

RECHTSPRAAK

Uitzendbeding (NBBU-CAO) bij ziekte of arbeidsongeschiktheid in strijd met het opzegverbod bij ziekte van artikel 7:670 lid 1 BW. Als gevolg van de invoering van de WWZ is de mogelijkheid om (onder meer) bij CAO af te wijken van het opzegverbod tijdens ziekte komen te vervallen.*Feiten*

Werknemer is vanaf 12 mei 2014 op twee aansluitende uitzendovereenkomsten (Fase 1 en Fase 2) als uitzendkracht voor Solutions B.V. bij bedrijf X werkzaam geweest als machine operator. Op 24 maart 2016 heeft werknemer een arbeidsongeval gehad, waarbij twee vingers van zijn rechterhand deels werden geamputeerd. Op de uitzendovereenkomsten is de NBBU-CAO van toepassing verklaard. In artikel 13 lid 3 van de NBBU-cao is het volgende bepaald: 'De uitzendovereenkomst komt ten einde doordat de inlener om welke reden dan ook de uitzendkracht niet langer wil of kan inlenen en voorts doordat de uitzendkracht om welke reden dan ook, daaronder begrepen arbeidsongeschiktheid, de bedongen arbeid niet langer wil of kan verrichten (...) In geval van ziekte of ongeval van de uitzendkracht wordt de terbeschikkingstelling in Fase 1 en 2 (...) geacht met onmiddellijke ingang te zijn beëindigd op verzoek van de inlener.'

Solutions is eigenrisicodragers in de zin van de Ziektewet. Vanaf 15 mei 2016 heeft werknemer zijn werkzaamheden hervat, maar medio augustus 2016 is hij weer volledig uitgevallen voor werk. Sinds 11 juni 2018 is hij weer werkzaam, nu als zzp'er. Werknemer stelt zich in hoger beroep op het standpunt dat de uitzendovereenkomst is overgegaan naar een overeenkomst in Fase 3, waardoor deze nog doorloopt. Voorts staat tussen partijen de rechtsgeldigheid van het uitzendbeding ter discussie. In een tussenbeschikking van 4 december 2018 (zie AR 2018-1368) heeft het hof overwogen dat de beoordeling van de rechtsgeldigheid van het uitzendbeding in het midden kan blijven, indien komt vast te staan dat partijen op 27 juni 2016 een uitzendovereenkomst fase 3 hebben gesloten voor bepaalde tijd (tot 2 oktober 2016). In dat geval moet immers geoordeeld worden dat de overeenkomst op 2 oktober 2016 rechtsgeldig tot een einde is gekomen. Solutions heeft zich op het bestaan van een dergelijke overeenkomst voor bepaalde tijd beroepen. Werknemer betwist dat de handtekening onder de door Solutions overgelegde overeenkomst van hem is. Solutions is toegelaten tot nadere bewijslevering op dit punt.

Oordeel

Uitzendovereenkomst fase 3 voor bepaalde tijd gesloten?

Het hof is, alles afwegende, van oordeel dat Solutions niet in het bewijs is geslaagd. De verklaringen van de door Solutions voorgedragen getuigen wijken op essentiële punten van elkaar af. Het hof is genoegzaam gebleken dat werknemer op de bewuste 27 juni 2016 – de dag waarop volgens Solutions het contract is getekend – heeft gewerkt van 18.00 uur tot 22.00 uur. Dit betekent dat de verklaringen van de door Solutions voorgedragen getuigen, dat werknemer die dag na zijn werk op kantoor is geweest om het fase 3-contract te ondertekenen, niet kunnen kloppen. Dat hun verklaringen niet juist zijn, wordt ondersteund door de verklaringen van de getuigen die in contra-enquête zijn gehoord, waaronder de verklaring van werknemer dat hij nooit een fase 3-contract heeft getekend en de verklaring van een getuige dat werknemer hem op het werk vertelde dat hij verbaasd was dat er opeens fase 3 op zijn loonstrookje stond, zonder dat hij hierover was gebeld en zonder dat hij een contract had ondertekend. Gelet op het voorgaande is de uitzendovereenkomst met werknemer niet op 2 oktober 2016 geëindigd.

Rechtsgeldigheid uitzendbeding bij ziekte

Vervolgens gaat het hof in op de vraag of het uitzendbeding ex artikel 13 lid 3 van de NBBU-CAO in geval van ziekte rechtsgeldig is. Het hof overweegt als volgt. Artikel 7:670 lid 1 BW bepaalt, kort gezegd, dat de werkgever de arbeidsovereenkomst in beginsel niet mag opzeggen tijdens ziekte. In artikel 7:670 lid 13 BW (oud), zoals dit gold tot de inwerkingtreding van de WWZ per 1 juli 2015, was bepaald dat hiervan bij (onder meer) cao kon worden afgeweken. Het uitzendbeding, zoals vermeld in artikel 13 lid 3 van de NBBU-CAO, vormde hiervan een toepassing. Met de invoering van de WWZ per 1 juli 2015 is lid 13 van artikel 7:670 BW echter komen te vervallen. Dit betekent dat het thans niet meer mogelijk is om bij cao af te wijken van het opzegverbod tijdens ziekte. Voor zover het uitzendbeding in artikel 13 lid 3 sub a van de NBBU-CAO bepaalt dat de uitzendovereenkomst in fase 1 en 2 ten einde komt doordat de uitzendkracht de bedongen arbeid als gevolg van arbeidsongeschiktheid niet langer kan verrichten, en voor zover daarin wordt bepaald dat in geval van ziekte of ongeval van de uitzendkracht de terbeschikkingstelling in fase 1 of 2 direct na de melding van de ziekte/het ongeval geacht wordt met onmiddellijke ingang te zijn beëindigd op verzoek van de inlener, is het daarom vanaf 1 juli 2015 in strijd met het opzegverbod bij ziekte als vermeld in artikel 7:670 lid 1 BW. Het beroep van werknemer op vernietiging van het uitzendbeding slaagt. De uitzendovereenkomst met werknemer is daarmee niet op de datum van het arbeidsongeval, 24 maart 2016, geëindigd. Per 1 juli 2016 is deze dus voor de volle 40 uur per week overgegaan in een fase 3-overeenkomst. In fase 3 geldt op grond van artikel 14 lid 2 sub c van de NBBU-CAO geen uitzendbeding en heeft de werkgever een loondoorbetalingsverplichting. In dit geval moet worden uitgegaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en de loondoorbetalingsverplichting van Solutions eindigt daarmee in beginsel pas op het moment waarop de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig eindigt dan wel na twee jaar arbeidsongeschiktheid. Werknemer krijgt de gelegenheid nadere informatie te verstrekken zodat het hof zijn vorderingen kan beoordelen. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 17-03-2020

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:460

Zaaknummer: 200.228.162/01

Rechters: J.M.T. van der Hoeven-Oud, C.A. Joustra en P.S. Fluit

Advocaten: D. Vaníčková en D.A.M. Lagarrigue

Wetsartikelen: 7:670 BW, 7:690 BW en 13 lid 3 NBBU-CAO