

RECHTSPRAAK

***Artikel 23 ABU CAO: passende arbeid na wegvallen uitzendarbeid.
Herplaatsingsverplichtingen, waaronder een fysiek
herplaatstingsgesprek. Verval loondoorbetalingsverplichting.
Terugbetaling salaris.***

Feiten

Werknemer is van 1 oktober 2018 tot en met 28 februari 2021 voor bepaalde tijd bij Timing Flexgroep B.V. (hierna: Timing) in dienst geweest op basis van een uitzendovereenkomst Fase B met garantie-uren. In de uitzendovereenkomst is bepaald dat de werktijden wisselend zijn en dat werknemer voor 100 uren per vier weken werkzaam was voor KLM Bagage als Teamlid Bagage skills 2+3 tegen een uurloon van € 11,74 bruto plus 8,33% vakantietoeslag. Op de uitzendovereenkomst tussen partijen is de algemeen verbindend verklaarde ABU cao (hierna: cao) van toepassing. Voor zijn werk bij KLM Bagage werd werknemer wekelijks door Timing ingeroosterd op basis van door hem opgegeven beschikbaarheid. Vanwege de coronacrisis heeft KLM op 13 maart 2020 de inleen van 320 arbeidskrachten van Timing, waaronder werknemer, per 17 maart 2020 beëindigd. Bij e-mail van 17 maart 2020 met als onderwerp 'Flexkrachten gezocht!' heeft Timing alle 'Timers', waaronder werknemer, geschreven dat zij druk bezig is tijdelijk werk voor hen te vinden omdat er op dat moment geen werk bij KLM is. Hun wordt een functie als hulpkracht bij Lidl aangeboden met de opmerking 'Wellicht is het filiaal bij jou in de buurt iets voor jou?'. Vervolgens is onderstreept aangegeven: 'Je bent minimaal 4 dagen in de week beschikbaar op maandag tot en met vrijdag tussen 08.00 uur 's ochtends en 17.00 uur 's middags'. Werknemer heeft daarop bij e-mail van diezelfde dag gereageerd met de opmerking dat hij - in overleg met zijn ex-vrouw en vanwege het gebrek aan opvang voor zijn zoontje - alleen 's avonds kan werken. Timing heeft werknemer - ook dezelfde dag - teruggeschreven dat dat erg lastig wordt omdat het echt om een opdracht van 08:00-17:00 uur gaat. Vervolgens heeft Timing bij e-mail van 18 maart 2020 werknemer voor 38 uur per week de functie van lader/losser aangeboden bij de Hornbach, waarbij de voorkeur uitgaat naar diensten van 13.00 tot 21.00 uur en aangegeven dat er de volgende dag een selectie plaatsvindt. Daarop heeft werknemer bij e-mail van diezelfde dag gereageerd met de mededeling dat hij de opvang van zijn zoontje niet kan oplossen, maar dat hij op maandag en dinsdag 10 uur of meer kan werken bij Lidl. Met ingang van 16 maart 2020 is het salaris van werknemer stopgezet. Bij e-mail van 23 maart 2020 aan onder meer werknemer heeft Timing wederom aan alle 'Timers' een functie als productiemedewerker aangeboden bij Royal-A-Ware. Hierop heeft werknemer niet gereageerd. Bij e-mail van 25 maart 2020 heeft Timing werknemer geschreven dat ze na het aanbod bij Royal-A-Ware helaas niets meer van hem heeft vernomen. Op 17 juli 2020 heeft Timing telefonisch contact

opgenomen met werknemer en hem een functie aangeboden als vuilnisbelader, waarop werknemer het aanbod afslaat vanwege de zwaarte van de werkzaamheden. Timing schrijft dat zij heeft voldaan aan de verplichtingen uit de cao en dat zij de planning van andere klanten niet doet, terwijl ze daar bij KLM wel verantwoordelijk voor was. Verder schrijft Timing dat zij niet meer met werknemer meezoekt naar een passende functie, maar dat hij dit zelf moet doen, omdat hij de eerdere functies geweigerd heeft, en dat zij hem aanraadt een WW-uitkering aan te vragen bij het UWV. Werknemer heeft Timing in kort geding gedagvaard en heeft daarbij doorbetaling van zijn salaris tot 28 februari 2021 gevorderd. De kantonrechter te Apeldoorn heeft de vordering toegewezen. Geoordeeld werd dat Timing werknemer steeds functies voor meer uren dan de afgesproken 100 uur per vier weken heeft aangeboden, wat volgens de cao redelijkerwijs van een uitzendkracht kan worden geleverd (art. 23 lid 3 sub c cao). Om dat vast te stellen is echter een herplaatsingsgesprek nodig als bedoeld in artikel 23 lid 4 cao en omdat dit gesprek niet is gevoerd, komt Timing geen beroep toe op het vervallen van de loondoorbetalingsplicht wegens het weigeren van een aanbod tot passend werk toe (art. 23 lid 5 sub a cao). Werknemer heeft - gedurende het dienstverband - een WW-uitkering aangevraagd maar deze is afgewezen. Het loon is door Timing uiteindelijk doorbetaald tot 16 december 2020. In hoger beroep is het geschil beperkt tot de vraag of Timing gerechtigd was het loon van werknemer per een eerdere datum dan 16 december 2020 stop te zetten.

Oordeel

Naar het oordeel van het hof geldt volgens vaste rechtspraak voor de uitleg van een cao de zogenoemde cao-norm. Uit de bewoordingen van artikel 23 lid 1 van de cao volgt een verplichting voor de uitzendonderneming om passend en vervangend werk te zoeken en aan te bieden wanneer de uitzendarbeid wegvalt, en een verplichting voor de uitzendkracht om passend en vervangend werk te aanvaarden. Wat passend werk is, is nader uitgewerkt in lid 2. Naar het oordeel van het hof moeten de verplichtingen over en weer in samenhang worden gezien en staat het een niet (geheel) los van het ander. Er kan pas sprake zijn van het weigeren van passend werk wanneer passend werk is aangeboden en eerst wanneer dat laatste het geval is, vervallen de verplichtingen van de uitzendonderneming. In zoverre is er dus, anders dan Timing stelt, wel sprake van een koppeling tussen de herplaatsingsverplichting en het vervallen van de loondoorbetalingsverplichting. Ook is het houden van een herplaatsingsgesprek, zoals de kantonrechter heeft geoordeeld, wel degelijk vereist. Een andere uitleg zou namelijk betekenen dat het voorgeschreven herplaatsingsgesprek een betekenisloze bepaling is, hetgeen het hof niet aannemelijk acht. Vaststaat dat er in het geval van werknemer geen fysiek herplaatsingsgesprek heeft plaatsgevonden. Dat het voeren van een herplaatsingsgesprek vanwege corona onmogelijk was, zoals Timing naar voren heeft gebracht, wordt door het hof niet gevolgd. Een gesprek kan immers ook telefonisch of via videobellen worden gevoerd. De omstandigheid dat er veel gesprekken moesten worden gevoerd is er een die in de risicosfeer van Timing ligt. Op 17 juli 2020 heeft Timing telefonisch contact met werknemer opgenomen met het aanbod voor werk als vuilnisbelader. Timing heeft werknemer telefonisch uitgelegd wat de functie en de voorwaarden precies inhielden. Werknemer heeft aangegeven er over na te zullen denken en erop terug te zullen komen. Dit

heeft hij echter nagelaten. Het hof is van oordeel dat op 17 juli 2020 passende en vervangende arbeid in de zin van artikel 23 lid 5 sub a van de cao aan werknemer is aangeboden.

Werknemer heeft dat aanbod geweigerd, waardoor de herplaatsings- en loondoorbetalingsverplichting van Timing per die datum is komen te vervallen. Het hof verklaart voor recht dat Timing per 17 juli 2020 niet meer gehouden was tot loondoorbetaling en dat werknemer wordt veroordeeld tot terugbetaling van € 8.484,98 bruto aan salaris en € 218,50 bruto aan vakantietoeslag.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 30-05-2023

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2023:1224

Zaaknummer: 200.305.615/01

Rechters: T.S. Pieters, F.J. van der Poel en J.M.B. Cramwinckel

Advocaten: F.H.A. ter Huurne, J. Rosendahl en M. Gerritsen

Wetsartikelen: 23 ABU cao