

RECHTSPRAAK

## werknemers/Transcore Rotterdam BV

### ***Beloning uitzendkrachten conform inlenersbeloning. Waadi. Uitleg ABU-cao. Hof komt terug op oordeel over hoogte loon bij ziekte.***

#### *Feiten*

Werknemers zijn tussen 1998 en 2004 in dienst getreden bij Transcore Rotterdam BV. Werknemers werden vrijwel altijd uitgeleend aan Matrants Marine Services BV (hierna: Matrants). In de onderhavige zaak maken zij met ingang van 1 januari 2007 aanspraak op dezelfde arbeidsvoorwaarden als de werknemers van Matrants wat betreft de hoogte van het salaris en een aantal vergoedingen en toeslagen. Voorts zijn zij van mening dat Transcore onder meer de Arbeidstijdenwet overtreedt. Het hof heeft in zijn tussenarrest van 7 juni 2017 onder meer overwogen dat werknemers recht hebben op de inlenersbeloning voor de functie van operationeel medewerker I. Daarnaast heeft het hof geoordeeld dat werknemers, net als de werknemers van Matrants, gedurende het eerste jaar van hun arbeidsongeschiktheid recht hebben op 100% doorbetaling van hun loon. Ten aanzien van de Arbeidstijdenwet heeft het hof geoordeeld dat de regeling zoals deze voor werknemers geldt op grond van hun arbeidsovereenkomst en werkinstructies, als gevolg van de vrijheid van werknemers om zelf hun beschikbare werkdagen (en daarmee rusttijden) te bepalen, voldoende waarborgen biedt met betrekking tot hun arbeids- en rusttijden.

#### *Oordeel*

#### *Waadi*

Uit de woorden 'ten minste' in artikel 8 Waadi blijkt dat het Transcore en werknemers vrijstaat om gunstiger arbeidsvoorwaarden overeen te komen. Ook volgens artikel 8 van de Waadi, zoals dit luidde voor 27 april 2012, was een afwijking in de arbeidsvoorwaarden ten gunste van de ter beschikking gestelde arbeidskracht tot 27 april 2012 toegestaan. Transcore was en is gehouden om aan werknemers in elk geval hetzelfde loon te betalen als waarop een medewerker van Matrants, werkzaam als operationeel medewerker I, aanspraak zou hebben gehad. Indien en voor zover Transcore gedurende enige tijd een hoger loon heeft betaald, heeft zij dit niet onverschuldigd betaald maar betreft dit een toegestane afwijking ten gunste van de werknemer en is dit derhalve verschuldigd op grond van de tussen partijen (rechtsgeldig) gesloten arbeidsovereenkomst. Het beroep van Transcore op verrekening wordt derhalve verworpen.

#### *Loon bij ziekte*

Onder het begrip 'loon' als bedoeld in artikel 19 lid 5 onderdeel b ABU-cao kan redelijkerwijs niet worden begrepen het percentage van het loon dat de werkgever gehouden is om door te betalen bij ziekte van de werknemer. De uitleg door het hof in zijn tussenarrest ziet ten onrechte voorbij aan artikel 53 van de ABU-cao, waarin is vastgesteld op welk percentage van het loon een werknemer recht heeft in geval van arbeidsongeschiktheid. Gesteld noch gebleken is dat artikel 53 van de ABU-cao niet op werknemers van toepassing is. Uit het bovenstaande vloeit voort dat werknemers, anders dan eerder overwogen, bij ziekte geen recht hebben op doorbetaling van 100% van hun loon, maar op grond van artikel 53 van de ABU-cao recht hebben op 91% van dit loon.

### *Arbeids- en rusttijden*

Het hof is met werknemers van oordeel dat hun werkinstructies niet kunnen worden aangemerkt als een collectieve regeling in de zin van artikel 1:3 en 1:4 jo. artikel 4:2 lid 1 ATW, en komt in zoverre terug op zijn tussenarrest. Dit leidt echter niet tot een ander oordeel, om de volgende reden. Uit artikel 54 lid 1 van de ABU-cao volgt dat voor uitzendkrachten, zoals werknemers een 'afwijkend arbeidspatroon' kan worden overeengekomen. Het ligt voor de hand om voor de uitleg van het begrip 'arbeidspatroon' aan te knopen bij wat daaromtrent in de ATW is geregeld. Op dit punt is van belang dat de eis van een 'bestendig en regelmatig' arbeidspatroon is vervallen bij de wijziging van de ATW in 2007. Deze wijziging van de ATW had tot doel om gevarieerde werktijden mogelijk te maken. In de ABU-cao is niet te lezen dat een andere betekenis van het begrip 'arbeidspatroon' werd beoogd. De werkinstructies zijn van toepassing op de arbeidsovereenkomst van werknemers. Deze werkinstructies vormen een nadere uitwerking van de artikelen 1 en 4 lid 2 van de uitzendovereenkomst. Artikel 4 lid 2 van de uitzendovereenkomst bepaalt dat de werktijden dagelijks met de opdrachtgevers worden vastgesteld en aan de werknemer worden meegedeeld. Uit de werkinstructies volgt dat deze werktijden wat betreft werknemers mede worden vastgesteld aan de hand van de door henzelf opgegeven beschikbaarheid. Uit de artikelen 1 en 4 lid 2 van de met werknemers gesloten uitzendovereenkomsten, bezien in onderlinge samenhang met de werkinstructies, volgt dat werknemers hebben ingestemd met een arbeidspatroon waarbij hun feitelijke werktijden pas zeer kort tevoren aan hen worden meegedeeld (art. 4:2 lid 1 laatste volzin ATW). Nu er sprake is van instemming van werknemers als bedoeld in artikel 4:2 lid 1 ATW, missen de leden 2 en 3 van ditzelfde artikel toepassing. Middels de werkinstructies heeft Transcore werknemers de gelegenheid gegeven om zelf hun beschikbaarheid op te geven en derhalve zelf hun arbeids- en rusttijdenpatroon vast te stellen. Mits de beschikbaarheidsopgave voldoet aan een aantal eisen, garandeert Transcore dat werknemers van de opgegeven beschikbare 38,75 uur per week minimaal 31 uur tewerk worden gesteld, althans voor deze uren loon ontvangen. De werkinstructies houden slechts een uiterste termijn in waarop werknemers hun beschikbaarheid dienen door te geven. Gesteld noch gebleken is dat werknemers dit niet reeds ruim van tevoren kunnen doen, waarmee een goede planning van hun werk- en rusttijden mogelijk moet zijn. Het voorgaande leidt ertoe dat de door werknemers gevorderde verklaringen voor recht zullen worden afgewezen.

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 18-07-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2017:2026

**Zaaknummer:** 200.135.173/01

**Rechters:** J.M.T. van der Hoeven-Oud, R.S. van Coevorden en C.J. Frikkee

**Advocaten:** C.P. van den Eijnden en R.E.N. Ploum

**Wetsartikelen:** 8 Waadi, 19 ABU-cao, 53 ABU-cao en 4:2 ATW