (20 uur), komt het hof daarop terug bij de bespreking van grief II. Grief I faalt.

3.6. In grief II bestrijdt de werknemer het oordeel van de kantonrechter omtrent de omvang van het dienstverband.

3.7. Het primaire standpunt van de werknemer is kort gezegd dat in 2018 de functie Teamcoach Sorteren vacant was voor 32 uur per week en dat deze functie hem dan ook voor deze omvang had moeten worden aangeboden. Ook het hof volgt de werknemer niet in dit standpunt. Voor PostNL bestond geen gehoudenheid de werknemer te herplaatsen in deze functie voor een groter aantal uren dan de omvang van de arbeid in zijn functie van Teamleider Sorteren. Ook uit de eisen van artikel 7:611 BW vloeit zo'n verplichting niet voort. In zoverre faalt ook grief II.

3.8. Subsidiair stelt de werknemer zich op het standpunt dat hij voor 29 uur per week had moeten worden herplaatst in de functie van Teamcoach Sorteren en dat de arbeidsovereenkomst ook voor dat aantal uren had moeten worden hersteld. De werknemer klaagt terecht dat de kantonrechter een te beperkte toepassing heeft gegeven aan artikel 7:610b BW. Deze bepaling is ook van toepassing in situaties waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur, zoals bij de werknemer ook het geval was. Voorts is het hof van oordeel dat in een geval als het onderhavige, waarin de werknemer na een reorganisatie ten onrechte niet is geplaatst in een uitwisselbare functie, aan de werknemer voor de omvang van de herplaatsingsverplichting ook een beroep op artikel 7:610b BW toekomt. Het betoog van de werknemer dat erop neerkomt dat het schriftelijk vastgelegde aantal van 20 contracturen per week de omvang van de bedongen arbeid niet goed meer weergeeft omdat deze arbeidsduur structureel werd overschreden, is daarom ter zake dienend.

3.9. PostNL heeft in dit verband bij verweerschrift in hoger beroep onder 2.3 een overzicht gegeven van de door de werknemer gewerkte "meeruren" in de periode van januari 2013 tot februari 2018. Daaruit resulteert over de jaren 2013 t/m 2017 een gemiddelde van respectievelijk 0,4375, 1,31, 6,9, 5,4 en 8,59 uur per week. De werknemer baseert het door hem gestelde aantal van 29 uur per week op het laatstgenoemde gemiddelde van 8,59 over 2017. PostNL heeft uiteengezet dat delen van 2016 en vrijwel geheel 2017 niet representatief zijn vanwege bijzondere omstandigheden (hoog ziekteverzuim, verschuiving van werkzaamheden van Den Haag naar (...), onderbezetting). Het hof acht het redelijk om 2017 buiten beschouwing te laten, aangezien de omvang van de overuren in dat jaar fors afwijkt van die in de daaraan voorafgaande jaren en de werknemer de in dit verband door PostNL gestelde bijzondere omstandigheden niet heeft weersproken. Daar staat tegenover dat het redelijk is ook 2013, dat ten opzichte van de andere jaren eveneens zeer afwijkend is, buiten beschouwing te laten. Op basis van de cijfers over de jaren 2014 t/m 2016 resulteert een gemiddeld aantal meeruren van (afgerond) 4,5 per week. Het hof merkt ten overvloede op dat hetzelfde gemiddelde zou gelden indien de jaren 2013 t/m 2017 wel in

de berekening van het gemiddeld aantal meeruren zouden worden betrokken. Het hof zal daarom op de voet van artikel 7:610b BW als vaststaand aannemen dat de omvang van de bedongen arbeid 24,5 uur per week bedroeg en dat de werknemer voor dit aantal had moeten worden herplaatst in de functie van Teamcoach Sorteren. Bij de veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst dient dan ook alsnog een arbeidsomvang van 24,5 uur (en niet 20) per week tot uitgangspunt te worden genomen. Het hof tekent bij het voorgaande aan dat PostNL er met haar beroep op de eerder genoemde bijzondere omstandigheden én de piekbelasting rondom de feestdagen niet in is geslaagd het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW te weerleggen. Zoals hiervoor overwogen, is immers gedurende meerdere jaren substantieel en ook buiten de feestdagen om veel meer gewerkt dan aanvankelijk overeengekomen was. In zoverre slaagt grief II.

3.10. Het hiervoor overwogene brengt mee dat de werknemer vanaf 26 februari 2018 aanspraak heeft op loon c.a. gebaseerd op een urenaantal van 24,5 per week. Voor zover hetgeen de werknemer heeft ontvangen daarbij ten achter blijft, lijdt de werknemer nadeel als gevolg van het nalaten door PostNL de werknemer te herplaatsen in de functie van Teamcoach Sorteren voor 24,5 uur per week. Dat nadeel dient PostNL weg te nemen door enerzijds achterstallig loon c.a. over de periode van 26 februari 2018 tot 1 februari 2019 te betalen en anderzijds (bij wege van voorziening op de voet van artikel 7:682 lid 6 BW) over de periode van 1 februari 2019 tot 1 juli 2019 de suppletie van de door de werknemer ontvangen WW-uitkering alsmede de vergoeding ter dekking van gemiste pensioenafdracht alsnog zodanig aan te vullen dat beide in overeenstemming zijn met een arbeidsomvang van 24,5 uur per week. Ook over de periode van 1 juli 2019 tot 1 oktober 2019 (tot welke laatste datum de werknemer zijn verzoek heeft begrensd) dient PostNL loon c.a. te betalen in overeenstemming met een arbeidsduur van 24,5 uur per week. Voor zover zij daarin tekortgekomen is, dient een en ander te worden nabetaald.

3.11. Het verweer van PostNL dat de werknemer zich destijds niet nadrukkelijk beschikbaar heeft gehouden voor het verrichten van de bedongen arbeid of enige andere arbeid en daarom geen recht heeft op achterstallig loon, gaat niet op. Er bestaat geen enkele grond voor de veronderstelling dat de werknemer niet bereid zou zijn geweest de functie van Teamcoach Sorteren te vervullen indien PostNL, zoals zij had behoren te doen, hem in die functie zou hebben herplaatst. Dit geldt temeer gelet op de overgelegde correspondentie waaruit blijkt dat de werknemer wel degelijk bereid was om deze functie te gaan vervullen, waaronder de e-mail van zijn advocaat van 14 augustus 2018, waarin PostNL werd verzocht om de opzegging in te trekken en de werknemer zich uitdrukkelijk bereid verklaarde om als teamcoach te gaan werken.

3.12. PostNL heeft aangevoerd dat de werknemer van 1 juli tot 1 oktober 2019 reeds drie meeruren uitbetaald heeft gekregen. Dat brengt mee dat PostNL over deze uren in deze periode niet tekortgekomen is en het achterstallig loon in beginsel 1,5 uur per week betreft (indien en voor zover de werknemer in de genoemde periode niet reeds meer uren heeft (over)gewerkt).

3.13. PostNL heeft verder als verweer gevoerd dat de werknemer geen recht op een dertiende maand en winstuitkering heeft en dat voor toeslagen in de gegeven omstandigheden geen grond bestaat. De werknemer is hierop niet voldoende concreet ingegaan, zodat aangenomen moet worden dat dit verweer juist is. Zijn verzoek om “toeslagen, emolumenten en winstuitkering” over zijn loonvordering toe te wijzen zal dan ook worden afgewezen. De werknemer vermeldt in het petitum (anders dan zoals vermeld in het beroepschrift onder 41) ook “vakantiedagen”, maar hij heeft dit verzoek verder helemaal niet onderbouwd, zodat het hof dit zal afwijzen.

3.14. Het hof ziet geen aanleiding tot matiging van de wettelijke verhoging over hetgeen PostNL over de periode van 26 februari 2018 tot 1 oktober 2019 met inachtneming van het voorgaande is verschuldigd (daaronder hier begrepen de over de periode van 1 februari 2019 tot 1 juli 2019 op de voet van artikel 7:682 lid 6 BW verschuldigde suppletie van de WW-uitkering). Gelet op de beschikking van de kantonrechter te Amsterdam van 6 maart 2018 over de uitwisselbaarheid van de beide betrokken functies, bevestigd in hoger beroep,

kon PostNL reeds in een zeer vroeg stadium weten dat haar standpunt daarover minst genomen kwestieus was.

3.15. Aangezien concrete gegevens ontbreken voor de berekening van de hoogte van het bedrag dat PostNL nog dient te betalen aan de werknemer, zal het hof in het dictum volstaan met een formule.

3.16. Het hof komt thans toe aan de bespreking van de grieven van PostNL in incidenteel beroep.

3.17. Daarnaast door het hof gevraagd, is van de zijde van PostNL bij de mondelinge behandeling bevestigd dat PostNL aan de bestrijding in grief I van de bestreden beschikking onder 5.7 – waar de kantonrechter kort gezegd heeft overwogen dat de werknemer geen profijt heeft gehad van het vrijgesteld zijn van werk en de mogelijkheid van begeleiding, zodat niet gesproken kan worden van een gelijkwaardige voorziening in de zin van artikel 7:673b BW – geen gevolgen heeft verbonden. Het hof laat deze grief daarom bij gebreke van voldoende belang verder onbesproken.

3.18. In grief II maakt PostNL bezwaar tegen de beslissing van de kantonrechter om niet op grond van artikel 7:682 lid 6 BW een voorziening te treffen, inhoudende dat de werknemer wordt veroordeeld het aan hem betaalde bedrag van € 14.900,42 bruto aan PostNL terug te betalen.

3.19. Deze grief slaagt. Uit de bespreking van de grieven in principaal beroep volgt dat de onderbreking van de arbeidsovereenkomst tussen partijen weliswaar in stand blijft, maar dat omtrent de rechtsgevolgen daarvan reeds zodanige voorzieningen zullen worden getroffen dat de werknemer geen nadeel zal ondervinden van de onderbreking. Bij deze stand van zaken bestaat onvoldoende rechtvaardiging voor het behoud door de werknemer van de door hem ontvangen vergoeding van € 14.900,42 bruto, die nu juist bedoeld was om de gevolgen van het ontslag te compenseren. De werknemer heeft naar voren gebracht dat hij dit bedrag destijds heeft gebruikt om zijn loonachteruitgang te compenseren en dat hij bij herplaatsing minimaal 29 uur per week zou hebben gewerkt, maar dit betoog stuit af op hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen over de omvang van de arbeid van de werknemer. Eveneens faalt het betoog van de werknemer dat terugbetaling van de ontvangen vergoeding buiten de reikwijdte van artikel 7:682 lid 6 BW zou vallen. Het hof verwijst kortheidshalve naar de beschikking van de Hoge Raad van 25 januari 2019 ([ECLI:NL:HR:2019:80](#)) onder 3.5.4 t/m 3.5.6. Het hof zal de werknemer derhalve veroordelen tot terugbetaling van de vergoeding.

3.20. De slotsom luidt dat zowel het principale beroep als het incidentele beroep gedeeltelijk slaagt. De bestreden beschikking kan daarom niet in stand blijven. Ter wille van de overzichtelijkheid zal het hof de beschikking geheel vernietigen en opnieuw rechtdoen. In de uitkomst van het hoger beroep ziet het hof aanleiding te bepalen dat de proceskosten in eerste aanleg worden gecompenseerd, PostNL te veroordelen in de kosten van het principale beroep en de werknemer te veroordelen in de kosten van het incidentele beroep.

4. Beslissing

Het hof:

vernietigt de bestreden beschikking;

opnieuw rechtdoende:

veroordeelt Post NL om de arbeidsovereenkomst met de werknemer te herstellen met ingang van 1 juli 2019 en de werknemer per die datum toe te laten tot de functie Teamcoach Sorteren met een arbeidsomvang van 24,5 uur per week, tegen het daarbij behorende salaris;

veroordeelt PostNL om de door de werknemer ontvangen WW-uitkering over de periode 1 februari 2019 tot 1 juli 2019 te suppleren tot 100% van het loon dat behoort bij een arbeidsomvang van 24,5 uur per week;

veroordeelt PostNL om aan de werknemer een vergoeding te betalen ter dekking van de gemiste pensioenafracht over de periode van 1 februari 2019 tot 1 juli 2019 gerelateerd aan een arbeidsomvang van 24,5 uur per week;

veroordeelt PostNL om hetgeen zij aan de werknemer over de periode van 26 februari 2018 tot 1 februari 2019 en van 1 juli 2019 tot 1 oktober 2019 heeft betaald aan loon (vermeerderd met vakantiegeld) zodanig aan te vullen dat het resultaat in overeenstemming is met een arbeidsomvang van 24,5 uur per week, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vervaldata tot aan de datum van voldoening;

veroordeelt PostNL tot betaling aan de werknemer van de wettelijke verhoging van 50% overeenkomstig artikel 7:625 lid 1 BW over de suppletie van de WW-uitkering en de aanvulling van het loon, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vervaldata tot aan de datum van voldoening;

veroordeelt de werknemer tot terugbetaling aan PostNL van het bedrag van € 14.900,42 bruto;

bepaalt dat ieder van partijen de eigen kosten in eerste aanleg draagt;

veroordeelt PostNL in de kosten van het principale beroep en begroot deze aan de zijde van de werknemer tot aan deze uitspraak op € 741,= wegens verschotten en € 2.148,= wegens salaris;

verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

veroordeelt de werknemer in de kosten van het incidentele beroep en begroot deze aan de zijde van PostNL tot aan deze uitspraak op € 1.074,= wegens salaris;

wijst af het meer of anders verzochte.

Noot

In deze zaak heeft Hof Den Haag, kort gezegd, geoordeeld dat een werknemer die na een reorganisatie ten onrechte niet is geplaatst in een uitwisselbare functie, *voor de omvang van de herplaatsingsverplichting* een beroep toekomt op art. 7:610b BW.

Het hof volgt de werknemer in zijn stelling dat PostNL hem had moeten herplaatsen in de nieuw gecreëerde functie en veroordeelt PostNL tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Gelijktijdig honoreert het hof het beroep van de werknemer op verhoging van de arbeidsomvang (van 20 naar 24,5 uur). Dit lijkt mij juist. Bij lezing van het arrest kan echter de vraag rijzen of PostNL deze verhoogde arbeidsomvang zelf moest vaststellen onder (proactieve) toepassing van het rechtsvermoeden van arbeidsomvang. Mijns inziens heeft het hof dat echter niet bedoeld. Het hof oordeelt namelijk niet dat het rechtsvermoeden omtrent de omvang van de arbeidsovereenkomst onderdeel uitmaakt van de herplaatsingsverplichting, maar past het rechtsvermoeden en de herplaatsingsplicht naast elkaar toe.

Reikwijdte herplaatsingsvereiste art. 7:669 lid 1 BW

Voor een beter inzicht in de achtergrond van het herplaatsingsvereiste zij verwezen naar de lezenswaardige conclusie van de A-G bij Hoge Raad 18 januari 2019 («JAR» 2019/54, m.nt. Foesenek). De A-G signaleert daarin de onduidelijkheid die in de praktijk bestaat over de

inhoud en reikwijdte van het in art. 7:669 lid 1 BW neergelegde herplaatsingsvereiste. Hij verduidelijkt dat het gaat om een *Obliegenheit*: een verplichting waarvan de nakoming niet kan worden afgedwongen, maar aan het niet-nakomen waarvan wel een rechtsgevolg kan worden verbonden. De werknemer heeft geen afdwingbaar recht op herplaatsing. Ter onderbouwing: de Hoge Raad gebruikt bewust niet het woord herplaatsingsplicht, maar het woord 'herplaatsingsvereiste' (HR 13 juli 2018, «JAR» 2018/202, m.nt. Van Heusden; r.o. 3.4.3 e.v.). Dat woord brengt beter tot uitdrukking dat herplaatsing een (negatieve) voorwaarde voor ontslag is; slechts indien herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt, kan de arbeidsovereenkomst worden beëindigd op de voet van art. 7:669 lid 1 BW (A-G bij HR 18 januari 2019, «JAR» 2019/54; r.o. 2.19).

Uit de wetsgeschiedenis van art. 7:610b BW kan worden opgemaakt dat de werknemer een beroep op vaststelling van de arbeidsomvang kan doen 'in situaties waarin de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is overeengekomen' en een beroep op ophoging van de arbeidsomvang, 'in situaties waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijke overeengekomen arbeidsduur' (*KamerstukkenII* 1996/97, 25263, p. 22/23).

Zo bezien komt duidelijker het verschil naar voren tussen

- enerzijds: het herplaatsingsvereiste als niet-afdwingbare verplichting van de werkgever om een werknemer te plaatsen in een (passende) functie;
- en anderzijds: het wettelijk rechtsvermoeden van art. 7:610b BW als afdwingbaar recht van de werknemer om de arbeidsomvang van de arbeidsovereenkomst op te hogen.

Het herplaatsingsvereiste houdt dus niet (mede) de verplichting voor de werkgever in om proactief vast te stellen in hoeverre de werknemer een grotere arbeidsomvang toekomt, *zonder* dat de werknemer zelf een beroep op het rechtsvermoeden heeft gedaan. Dat de werknemer zich verweert tegen beëindiging van de arbeidsovereenkomst door erop te wijzen dat niet aan het herplaatsingsvereiste is voldaan, en zich *gelijktijdig* beroept op ophoging van de arbeidsomvang op grond van art. 7:610b BW, wil niet zeggen dat het beroep op art. 7:610b BW *onderdeel* uitmaakt van het verweer met betrekking tot de uitvoering van het herplaatsingsvereiste. Het is dan ook terecht dat het hof niet in die zin oordeelt, hoewel de gekozen formulering (hierboven in *cursief*) wel die suggestie zou kunnen wekken.

Praktijk: herplaatsing en gelijktijdig beroep op art. 7:610b BW

Het staat een werknemer in principe op *ieder moment vrij* een gemotiveerd beroep te doen op het wettelijke rechtsvermoeden van art. 7:610b BW, dus ook op het moment dat de werkgever uitvoering geeft aan de (niet-afdwingbare) verplichting de werknemer te herplaatsen in een passende functie.

De werknemer dient zelf te onderzoeken of hij in aanmerking komt voor uitbreiding van de urenomvang met behulp van het rechtsvermoeden van 7:610b BW, en daar een beroep op te doen. De werkgever hoeft de werknemer niet actief een aanbod te doen tot een hogere arbeidsomvang. Dat staat los van de onder de WAB nieuwe geïntroduceerde verplichting voor de oproepovereenkomst. Daarbij is het aan de werkgever om steeds na 12 maanden de werknemer een (vaste) arbeidsomvang te bieden, die ten minste gelijk is aan de gemiddelde arbeidsomvang in de voorliggende 12 maanden.

Heeft de werknemer geen oproepovereenkomst, dan doet hij er verstandig aan op het moment dat herplaatsing begint te spelen, zelf het initiatief te nemen om met een beroep op art. 7:610b BW tot uitbreiding van de urenomvang te komen – zo leert ook de onderhavige uitspraak.

Aanpassing van de arbeidsomvang ex art. 7:610b BW kan ook met terugwerkende kracht (HR 27 april 2012, «JAR» 2012/149). Dat betekent dat de werknemer niet alleen het achterstallig loon ten aanzien van zijn oude functie zou kunnen vorderen, maar ook achterstallig loon voor de periode waarin hij ten onrechte niet is herplaatst in de nieuwe functie. Een dergelijke loonvordering zal mijns inziens niet snel afstuiten op het verweer dat de werknemer niet bereid was om de bedongen arbeid te verrichten. Het structurele karakter van het overwerk in de oude functie impliceert deze bereidheid.

Aan werkgeverszijde merk ik op dat art. 7:610b BW ruimte laat voor gemotiveerde weerlegging van het rechtsvermoeden omtrent arbeidsomvang. Voor weerlegging van het rechtsvermoeden in situaties van (collectief) reorganisatieontslag kan een (sociaal plan met de status van) cao de werkgever soelaas bieden. Hoewel het rechtsvermoeden omtrent arbeidsomvang dwingendrechtelijk van aard is, kunnen in een cao situaties worden omschreven die een werkgever kan gebruiken ter weerlegging van het rechtsvermoeden. De inhoud en ratio van de cao verschaffen de werkgever een deugdelijke grond daarvoor. Zie hierover uitgebreid: W.R. Zondag en E.S. de Jong, *Sdu Commentaar bij art. 7:610b BW*.

Zo hebben zowel werkgever als werknemer hun middelen in de 'strijd' om te komen tot bijstelling van de arbeidsomvang in situaties van herplaatsing.

mr. S.C. Verlinden, arbeidsrecht advocaat bij Liber Dock advocaten in Amsterdam