



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Uitzendbeding tijdens ziekte vereist actieve handeling van de inlener

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2023

Document Version

Final published version

Published in

Jurisprudentie Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2023). Uitzendbeding tijdens ziekte vereist actieve handeling van de inlener. 105. Case note on: HR, 17/03/23, 21/04342, ECLI:NL:HR:2023:426 *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 32(6), 968-1024.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

105

Uitzendbeding tijdens ziekte vereist actieve handeling van de inlener

Hoge Raad
17 maart 2023, nr. 21/04342,
ECLI:NL:HR:2023:426
(mr. Tanja-van den Broek, mr. Wattendorff,
mr. Ter Heide, mr. Schaafsma, mr. Makkink)
(Concl. A-G De Bock)
Noot mr. dr. J.P.H. Zwemmer

Uitzendovereenkomst. Opzegverbod tijdens ziekte.

[BW art. 7:670, 7:691 lid 2]

De werknemer werkt als uitzendkracht voor de inlener. Op de uitzendovereenkomst is de NBBU-cao van toepassing. In art. 13 van de cao staat dat de uitzendovereenkomst eindigt indien de inlener aangeeft om welke reden dan ook, daaronder begrepen arbeidsongeschiktheid, de uitzendkracht niet langer te willen inlenen. De ziekmelding kwalificeert als melding dat de uitzendovereenkomst met onmiddellijke ingang eindigt. De werknemer is bij de inlener een arbeidsongeval overkomen, waarna hij zich ziek meldt. De werknemer stelt dat de cao-bepaling inhoudende dat de uitzendovereenkomst eindigt door de ziekmelding nietig is en vordert het uitzendbureau te veroordelen tot doorbetaling van loon tijdens ziekte. De kantonrechter wijst het verzoek in eerste aanleg af op grond van art. 13 van de cao. In hoger beroep vernietigt het hof de beschikking van de kantonrechter met de overweging dat art. 13 lid 3 onder a van de cao in strijd is met het opzegverbod tijdens ziekte van art. 7:670 BW. Het uitzendbureau heeft beroep in cassatie ingesteld en ook weer ingetrokken.

De Hoge Raad oordeelt dat nu het uitzendbureau zijn cassatieberoep heeft ingetrokken, dit cassatieberoep wordt verworpen. Ten overvloede over-

weegt hij dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat art. 7:691 lid 2 BW de mogelijkheid biedt om overeen te komen dat de uitzendovereenkomst eindigt indien de terbeschikkingstelling 'om welke reden dan ook' – waaronder ziekte van de uitzendkracht begrepen – wordt beëindigd. Een uitzendbeding dat inhoudt dat de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt indien op verzoek van de inlener de terbeschikkingstelling eindigt, ook wegens of tijdens ziekte van de uitzendkracht, is niet in strijd met het wettelijke stelsel van het ontslagrecht en het opzegverbod tijdens ziekte. Bij de totstandkoming van art. 7:691 lid 2 BW heeft de wetgever bewust een uitzendbeding van deze strekking mogelijk gemaakt. Bij gelegenheid van de wijzigingen nadien van het ontslagrecht heeft de wetgever er geen blijk van gegeven hiervan terug te komen. Wel is vereist dat de inlener een expliciet verzoek tot beëindiging van de uitzendovereenkomst doet. De cao-bepaling die uitgaat van de fictie dat met de ziekmelding wordt geacht een dergelijk verzoek door de inlener te zijn gedaan, is nietig.

NB. De partijen bij de ABU-cao hebben in de per 1 juli 2023 van kracht zijnde cao afgesproken dat de inlener de uitzendovereenkomst tijdens ziekte van de werknemer niet mag beëindigen. Ondanks dat de Hoge Raad die mogelijkheid in onderhavig arrest wel toestaat, kan beëindiging tijdens ziekte onder het ABU-regime vanaf 1 juli 2023 niet meer. Voor de NBBU-cao geldt overigens dat beëindiging tijdens ziekte door de inlener nog wel kan met de door de Hoge Raad vereiste actieve beëindigingshandeling.

*Uitzendbureau Solutions B.V. te De Lier, gemeente Westland,
verzoekster tot cassatie,
hierna: het uitzendbureau,
advocaat: S.F. Sagel,
tegen
[verweerder] te [woonplaats],
verweerder in cassatie,
hierna: de werknemer,
advocaat: H.J.W. Alt.*

Conclusie Advocaat-Generaal
(mr. De Bock)

Inhoudsopgave
(...; red.)

1. Inleiding en samenvatting

1.1. Deze zaak gaat over de vraag of het uitzendbeding zoals dat is opgenomen in de uitzend-cao's rechtsgeldig is, als het gaat om de onmiddellijke beëindiging van de uitzendovereenkomst bij ziekte van de uitzendkracht. In het uitzendbeding dat in deze zaak aan de orde is, stond het volgende (art. 13 lid 3 NBBU-cao):

“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, alsmede door de vervulling van enige voorwaarde in de uitzendovereenkomst. In geval van ziekte of ongeval van de uitzendkracht wordt de terbeschikkingstelling (...) geacht met onmiddellijke ingang te zijn beëindigd op verzoek van de inlener.”

1.2. Deze bepaling heeft tot gevolg dat bij ziekte van de uitzendkracht, de uitzendovereenkomst eindigt. Bij ziekmelding van de uitzendkracht wordt de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht geacht met onmiddellijke ingang te zijn beëindigd op verzoek van de inlener. De huidige uitzendcao's (ABU-cao en NBBU-cao) bevatten een vergelijkbare bepaling.

1.3. De wettelijke grondslag voor deze cao-bepaling is art. 7:691 lid 2 BW. Daarin is bepaald dat in de uitzendovereenkomst schriftelijk kan worden bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de derde op verzoek van die derde ten einde komt.

1.4. Het hof heeft geoordeeld dat het cao-uitzendbeding vernietigbaar is, omdat het sinds de inwerkingtreding van de Wvz per 1 juli 2015 niet meer mogelijk is om bij cao af te wijken van het opzegverbod tijdens ziekte. Art. 7:670 lid 13 BW (oud) is toen in die zin gewijzigd.

1.5. M.i. wordt in cassatie op zichzelf terecht geklaagd dat het uitzendbeding niet tot strekking heeft om af te wijken van het opzegverbod tijdens ziekte. Het gaat namelijk om een beëindiging van de uitzendovereenkomst van rechtswege en niet om *opzegging* van de overeenkomst. In zoverre is het schrappen van de mogelijkheid om daar bij cao van af te wijken niet relevant en is de redenering van het hof niet steekhoudend.

1.6. Maar toch is het uitzendbeding niet houdbaar als het wordt ingeroepen bij ziekmelding van de

uitzendkracht. Niet alleen is de daarin opgenomen fictie dat de inlener bij ziekmelding geacht wordt een beëindigingsverzoek te hebben gedaan, in strijd met art. 7:691 lid 2 BW. Die wettelijke bepaling vereist namelijk dat de inlener een *verzoek* doet tot beëindiging van de terbeschikkingstelling.

1.7. Bovendien doorkruist het beding – dat feitelijk een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst tussen uitzendkracht en uitzendbureau is – het wettelijke ontslagstelsel. Dat de uitzendkracht bij ziekmelding direct op straat komt te staan, is in strijd met de rechtsbescherming die het wettelijke ontslagstelsel de zieke werknemer biedt. Het opnemen van een dergelijke ontbindende voorwaarde in de uitzendovereenkomst is niet toegestaan.

2. Feiten

2.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan, ontleend aan rov. 1 van de beschikking van het hof Den Haag van 4 december 2018,¹ aangevuld met enkele andere vaststaande feiten.

2.2. Werknemer, geboren in 1988, is vanaf 12 mei 2014 op twee aansluitende uitzendovereenkomsten (fase 1 en fase 2) als uitzendkracht werkzaam geweest voor uitzendbureau Solutions. Werknemer is door het uitzendbureau uitgezonden naar [A], waar hij werkzaam was als machine operator en een machine bediende die bedrukte kartonnen bekertjes produceert. Het uurloon van Werknemer lag rond de € 9,- per uur.²

2.3. Op 24 maart 2016 heeft Werknemer tijdens zijn werkzaamheden als machine operator bij [A] een arbeidsongeval gehad, waarbij twee vingers van zijn rechterhand deels zijn geamputeerd. Als gevolg van het arbeidsongeval heeft Werknemer zich ziek gemeld. Zijn arbeidsovereenkomst is toen met onmiddellijke ingang geëindigd.

2.4. Op 25 maart 2016 is Werknemer aan zijn hand geopereerd.

2.5. Omdat Solutions eigenrisicodragers is in de zin van de Ziektewet, heeft Werknemer een uitkering op grond van de Ziektewet ontvangen ten laste van Solutions.

1 Gerechtshof Den Haag 4 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3329, JAR 2019/12, m.nt. W.A. Zondag.

2 Akte Solutions 8 december 2020, p. 2.

2.6. Werknemer heeft zijn werkzaamheden bij [A] vanaf 15 mei 2016 deels hervat.³

2.7. Vanaf medio augustus 2016 heeft Werknemer geen werkzaamheden meer verricht voor [A].

2.8. Vervolgens heeft Werknemer bij een andere inlener werkzaamheden verricht. In dat werk is hij opnieuw uitgevallen.

2.9. Bij beschikking van 9 november 2016 heeft het UWV aan Werknemer meegedeeld dat de Ziektewetuitkering op verzoek van Solutions werd geschorst omdat hij onvoldoende aan zijn re-integratie zou hebben meegewerkt.⁴

2.10. Op 9 november 2016 is Werknemer opnieuw geopereerd aan zijn hand.

2.11. Per 23 maart 2017 is de Ziektewetuitkering van Werknemer beëindigd.

2.12. Op de uitzendovereenkomsten is de NBBU-cao voor Uitzendkrachten van toepassing verklaard. In artikel 13 lid 3 van die cao staat het volgende:

“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, alsmede door de vervulling van enige voorwaarde in de uitzendovereenkomst. In geval van ziekte of ongeval van de uitzendkracht wordt de terbeschikkingstelling in Fase 1 en 2 direct na de melding als bedoeld in artikel 25 lid 2 geacht met onmiddellijke ingang te zijn beëindigd op verzoek van de inlener.”

2.13. Werknemer was ten tijde van de beschikking van de kantonrechter van 22 augustus 2017 nog niet volledig arbeidsgeschikt. Volgens de behandelend plastisch chirurg zou definitief herstel nog zeker een half jaar op zich laten wachten.

2.14. Werknemer is sinds 11 juni 2018 weer werkzaam, nu als zzp’er.

3. Procesverloop

3.1. Bij inleidend verzoekschrift van 22 juni 2017 heeft Werknemer de kantonrechter verzocht Solutions te verplichten hem toe te laten tot passende werkzaamheden, te veroordelen tot doorbetaling van loon en tot betaling van ziektegeld en tot nabetaling van ten onrechte niet uitgekeerd loon,

dan wel het betalen van de transitievergoeding en een billijke vergoeding.

3.2. Solutions heeft verweer gevoerd.

3.3. Bij akte van 8 augustus 2017 heeft Werknemer zijn eis vermeerderd en, voor zover van belang, de kantonrechter tevens verzocht de opzegging te vernietigen.

3.4. Bij beschikking van 22 augustus 2017 heeft de kantonrechter alle verzoeken afgewezen.⁵ Door de ziekmelding van Werknemer is op grond van art. 13 lid 3 van de NBBU-cao een einde gekomen aan de uitzendovereenkomst (rov. 5.2). Vanaf dat moment had Werknemer als ‘vangnetter’ op grond van de Ziektewet recht op ziekengeld (rov. 5.5). De re-integratieverplichtingen voor vangnetters zonder werkgever berusten bij het UWV (Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar voor vangnetters). Op grond van art. 4a van deze regeling verwijst het UWV de vangnetter voor werkhervatting naar de werkgever waar hij laatstelijk op grond van een uitzendovereenkomst met uitzendbeding in dienst was (rov. 5.6.). Uit de aard en het karakter van de genoemde regeling volgt dat de tewerkstelling in het kader van de re-integratie plaatsvindt met het oog op een snellere re-integratie van zieke uitzendkrachten en het terugdringen van de uitkeringslasten en dat derhalve geen sprake is van herstel van de uitzendovereenkomst (rov. 5.9). Daarmee wordt ook de stelling verworpen dat als gevolg van het re-integreren vanaf medio 2016 de uitzendovereenkomst is herleefd of opnieuw is aangegaan. Alle verzoeken die daarop zijn gebaseerd worden derhalve afgewezen (rov. 5.10). Nadat de uitzendovereenkomst als gevolg van het arbeidsongeval op 24 maart 2016 was geëindigd, was sprake van een bestuursrechtelijke verhouding tussen Werknemer en Solutions. Deze is geëindigd op 23 maart 2017 (rov. 5.12).

3.5. Werknemer heeft hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de kantonrechter.

3.6. Solutions heeft een verweerschrift ingediend.

3.7. Op 12 oktober 2018 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden, waarvan proces-verbaal is opgemaakt. Beide partijen hebben een pleitnotitie overgelegd.

3 Pleitnota Werknemer eerste aanleg onder 3.

4 Prod. 27 verweerschrift eerste aanleg.

5 Ktr. 's-Gravenhage 22 augustus 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10292, Prg. 2017/309.

3.8. Bij tussenbeschikking van 4 december 2018⁶ heeft het hof overwogen dat de vraag aan de orde is of het uitzendbeding van art. 13 lid 3 van de NBBU-cao ingeval van ziekte rechtsgeldig is, en zo ja of Solutions zich hierop in dit geval kan beroepen; dat het hof zijn beslissing op dit punt aanhoudt en dat het overweegt om dit geschilpunt bij wege van prejudiciële vraag voor te leggen aan de Hoge Raad (rov. 8). Volgens het hof kan de beoordeling van de rechtsgeldigheid van het uitzendbeding in het midden blijven, indien komt vast te staan dat partijen op 27 juni 2016 een uitzendovereenkomst fase 3 hebben gesloten (met een arbeidsduur van 20-40 uur per week) voor bepaalde tijd tot 2 oktober 2016. In dat geval moet namelijk geoordeeld worden dat de uitzendovereenkomst met Werknemer op 2 oktober 2016 rechtsgeldig tot een einde is gekomen (rov. 9). Solutions zal worden toelaten tot bewijslevering dat partijen een dergelijke overeenkomst hebben gesloten (rov. 10). Indien Solutions niet slaagt in het bewijs daarvan, moet voorlopig geconcludeerd worden dat de vanaf 15 mei 2016 geldende nieuwe/herleefde uitzendovereenkomst voor 20 uur per week krachtens het overgangsrecht van de Wwz op 1 juli 2016 van rechtswege is overgegaan in een uitzendovereenkomst fase 3, waarvoor het uitzendbeding niet geldt. Voor de overige 20 uur per week echter, waarvoor Werknemer vanaf 15 mei 2016 een uitkering krachtens de Ziektewet is blijven ontvangen, geldt dit niet (rov. 13).

3.9. Het hof heeft getuigen gehoord.

3.10. Beide partijen hebben een memorie na getuigenverhoor genomen.

3.11. Bij tussenbeschikking van 17 maart 2020⁷ heeft het hof geoordeeld dat Solutions niet is geslaagd in het bewijs dat partijen op 27 juni 2016 een uitzendovereenkomst fase 3 hebben gesloten voor bepaalde tijd (rov. 11). Daarmee is relevant of het uitzendbeding van art. 13 lid 3 van de NBBU-cao ingeval van ziekte rechtsgeldig is. Het hof zal deze vraag zelf beantwoorden en geen prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voorleggen (rov. 13). Volgens het hof is het uitzendbeding vernie-

tigbaar voor zover daarin is bepaald 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 is 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 (rov. 14). De consequentie daarvan is dat de uitzendovereenkomst niet is geëindigd op 24 maart 2016, en dat deze per 1 juli 2016 voor de volle 40 uur per week is overgegaan in een uitzendovereenkomst fase 3. In fase 3 geldt op grond van art. 14 lid 2 sub c van de NBBU-cao geen uitzendbeding en heeft de werkgever een loondoorbetalingsverplichting (rov. 15). Werknemer heeft dan ook in beginsel vanaf 24 maart 2016 recht op loondoorbetaling op basis van een werkweek van 40 uur. Over de uren dat hij arbeidsongeschikt is geweest, heeft hij in beginsel recht op loondoorbetaling conform artikel 25 lid 1 sub b van de NBBU-cao. Om de vorderingen van Werknemer te kunnen beoordelen verzoekt het hof Werknemer nadere informatie te verstrekken over de vraag in welke periodes hij vanaf 24 maart 2016 geheel of gedeeltelijk arbeidsongeschikt was voor zijn eigen werk bij Solutions. Ook wil het hof weten of Werknemer nog wenst te worden toegelaten tot de werkzaamheden bij [A] (de inlener) via Solutions en welke inkomsten Werknemer heeft gehad uit hoofde van een Ziektewet- of enige andere uitkering, en/of uit werk (rov. 17).

3.12. Werknemer heeft een akte met producties genomen, waarop Solutions bij akte heeft gereageerd.

3.13. Bij tussenbeschikking van 29 september 2020⁸ heeft het hof overwogen dat Werknemer vanaf 11 juni 2018 geen aanspraak meer maakt op loon, aangezien hij per die datum gestart is met een eigen bedrijf (rov. 5). Omdat de arbeidsovereenkomst nog steeds voortduurt is het verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding niet toewijsbaar (rov. 6). Over de periode 26 september 2016 tot 9 november 2016 heeft Werknemer geen recht op loondoorbetaling omdat Werknemer in

6 Gerechtshof Den Haag 4 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3329, *JAR* 2019/12, m.nt. W.A. Zondag.

7 Gerechtshof Den Haag 17 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:460, *JAR* 2020/102, m.nt. E.C.A. Pronk.

8 Gerechtshof Den Haag 29 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1848, *AR-Updates.nl* 2020-1183.

die periode niet het door de bedrijfsarts geadviseerde aantal uren heeft gewerkt. Solutions was derhalve gerechtigd een loonstop toe te passen (rov. 14). Voor de periode van 24 maart 2017 tot en met 12 januari 2018 verzoekt het hof Werknemer om een nieuwe berekening over te leggen, waarin wordt uitgegaan van doorlopende arbeidsongeschiktheid (rov. 17). Voor de periode van 13 januari 2018 tot en met 10 juni 2018 gaat het hof ervan uit dat Werknemer volledig arbeidsgeschikt was voor het verrichten van eigen werk (rov. 18). Verder verzoekt het hof Werknemer nieuwe berekeningen over te leggen voor wat betreft zijn aanspraken op uitbetaling tijdens feestdagen (rov. 22- 23). Ook voor aanspraken van Werknemer op vakantiegeld moeten nieuwe berekeningen worden overgelegd (rov. 26). Ten slotte verzoekt het hof Werknemer om zich uit te laten over het verzoek van Solutions om zijn eindbeschikking niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, subsidiair om te bepalen dat Werknemer voor 75% van het door Solutions betaalde bedrag zekerheid zal stellen (rov. 33).

3.14. Werknemer heeft een akte genomen. Solutions heeft hierop bij akte gereageerd.

3.15. Bij eindbeschikking van 20 juli 2021⁹ heeft het hof de beschikking van de kantonrechter van 22 augustus 2017 vernietigd. Solutions is veroordeeld tot betaling aan Werknemer van een bedrag van € 18.662,58, te vermeerderen met de wettelijke verhoging van 10% en vermeerderd met de wettelijke rente. Ook is Solutions veroordeeld om nieuwe loonstroken en jaarpogaven te verstrekken en is zij in de kosten van de procedure veroordeeld. De beschikking is uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

3.16. Solutions heeft tijdig cassatieberoep ingesteld tegen de beschikkingen van 17 maart 2020, 29 september 2020 en 20 juli 2021.¹⁰ Werknemer heeft een verweerschrift ingediend. Mr. S.F. Sagel en mr. K.A. Gorgun hebben het standpunt van Solutions schriftelijk toegelicht. Mr. H.J.W. Alt heeft het standpunt van Werknemer schriftelijk toegelicht. Solutions heeft afgezien van repliek. Werknemer heeft gedupliceerd.

9 Gerechtshof Den Haag 20 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2020:460, *AR-Updates.nl* 2021-1029.

10 De procesinleiding is op 19 oktober 2021 in het portaal van de Hoge Raad geplaatst.

4. Het cassatiemiddel

4.1. Het cassatiemiddel is gericht tegen rov. 14 van de tussenbeschikking van 17 maart 2020. Deze overweging luidt 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 inwerking-treding 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. Aangezien artikel 7:670 lid 1 BW van dwingend recht is en uitsluitend strekt ter bescherming van de werknemer, is het uitzendbeding in zoverre vernietigbaar op de voet van artikel 3:40 lid 2 BW. In het beroepschrift van [Verweerder] is onder meer betoogd dat artikel 13 lid 3 sub a van de NBBU-cao (einde uitzendovereenkomst met uitzendbeding tijdens ziekte) in strijd is met het opzegverbod van artikel 7:670 BW. In dit betoog ligt, naar het hof begrijpt, een beroep van [Verweerder] op vernietiging besloten. Dit beroep slaagt.”

4.2. Het oordeel van het hof komt er dus op neer dat sinds de invoering van de Wwz geen mogelijkheid meer bestaat om bij cao af te wijken van het opzegverbod tijdens ziekte en dat het afschaffen van deze afwijkmogelijkheid tot gevolg heeft dat het in art. 13 lid 3 sub a van de NBBU-cao opgenomen uitzendbeding in strijd is met de wet, voor zover daarin is bepaald:

– dat de uitzendovereenkomst ten einde komt doordat de uitzendkracht de bedongen arbeid als

gevolg van arbeidsongeschiktheid niet langer kan verrichten, en

– dat in geval van ziekte of ongeval van de uitzendkracht de terbeschikkingstelling direct na melding daarvan geacht wordt met onmiddellijke ingang te zijn beëindigd op verzoek van de inleener.

4.3. Bij *onderdeel 1* wordt geklaagd dat het oordeel van het hof dat art. 13 lid 3 sub a van de NBBU-cao vanaf 1 juli 2015 in strijd is met het opzegverbod tijdens ziekte van art. 7:670 lid 1 BW, rechsens onjuist is. Het hof heeft namelijk miskend dat wanneer sprake is van (een beroep op) een uitzendbeding, zoals in dit geval art. 13 lid 3 van de NBBU-cao, de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling tot een einde komt. Het opzegverbod tijdens ziekte staat daaraan niet in de weg, zo volgt (ook) uit de wetgeschiedenis van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, aldus het onderdeel.

4.4. Volgens *onderdeel 2* is de overweging van het hof dat art. 13 lid 3 NBBU-cao moet worden aangemerkt als een toepassing van art. 7:670 lid 13 BW (oud), onvoldoende begrijpelijk. Die uitleg vindt niet alleen geen steun in de bewoordingen van het beding. De uitleg is ook onbegrijpelijk omdat niet is in te zien waarom de cao-partijen met art. 13 lid 3 NBBU-cao zouden hebben *willen of moeten* voorzien in een afwijking van het opzegverbod tijdens ziekte in een geval waarin aan toepassing van dat verbod helemaal niet wordt toegekomen, omdat de uitzendovereenkomst in zo'n geval al van rechtswege is geëindigd.

4.5. *Onderdeel 3* bevat een voortbouwklacht.

4.6. Hiermee stellen de klachten in de kern de geldigheid van het uitzendbeding bij ziekte van de uitzendkracht aan de orde. Die vraag was overigens zijdelings ook aan de orde in een recente conclusie van A-G Wattel.¹¹

4.7. Bij de bespreking van de klachten is het volgende van belang.

11 Zie de conclusie van A-G Wattel van 15 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1183. In deze zaak zijn de feitenrechters ervan uit gegaan dat de uitzendovereenkomst door de ziekmelding van de uitzendkracht van rechtswege is beëindigd. De A-G gaat daar veronderstellenderwijs vanuit, zie onder 1.3 en 7.9 van zijn conclusie. Onder 7.1-7.6 bespreekt Wattel het uitzendbeding, de opvattingen in de literatuur over de rechtsgeldigheid van dat beding en de onderhavige uitspraak van het hof Den Haag.

5. De uitzendovereenkomst

Wet Flexibiliteit en zekerheid: uitzendovereenkomst is arbeidsovereenkomst

5.1. Met de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid per 1 januari 1999 is een nieuwe afdeling 11 toegevoegd aan Boek 7, die is gewijd aan de uitzendovereenkomst.¹² Eerder was de uitzendovereenkomst wettelijk geregeld in de Arbeidsvoorzieningswet en gold er een vergunningenstelsel voor uitzendbureaus. Beoogd werd om 'de belangrijke allocatiefunctie op de arbeidsmarkt' van de uitzendformule te behouden, maar ook meer zekerheid te geven over de aard van de uitzendovereenkomst.¹³ Dit sloot aan bij een eerder advies van de Stichting van de Arbeid (hierna: StvdA), een overlegorgaan voor organisaties van werkgevers en van werknemers, waarop het wetsvoorstel voortbouwde.¹⁴

5.2. Een belangrijke wijziging die met de Wet Flexibiliteit en Zekerheid (en de daarmee nauw verbonden Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, de Waadi) werd ingevoerd, was het afschaffen van het vergunningsvereiste voor uitzendbureaus. Ook werd de maximale uitzendtermijn afgeschaft. Als 'contragewicht' is de uitzend-

12 Wet van 14 mei 1998, houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en van enige andere wetten (Flexibiliteit en zekerheid), *Stb.* 1998, 300. Zie over de uitzendovereenkomst o.a.: F.B.J. Grapperhaus & M. Jansen, *De uitzendovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1999; Y.A.E. van Houte, 'De uitzendovereenkomst', in: D.J.B. de Wolff & E. Verhulst (red.), *Flexibele arbeidsrelaties (Monografieën Sociaal Recht nr. 25)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 89-119; Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/12.1 (De uitzendovereenkomst); J.P.H. Zwemmer, *Arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridisch 2021; J.P.H. Zwemmer, 'De uitzendkracht, de payrollwerknemer en de gedetacheerde werknemer', in: G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke thema's – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 445-526; M. Tanja in: J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer, aant. 5.1 t/m 5.22 (Uitzendovereenkomst, actueel t/m 1 januari 2022); E. Verhulst, *T&C BW*, commentaar op afd. 11 boek 7 BW (actueel t/m 15 augustus 2022).

13 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9.

14 Stichting van de Arbeid, *Nota 'Flexibiliteit en Zekerheid'*, 3 april 1996, Publikationnr. 2/96.

overeenkomst erkend als een species van de arbeidsovereenkomst uit titel 7.10 BW (art. 7:690 BW).¹⁵

5.3. Volgens de definitie van art. 7:690 BW is de uitzendovereenkomst de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. Daarmee is kenmerkend voor de uitzendovereenkomst dat daarbij drie partijen zijn betrokken: de uitzendkracht (werknemer), het uitzendbureau (werkgever) en een derde (opdrachtgever, ook wel de inlener genoemd).

5.4. Uit deze omschrijving volgt dat een uitzendovereenkomst als een arbeidsovereenkomst kwalificeert. Eerder was het onzeker of de uitzendovereenkomst als een arbeidsovereenkomst moest worden beschouwd.¹⁶ Algemeen wordt aangenomen dat éérst moet zijn voldaan aan de voorwaarden voor een arbeidsovereenkomst (art. 7:610 BW) en dat dán beoordeeld moet worden of sprake is van een uitzendovereenkomst.¹⁷ Met andere woorden, als niet voldaan is aan de elementen voor een arbeidsovereenkomst, kan geen sprake zijn van een uitzendovereenkomst. Er zijn hierover echter ook wel andere opvattingen.¹⁸

Allocatiefunctie uitzendovereenkomst

5.5. Voor de uitzendovereenkomst gelden een aantal specifieke bepalingen, waarin wordt afgeweken van de gewone regels voor arbeidsovereenkomsten. Hierdoor geldt voor uitzendovereen-

komsten een ‘verlicht arbeidsrechtelijk regime’.¹⁹ De rechtvaardiging voor dit ‘verlichte regime’ werd gezien in de aan de allocatiefunctie van uitzendwerk verbonden vrijheid van partijen om een arbeidsrelatie aan te gaan. Zie de memorie van toelichting bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid:²⁰ “Het bijzondere karakter van de uitzendovereenkomst is gelegen in het feit dat de allocatieve functie van de uitzendovereenkomst impliceert dat partijen een zekere vrijheid hebben terzake van het aangaan en verbreken van hun arbeidsrelatie. Het is derhalve verantwoord dat deze vrijheid groter is dan bij gewone dienstverbanden tussen twee partijen.”

5.6. Met de allocatiefunctie van uitzendwerk wordt bedoeld dat uitzendwerk ‘de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid bij elkaar brengt’.²¹ Deze allocatiefunctie werd als een essentieel aspect van uitzendbureaus gezien (mijn onderstreping (gecursiveerd; red.)).²²

“De bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst geldt alleen voor die werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen, dus die in het kader van de uitoefening van hun beroep of bedrijf arbeidskrachten ter beschikking stellen aan derden.”

5.7. In de wettelijke definitie van de uitzendovereenkomst is het element ‘allocatieve functie’ echter niet opgenomen.²³ In lijn hiermee heeft de Hoge Raad in 2016 in het *Care4Care*-arrest geoordeeld dat in art. 7:690 BW geen beperkende allocatiefunctie moet worden gelezen en dat elke werkgever die bedrijfsmatig werknemers ter beschikking stelt aan derden, als uitzendwerkgever moet worden beschouwd.²⁴ Om die reden werd

15 F.J.B. Grapperhaus, ‘De uitzendkracht’, *ArbeidsRecht* 1998/50.

16 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, 2020, par. 5.6.2.

17 Zie onder meer J.P.H. Zwemmer, ‘De uitzendkracht, de payrollwerknemer en de gedetacheerde werknemer’, in: G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke themata – bijzondere arbeidsverhoudingen*, 2021, par. 10.2.2 en *T&C Arbeidsrecht*, aant. 1 bij art. 7:670 BW (Verhulp).

18 Zie hierover J.P.H. Zwemmer, ‘De uitzendkracht, de payrollwerknemer en de gedetacheerde werknemer’, in: G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke themata – bijzondere arbeidsverhoudingen*, 2021, par. 10.2.1. Zie ook A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, 2020, par. 5.6.2.

19 J.P.H. Zwemmer, ‘De uitzendkracht, de payrollwerknemer en de gedetacheerde werknemer’, in: G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke themata – bijzondere arbeidsverhoudingen*, 2021, par. 10.2.3; A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, 2020, par. 5.6.3.

20 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10.

21 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9.

22 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10 en p. 33.

23 Zie ook J.P.H. Zwemmer, ‘De uitzendkracht, de payrollwerknemer en de gedetacheerde werknemer’, in: G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke themata – bijzondere arbeidsverhoudingen*, 2021, par. 10.2.1.

24 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care4Care*).

het payrollbedrijf *Care4Care* aangemerkt als uitzendbureau en kon het – in beginsel – gebruik maken van het verlichte arbeidsrechtelijke regime.

5.8. Sinds 1 januari 2020 is dit laatste niet meer mogelijk, want met de toen ingevoerde Wet arbeidsmarkt in balans is payrolling nader gereguleerd. De payrollovereenkomst is omschreven als “de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen” (art. 7:692 BW). Hiermee is duidelijk gemaakt dat de allocatieve functie – het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt – wel een onderscheidend element is van de ‘reguliere uitzendovereenkomst’, maar niet van de payrollovereenkomst.²⁵

5.9. In de praktijk is de allocatieve functie al lang niet meer kenmerkend voor uitzendwerk. Steeds vaker is sprake van ‘structureel flexibel’ (vgl. onder 6.9 en 6.15). Dat wil zeggen: op basis van een uitzendovereenkomst worden structureel – dus niet tijdelijk – werkzaamheden verricht. Daarmee rijst de vraag of het verlichte regime voor uitzendwerk nog wel van deze tijd is. In de woorden van Jansen:²⁶

“Met de verwatering van die allocatiefunctie in de praktijk erodeert de rechtvaardiging van het bijzondere arbeidsrechtelijke uitzendregime en komt ook de juridische vormgeving ter discussie te staan.”

5.10. Voor de Commissie-Borstlap is deze trend reden om de wet op dit punt te veranderen en het vervullen van een allocatieve functie wél in de wettelijke omschrijving van de uitzendovereenkomst op te nemen (zie hierna onder 6.14).

Het verlichte arbeidsrechtelijke regime

5.11. Het ‘verlichte regime’ voor de uitzendovereenkomst blijkt uit onder meer de volgende uitzonderingen op de gewone arbeidsrechtelijke bescherming.²⁷

5.12. Een eerste uitzondering is dat in de uitzendovereenkomst schriftelijk kan worden bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de derde, op verzoek van die derde een einde komt (art. 7:691 lid 2 BW). Op grond van deze bepaling is in de uitzend-cao’s het uitzendbeding opgenomen (zie nader onder 9.15 e.v.). Toepassing van het uitzendbeding leidt tot onmiddellijke beëindiging van de uitzendovereenkomst van rechtswege: de arbeidsovereenkomst hoeft dus niet te worden opgezegd of ontbonden.

5.13. Op grond van art. 7:691 lid 3 BW verliest het uitzendbeding zijn kracht indien de werknemer meer dan 26 weken voor de werkgever heeft gewerkt. Bij cao kan deze termijn echter worden verlengd tot ten hoogste 78 weken, zo bepaalt lid 8 van art. 7:691 BW.

5.14. Een tweede uitzondering is dat de ketenregeling van art. 7:668a BW op grond van art. 7:691 lid 1 BW, pas na 26 weken van toepassing is op de uitzendovereenkomst. Ook deze termijn kan op grond van art. 7:691 lid 8 BW worden verlengd tot ten hoogste 78 weken. Dit betekent dat gedurende deze periode een onbeperkt aantal tijdelijke arbeidsovereenkomsten mag worden aangegaan zonder dat dit leidt tot een vast contract.²⁸

5.15. Een derde uitzondering is dat bij schriftelijke overeenkomst ten nadele van de werknemer kan

25 J.P.H. Zwemmer, ‘De uitzendkracht, de payrollwerknemer en de gedetacheerde werknemer’, in: G.W. van der Voet (red.), *Arbidsrechtelijke themata – bijzondere arbeidsverhoudingen*, 2021, par. 10.2.2. Zie ook M. Tanja, ‘De uitzendovereenkomst’, in: J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, par. 2022/5.4.2.

26 N. Jansen, ‘Hoe vangen we zieke uitzendkrachten op?’, *TvO* 2021/2.4.

27 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbidsrechtelijke themata I*, 2020, par. 5.6.3.

28 In de ABU-cao (art. 11, versie 2021-2023) en NBBU-cao (art. 11, versie 2022-2023) is thans opgenomen dat zolang de uitzendkracht niet in meer dan 26 weken heeft gewerkt, de uitzendonderneming ervoor kan kiezen om de wettelijke ketenregeling met betrekking tot opvolgende arbeidsovereenkomsten toe te passen. Kiest de uitzendonderneming ervoor de wettelijke ketenregeling toe te passen, dan kan de uitzendonderneming geen gebruik (meer) maken van het fasensysteem als bedoeld in art. 10 van de cao’s en van de uitsluiting van de loondoorbetaling als bedoeld in art. 22 van de cao’s. Pas wanneer sprake is geweest van een onderbreking van 6 maanden, kan opnieuw een keuze worden gemaakt.

worden afgeweken van de in art. 7:628 lid 1 BW opgenomen verplichting tot doorbetaling van loon (art. 7:691 lid 7 BW). Deze mogelijkheid bestaat eveneens voor ten hoogste 26 weken, maar op grond van art. 7:691 lid 8 BW kan ook deze termijn worden verlengd tot ten hoogste 78 weken. Dit betekent dat gedurende die periode de werkgever niet gehouden is om de werknemer loon te betalen indien niet wordt gewerkt, ongeacht de reden van het niet-werken (zoals verminderd werkaanbod).

De uitzend-cao's

5.16. In de uitzendbranche hebben de vakbonden een tweetal cao's gesloten, een met de werkgeversvereniging ABU (Algemene Bond Uitzendondernemingen) en een met de NBBU (Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen), de ABU-cao en de NBBU-cao.²⁹ In deze cao's wordt gebruik gemaakt van de hiervoor beschreven uitzendingsmogelijkheden uit art. 7:691 BW, zodat de door de wet versterkte rechtspositie van de uitzendwerknemer, via de cao toch weer wordt verzwakt.³⁰

5.17. Vanaf 30 december 2019 gelden voor alle uitzendkrachten dezelfde arbeidsvoorwaarden, ongeacht welke uitzend-cao de rechtsverhouding beheerst.³¹ De inhoud van de ABU-cao en de

NBBU-cao is daarmee geheel gelijklopend geworden. De huidige ABU-cao is met ingang van 25 augustus 2022 algemeen verbindend verklaard.³²

Het fasensysteem

5.18. Zowel de ABU-cao als de NBBU-cao kennen een zogenoemd fasensysteem, dat de uitzendovereenkomst opdeelt in een aantal tijdsperiodes. De ABU-cao gaat uit van drie fasen (A t/m C), welke worden gemarkeerd door de periode waarin de uitzendkracht voor de uitzendwerkgever heeft gewerkt. Het fasensysteem van de NBBU-cao is gelijk aan dat van de ABU-cao, met dien verstande dat (vanwege het oude vier fasensysteem van de NBBU) fase A wordt aangemerkt als fase 1-2, fase B als fase 3 en fase C als fase 4.³³

5.19. In de ABU-cao is vermeld dat fase A duurt zolang de uitzendkracht nog niet in meer dan 78 weken voor dezelfde uitzendwerkgever heeft gewerkt.³⁴ De 26-wekenperiode van art. 7:691 BW is hiermee opgerekt tot 78 weken. In deze periode mag het uitzendbeding overeengekomen worden, kan de uitzendonderneming ervoor kiezen om de wettelijke ketenregeling niet toe te passen, en kan de verplichting tot loondoorbetaling door partij-

29 De volgende versies zijn geraadpleegd: versies 2004-2009, 2009-2012, 2012-2017, 2017-2019, 2019-2021 en 2021-2023 van de ABU-cao en versies 1999-2003, 2004-2008, 2009-2013, 2014-2019, 2019-2021, 2021 en 2022-2023 van de NBBU-cao. Bij zowel de ABU als de NBBU zijn cao-toelichtingen opgevraagd, deze zijn echter niet verstrekt.

30 Zo is thans in art. 10 lid 1 van beide cao's (ABU-cao versie 2021-2023, NBBU-cao versie 2022-2023) een afwijking van de termijn als genoemd in art. 7:691 lid 3 BW opgenomen, en wordt in art. 22 van de cao's afgeweken van art. 7:628 lid 1 BW. In art. 11 van beide cao's wordt voorts een uitwerking gegeven van de mogelijkheid om bij cao van de wettelijke ketenregeling af te wijken (zie ook voetnoot 28). Zie hierover tevens: A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, 2020, par. 5.6.3.

31 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, 2020, par. 5.6.3, zie tevens de (gelijklopende) nieuwsberichten van de ABU (Cao's ABU en NBBU geharmoniseerd - ABU) en NBBU (NBBU, ABU en bonden akkoord over nieuwe uitzend-cao's | NBBU).

32 Besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 25 augustus 2022 tot algemeenverbindendverklaring van bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst voor Uitzendkrachten, *Stcrt.* 2022 nr. 18667. De ABU-cao is algemeen verbindend verklaard tot en met 1 januari 2023.

33 De verschillende fasen zijn thans uitgewerkt in art. 10 van zowel de ABU-cao als de NBBU-cao, in de versies van 2021-2023 (ABU-cao) en 2022-2023 (NBBU-cao).

34 Art. 10 lid 1 onder a ABU-cao (versie 2021-2023). De ABU-cao kent sinds 2004 een fase A voor de duur van 78 weken (zie art. 8 lid 1 onder a versie 2004-2009, art. 13 lid 1 onder a versies 2009-2012, 2012-2017, 2017-2019, en art. 10 lid 1 onder a in versie 2019-2021). Onbekend is hoe het fasensysteem geregeld was in de ABU-cao van vóór 2004.

en worden uitgesloten.³⁵ Het voorgaande geldt eveneens voor fase 1-2 in de NBBU-cao.³⁶ 5.20. Als na voltooiing van fase A de uitzendovereenkomst wordt voortgezet of binnen 26 weken na voltooiing van fase A een nieuwe uitzendovereenkomst wordt aangegaan, komt de uitzendkracht in fase B. In fase B kunnen – in afwijking van de ketenregeling van art. 7:668a lid 1 BW – maximaal zes contracten voor bepaalde tijd worden gesloten met een maximale totale duur

van vier jaar.³⁷ De ketenregeling geldt dus in afwijkende vorm.³⁸ In fase B kan het uitzendbeding niet in de arbeidsovereenkomst worden opgenomen en kan eveneens de verplichting om het loon door te betalen (geen arbeid, toch loon in de zin van art. 7:628 BW), in beginsel niet langer worden uitgesloten.³⁹ Wat voor fase B in de ABU-cao geldt, geldt eveneens voor fase 3 in de NBBU-cao.⁴⁰

35 Art. 10 lid 1 onder b (uitzendbeding), art.11 (afwijking ketenregeling) en art. 22 lid 1 (uitsluiting loon- doorbetaling) ABU-cao (versie 2021-2023). Deze regelingen kwamen ook terug in eerdere versies van de ABU-cao, zie in versie 2004-2009: art. 8 lid 1 onder c (uitzendbeding), art. 8 lid 1 en 2 (ketenregeling pas in fase B en in aangepaste vorm van toepassing) en art. 9 (uitsluiting loon- doorbetaling); zie in versies 2009-2012, 2012-2017: art. 13 lid 1 onder c (uitzendbeding), art. 13 lid 1 en 2 (ketenregeling pas in fase B en in aangepaste vorm van toepassing) en art. 30 (uitsluiting loon- doorbetaling), in versie 2017-2019: art. 13 lid 1 onder c (uitzendbeding), art. 13 lid 1 en 2 (afwijking ketenregeling) en art. 40 (uitsluiting loon- doorbetaling), en in versie 2019-2021: art. 10 lid 1 onder b (uitzendbeding), art. 11 (afwijking ketenregeling) en art. 22 (uitsluiting loon- doorbetaling).

36 Fase 1 en 2 in de NBBU-cao's bedragen sinds 1 juli 2016 gezamenlijk 78 weken (zie: art. 13 lid 1 onder a en b in versie 2014-2019 (gewijzigde versie, datum kennisgeving van ontvangst: 29 juni 2016), en art. 10 lid 1 onder a in versies 2019-2021 en 2021). Vóór 1 juli 2016 bedroegen fase 1 en 2 in aanvankelijk gezamenlijk 52 weken, zie art. 13 lid 1 en 2 NBBU-cao versie 1999-2003, en vervolgens 130 weken, zie art. 13 lid 1 NBBU-cao versies 2004-2008, 2009-2013, 2014-2019. Evenals de ABU-cao, bevat ook de NBBU-cao diverse regelingen in afwijking en aanvulling op de wettelijke regeling inzake uitzendarbeid, zie: art. 10 lid 1 onder b (uitzendbeding), art.11 (afwijking ketenregeling) en art. 22 lid 1 (uitsluiting loon- doorbetaling) NBBU-cao (versie 2022-2023). Deze regelingen kwamen ook terug in eerdere versies van de NBBU-cao, zie in versie 1999-2003: art. 13 lid 1 en 2 (uitzendbeding), art. 12 lid 4 (afwijking ketenregeling), art. 15 (uitsluiting loon- doorbetaling); in versies 2004-2008, 2009-2013, 2014-2019: art. 13 lid 2 onder b (uitzendbeding), art. 16 lid 2 onder d, art.14 lid 3 onder d (afwijking keten- regeling), art. 13 lid 2 onder c (uitsluiting loon- doorbe- taling); in versies 2019-2021 en 2021: art. 10 lid 1 (uitzendbeding), art.11 (afwijking ketenregeling), art. 22 (uitsluiting loon- doorbetaling).

37 Art. 10 lid 2 ABU-cao (versie 2021-2023). In deze be- paling is een overgangsregeling opgenomen in lid 2, onder e en f, op basis waarvan de maximale duur van fase B drie jaar kan bedragen in plaats van vier jaar. Vanaf (in ieder geval) 2004 tot 1 juli 2015 bedroeg fase B nog twee jaar (zie in versie 2004-2009: art. 8 lid 2 onder b, in versies 2009-2012 en 2012-2017: art. 13 lid 2 onder b. Per 1 juli 2015 bedraagt fase B vier jaar, zie in versies 2012-2017 (gewijzigde versie met kennisge- ving van ontvangst op 23 december 2014) en 2017-2019: art. 13 lid 2 onder b, en in versie 2019-2021: art. 10 lid 2 onder b).

38 De mogelijkheid om van art. 7:668a BW af te wijken volgt uit art. 7:691 lid 8 sub c BW.

39 Art. 22 lid 5 van ABU-cao (versie 2021-2023). In lid 6 van voormelde bepaling is een uitzondering opgeno- men op basis waarvan in fase B alsnog kan worden afgeweken van art. 7:628 BW. De mogelijkheid om de loon- doorbetalingsverplichting uit te sluiten kwam ook voor in eerdere versies van de ABU-cao, zie in versie 2004-2009: art. 9; in versies 2009-2012, 2012-2017: art. 30; in versie 2017-2019: art. 40; en in versie 2019-2021: art. 22.

40 Art. 10 lid 2 NBBU-cao (versie 2022-2023). Ook in deze bepaling is een overgangsregeling opgenomen in lid 2, onder e en f, op basis waarvan de maximale duur van fase 3 drie jaar kan bedragen in plaats van vier jaar. Zie voorts art. 22 lid 5 van NBBU-cao (versie 2022-2023). In lid 6 van voormelde bepaling is, net als in de ABU-cao, een uitzondering opgenomen op basis waarvan in fase 3 alsnog kan worden afgeweken van art. 7:628 BW. Fase 3 heeft – net als onder de ABU-cao – niet altijd 4 jaar geduurd. Onder versie 1999-2003 gold dat fase 3 verstreek wanneer de uitzend- kracht 18 maanden bij één en dezelfde inlener had gewerkt, waarbij uitzendwerk in fase 1 werd meegere- kend indien dit werk voor dezelfde inlener was ver- richt. De uitzendkracht belandde ook in fase 4 wan- neer hij na voltooiing van fase 1 en 2 het uitzendwerk zonder onderbreking van 3 maanden of langer had voortgezet dan wel een nieuwe uitzendovereenkomst was aangegaan, en de uitzendkracht in fase 3 geduren- de een aaneengesloten periode van 24 maanden werk had verricht voor meerdere inleners, zie art. 13 lid 4

5.21. De uitzendkracht komt in fase C terecht zodra (i) de uitzendovereenkomst na voltooiing van fase B wordt voortgezet óf (ii) als binnen 26 weken na voltooiing van fase B een nieuwe uitzendovereenkomst wordt aangegaan. In fase C werkt de uitzendkracht op basis van een uitzendovereenkomst voor onbepaalde tijd en kan het uitzendbeding niet worden overeengekomen.⁴¹ De uitzendkracht heeft in deze fase grotendeels dezelfde rechtspositie als de 'gewone' werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Zodoende is fase C niet aan een maximale termijn gebonden. Hetzelfde geldt onder de NBBU-cao voor fase 4.⁴² Dit betekent dat er geen maximum is gesteld aan de duur van een uitzendovereenkomst in fase C (ABU) dan wel fase 4 (NBBU).

5.22. Het gevolg van het fasensysteem is dat het lange tijd duurt voordat een uitzendkracht de gewaardeerde arbeidsrechtelijke bescherming krijgt. Door het huidige fasensysteem komt de uitzendwerknemer pas na vijftien jaar in aanmerking voor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Overigens geldt dat de bepalingen in de ABU-cao en NBBU-cao met betrekking tot het fasensysteem per 2 januari 2023 wijzigingen zullen ondergaan ten gunste van de uitzendwerknemer. Vanaf die datum geldt dat fase A (ABU) dan wel fase 1-2 (NBBU) maximaal 52 weken bedraagt in plaats van 78 weken. Fase B (ABU) dan wel fase 3 (NBBU) zal maximaal drie jaar komen te bedragen, in plaats van vier jaar. Dit betekent dat de uitzendkracht onder het nieuwe fasensysteem na vier jaar (in plaats van vijftien jaar) in aanmerking komt voor een uitzendovereenkomst

voor onbepaalde tijd in fase C (ABU) dan wel fase 4 (NBBU).⁴³

Tussenconclusie

5.23. Juridisch gezien is de uitzendovereenkomst gewoon een arbeidsovereenkomst. De wet maakt het echter mogelijk dat voor de uitzendovereenkomst bij cao op verschillende punten van het arbeidsrechtelijke kader wordt afgeweken. De rechtvaardiging hiervoor zag de wetgever (in 1998) in de allocatiefunctie van uitzendwerk: het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Hierdoor is de juridische positie van de uitzendkracht op heel veel punten aanzienlijk slechter dan die van een gewone werknemer.

6. Studies naar uitzendwerk en uitzendkrachten

Onderzoek SEO naar de positie van uitzendwerknemers

6.1. In februari 2020 is op verzoek van het ministerie van SZW een onderzoek verschenen naar de positie van uitzendkrachten (SEO-rapport).⁴⁴

6.2. In het rapport is te lezen dat het aantal uitzendwerknemers tussen 2006 en 2018 gegroeid is van 800 duizend tot bijna 1,2 miljoen per jaar. Dat is inclusief payrollmedewerkers en tijdelijke arbeidsmigranten. Uitzendwerknemers blijven steeds langer als uitzendkracht werken en werken bovendien steeds meer uren per week. Om die reden is de omvang van uitzendwerk in aantal uren tussen 2006 en 2018 bijna verdubbeld.⁴⁵ Uitzendwerknemers zijn in vergelijking met niet-uitzendwerknemers vaker man, jong, lager opgeleid en hebben een migratieachtergrond.⁴⁶

6.3. Sinds 2006 is de verblijfsduur van uitzendwerknemers in uitzendinstroom voortdurend toegenomen. Werkte van het instroomcohort uitzendwerknemers in 2006 na drie jaar nog 11% als uitzendwerknemer, voor het instroomcohort in

NBBU-cao versie 1999-2003. Vanaf 2004 tot 1 juli 2016 bedroeg fase 3 52 weken, zie in versies 2004-2008, 2009-2013, 2014-2019: art. 14 lid 1 onder a. Sinds 1 juli 2016 bedraagt fase 3 vier jaar, zie in versie 2014-2019 (gewijzigde versie, datum kennisgeving van ontvangst: 6 januari 2015): art. 14 lid 1 onder a en in versies 2019-2021 en 2021 art. 10 lid 3 onder b.

41 Art. 10 lid 3 ABU-cao (versie 2021-2023). Zie in versie 2004-2009: art. 8 lid 3 onder b, in versies 2009-2012 en 2012-2017: art. 13 lid 3 onder b. Per 1 juli 2015 bedraagt fase B vier jaar, zie in versies 2012-2017 (gewijzigde versie met kennisgeving van ontvangst op 23 december 2014) en 2017-2019: art. 13 lid 2 onder b, en zie in versie 2019-2021: art. 10 lid 3 onder b.

42 Art. 10 lid 3 en art. 22 lid 5 en 6 NBBU-cao (versie 2022-2023).

43 Zie art. 10 lid 1 van beide cao's (ABU-cao versie 2021-2023 en NBBU-cao versie 2022-2023), in deze bepalingen is tevens een overgangsregeling opgenomen in lid 2, onder e en f.

44 SEO Economisch Onderzoek, De positie van uitzendwerknemers. Ontwikkelingen 1998-2019, SEO-rapport nr. 2020-09. Het onderzoek is uitgevoerd in samenwerking met De Beleidsonderzoekers, UvA en Mediad.

45 SEO-rapport, p. 44.

46 SEO-rapport, p. 44.

2014 was dat na drie jaar nog 21%. In de tussentijd is de doorstroom van uitzendwerk naar een baan in tijdelijke loondienst bij een werkgever ongeveer gelijk gebleven: na een jaar is ongeveer een kwart doorgestroomd naar tijdelijk werk.⁴⁷

6.4. Uit het onderzoek blijkt verder dat het gebruik van het uitzendbeding afneemt, en het gebruik van korte repeterende contracten toeneemt. Zie de volgende passage:⁴⁸

“In fase A geldt vaak het uitzendbeding, maar lang niet altijd en steeds vaker niet. Sinds 2006 is het aandeel uitzendkrachten in fase A met uitzendbeding afgenomen, met een versnelling vanaf 2013. Dat kan vooral worden toegeschreven aan een administratieve verschuiving van uitzendorganisaties van de uitzendsector naar andere sectoren (‘vaksectoren’). In 2006 was 5 procent van alle uitzendorganisaties ingedeeld in een vaksector, in 2018 was dat opgelopen naar 60 procent. Een belangrijke prikkel voor die verschuiving is de relatief hoge WW-premie in de uitzendsector geweest ten opzichte van die in de vaksectoren. Wanneer meer dan de helft van de loonsom werd uitgezonden naar een specifieke sector, dan kon een uitzendorganisatie zich administratief laten indelen in die vaksector met de bijbehorende WW-premie. Vanaf mei 2017 is dat niet meer mogelijk en worden alle nieuwe uitzendorganisaties ingedeeld in de uitzendsector. In de vaksectoren wordt minder vaak gebruik gemaakt van arbeidsovereenkomsten met uitzendbeding (...). In plaats daarvan wordt meer gewerkt met korte contracten, waarbij in een deel van de gevallen loondoorbetaling wordt uitgesloten. Wanneer wordt gekeken naar het recht op loondoorbetaling, dan is te zien dat het aandeel uitzendkrachten in fase A dat recht heeft op loondoorbetaling tot 2015 is toegenomen, en daarna grofweg gelijk is gebleven.”

6.5. Ook blijkt dat er minder doorstroom is van fase A naar fase B of C (zie over het fasensysteem hiervoor onder 5.18 t/m 5.22), omdat dit voor uitzendbureaus minder aantrekkelijk is vanwege de arbeidsrechtelijke risico's en de stijgende loonkosten. Dat zorgt voor een prikkel om uitzend-

werknemers in fase A te houden met een uitzendbeding, of om korte contracten aan te bieden.⁴⁹

6.6. De centrale onderzoeksvraag van het rapport, wat de invloed is van het huidige wettelijke kader dat is ontwikkeld vanaf 1998 op de positie van de uitzendwerknemer, wordt als volgt beantwoord:⁵⁰ “De positie van uitzendwerknemers is sinds 1998 door het wettelijk kader in formele zin versterkt, zowel in eerste instantie door invoering van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) en de Wet flexibiliteit en zekerheid (Wfz), als later door aanscherping van de Waadi en invoering van de Wet werk en zekerheid (Wwz). In de praktijk is de baan zekerheid afgenomen, onder andere door een gemiddeld langer verblijf in de uitzendrelatie, en de werk- en inkomenszekerheid toegenomen door gemiddeld meer uitzenduren per uitzendwerknemer en een grotere doorstroom naar ander werk. Ook de meer gelijke arbeidsvoorwaarden met niet-uitzendwerknemers (o.a. via het loonverhoudingsvoorschrift en scholing) heeft in de praktijk voor een sterkere positie van uitzendwerknemers geleid, al staat die positie wel onder druk door een toename van alternatieve arbeidsvormen die niet onder de Waadi vallen.”

Onderzoek naar uitzendwerk en andere driehoeksrelaties in opdracht van SZW

6.7. Eveneens in februari 2020 verscheen een in opdracht van het ministerie van SZW uitgevoerd onderzoek naar uitzendwerk en andere driehoeksrelaties.⁵¹ In het rapport is vermeld dat de omzet in de markt van driehoeksrelaties in 2017 te bepalen is tussen 26 en 32 miljard euro. Vanaf 2006 is de omzet van uitzend- en uitleenbedrijven gegroeid met 81%, van 14,3 miljard in 2006 tot 25,9 miljard in 2017.⁵² In de periode 2007 tot en met 2017 is het aantal uitzendkrachten toegenomen met 16% tot ruim 1,1 miljoen, zo is vermeld.⁵³

49 SEO-rapport, p. 61.

50 SEO-rapport, p. i.

51 De Beleidsonderzoekers, *Driehoeksrelaties. De relatie met de Wet Allocatie Arbeidskrachten door Intermediairs (Waadi) en de Wet Flexibiliteit en Zekerheid (Wfz)*, 12 februari 2020. Het onderzoek is verricht in samenwerking met de UvA, Mediad & en SEO Economisch Onderzoek.

52 Rapport De Beleidsonderzoekers, p. 43-44.

53 Rapport De Beleidsonderzoekers, p. 12.

47 SEO-rapport, p. 61.

48 SEO-rapport, p. 35. Verwezen wordt naar inkomensdata van het UWV, zie voor een toelichting en verantwoording p. 125-126 van het onderzoek. Zie ook p. 44.

6.8. Uitzendkrachten werken vooral in de industrie en in de financiële en zakelijke dienstverlening. Bijna de helft van de uitzendkrachten werkt bij bedrijven met minder dan 100 werknemers (mkb). Uitzendkrachten werken steeds vaker in het mkb.⁵⁴

6.9. Op dit moment zet ongeveer de helft van inhurende organisaties driehoekrelaties structureel in. Het gaat dan om structurele inzet op organisatieniveau; sprake is van een “flexibele schil” met een structureel karakter.⁵⁵

6.10. Verder is te lezen dat sprake is van een geringe doorstroming van uitzendwerk naar vaste contracten. Vaak is sprake van repeterende, korte contracten, waarbij het uitzendbeding geen rol speelt.⁵⁶

“Een van de grote niet geanticiperde ontwikkelingen bij uitzenden betreft de repeterende korte contracten. Dit houdt in dat één uitzendkracht een groot aantal dag- en weekcontracten bij dezelfde inlener heeft gedurende langere tijd, vanaf de eerste dag. Het betreft niet het uitzendbeding, maar het werken in korte contracten in fase A. Het probleem van de korte repeterende contracten is de onzekerheid voor de uitzendkracht in deze periode. Dit fenomeen is rond de jaren 2009-2010 tot de vakbonden doorgedrongen. Het is niet uitgesloten dat deze constructie daarvoor al langere tijd in de praktijk werd toegepast, ook omdat het bij wet mogelijk was. De vakbond constateerde rond die jaren dat een situatie was ontstaan, die leek op de periode van voor de Wfz: “We kunnen weer van voren af aan beginnen”. Inmiddels zijn wettelijke blokkades opgeworpen voor deze praktijk en is in de uitzend-cao afgesproken dat dergelijke contracten minimaal een maand moeten duren.”

6.11. In het rapport is het volgende te lezen over de kosten van uitzendwerk en andere driehoeksconstructies:⁵⁷

“Uit de analyse blijkt dat de kostenverschillen tussen de verschillende driehoeksrelaties niet eenduidig zijn. Veel hangt af van de leeftijd van de arbeidskracht, de sector, de omvang van het dienstverband en het type werkzaamheden dat moet worden verricht. Arbeidsbemiddeling en

uitzenden lijken relatief duur, maar voor uitzenden geldt dat vooral bij jongeren. Voor ouderen wegen de relatief lage loonkosten en de lagere arbeidsrechtelijke risico's van uitzenden ruimschoots op tegen de inhuurkosten. Ouderen kunnen immers in een vergelijkbare schaal worden ingedeeld, maar dan aan de onderkant. Tel daarbij het ontbreken van veel arbeidsrechtelijke risico's op, die juist bij oudere werknemers groter zijn, dan geeft dat een prikkel voor inhurende organisaties om structureel gebruik te maken van uitzendarbeid en waar mogelijk ook structureel gebruik van dezelfde uitzendkrachten. Payrollen is juist goedkoper in het geval van jongeren, omdat daar de kleinere arbeidsrechtelijke risico's eerder voor lagere inhuurkosten zorgen.

(...)

Kostenvoordelen bij driehoekrelaties vinden hun bron vooral in een versoering van de arbeidsvoorwaarden, het behalen van schaalvoordelen op de werving en selectie van arbeidskrachten, en in het verschuiven van arbeidsrechtelijke risico's naar arbeidskrachten zelf.”

6.12. Duidelijk is dat het verleggen van ‘arbeidsrechtelijke risico's’ naar de uitzendkracht een belangrijke financiële motor is voor uitzendwerk.

Uitzendwerk volgens de Commissie-Borstlap

6.13. In het rapport van de Commissie-Borstlap, *In welk land willen wij werken*, is uitzendwerk gepositioneerd als ‘derde rijbaan’ voor werkenden, naast een ‘rijbaan voor zelfstandigen’, en een ‘rijbaan voor werknemers’.⁵⁸ Deze ‘derde rijbaan’ voor uitzendwerk is bedoeld voor “*werknemers die op uitzendbasis tijdelijk werk verrichten dat qua duur en omvang van tevoren niet of moeilijk is te overzien.*” Voor deze ‘derde rijbaan’ wordt een verlicht ontslagregime gerechtvaardigd geacht vanwege de allocatiefunctie van het uitzendbureau.⁵⁹

6.14. Dit vereist echter wel dat uitzendwerk – anders dan nu het geval is – ook daadwerkelijk moet worden gebruikt waarvoor het is bedoeld: ‘piek en ziek’.⁶⁰ Om deze reden adviseert de Commissie-Borstlap om in de definitie van de uitzendovereenkomst toe te voegen dat de werkgever die werknemers ter beschikking stelt aan derden, “dit

54 Rapport De Beleidsonderzoekers, p. 11.

55 Rapport De Beleidsonderzoekers, p. 13-14.

56 Rapport De Beleidsonderzoekers, p. 98.

57 Rapport De Beleidsonderzoekers, p. 92.

58 Rapport-Borstlap, p. 7. 10 (deel 1) en 75-75 (deel 3).

59 Rapport-Borstlap, p. 11 (deel 1).

60 Rapport-Borstlap, p. 73 (deel 3).

doet in het kader van een door hem vervulde actie-*ve allocatiefunctie op de arbeidsmarkt*.⁶¹ Hierdoor moet worden voorkomen dat uitzendkrachten, zoals nu vaak het geval is, *structureel* bij derden (met wie geen dienstverband bestaat) kunnen worden tewerkgesteld. Dit is oneigenlijk gebruik van uitzendwerk.

6.15. In het rapport van de Commissie-Borstlap wordt geconstateerd dat binnen de groep flexibele werknemers, de uitzend- en oproepkrachten relatief de grootste onzekerheid kennen; voor hen vormt 'structurele tijdelijkheid' het grootste probleem. De uitzendovereenkomst stelt geen eisen aan de maximale periode waarin een uitzendkracht ter beschikking kan worden gesteld aan een opdrachtgever en geeft de uitzendkracht minder recht op ontslagbescherming en op beloning conform de cao in de sector waarin wordt gewerkt. Het fasensysteem brengt mee dat pas nadat vijfeneenhalf jaar is gewerkt op basis van tijdelijke contracten sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met het uitzendbureau.⁶²

6.16. Ook wordt in het rapport uitgebreid besproken op welke punten de arbeidspositie van de uitzendkracht (en andere flexibele arbeidskrachten) achterblijft ten opzichte van die van de werknemer:⁶³ de uitzendkracht krijgt in veel gevallen minder betaald (dan de werknemer met wie hij 'zij aan zij' werkt⁶⁴), de uitzendkracht kan vaak geen beroep doen op secundaire arbeidsvoorwaarden die gelden voor de desbetreffende bedrijfstak,⁶⁵ de uitzendkracht heeft minder werken inkomenszekerheid, de uitzendkracht heeft meer kans op armoede, de uitzendkracht heeft minder goede toegang tot scholing en ontwikkeling gedurende de loopbaan,⁶⁶ de uitzendkracht verricht vaker werk met een zwaardere fysieke belasting, de uitzendkracht doet vaker gevaarlijk werk, de uitzendkracht is vaker slachtoffer van een arbeidsongeval en de uitzendkracht heeft minder toegang tot een bedrijfsarts dan werknemers met een contract voor onbepaalde tijd, waardoor de duurzame inzetbaarheid van de uit-

zendkracht minder is geborgd dan van werknemers met een contract voor onbepaalde tijd. Dat heeft als risico dat deze flexwerkers op de arbeidsmarkt vroegtijdig aan de kant komen te staan.⁶⁷ Uitzendkrachten vallen in het algemeen onder een ander bedrijfspensioenfonds dan dat van de sector waarin zij werkzaam zijn, waardoor zij recht hebben op een ander (vaak lager) pensioen.⁶⁸ Verder beïnvloedt onzekerheid over het werk de ruimte om het werk zelf in te richten en mede vorm te geven aan het werk (autonomie). Bedrijven met veel flexibel werk blijken geneigd in te zetten op bureaucratie en controle van medewerkers, wat innovatie kan belemmeren.⁶⁹ Mede hierdoor heeft flexibel werk een negatief effect op de arbeidsproductiviteit.⁷⁰ Een opstap naar een vaste arbeidsovereenkomst is uitzendwerk al lang niet meer.⁷¹

6.17. Hierbij komt dat de kosten van de inzet van uitzendkrachten gedeeltelijk worden afgewenteld op het collectief. Deze werknemers doen vaker een beroep op regelingen rondom werkloosheid, ziekte- en arbeidsongeschiktheid en bijstand.⁷²

6.18. Vanwege al deze negatieve effecten van uitzendwerk, zowel voor de individuele uitzendkracht als voor de maatschappij, heeft de Commissie-Borstlap onder meer voorgesteld om flexwerkers, waaronder uitzendkrachten, een 'flextoeslag' te geven, waardoor tijdelijke arbeid wordt 'beprijsd'.⁷³ Verder is voorgesteld om de mogelijkheid om bij collectieve arbeidsovereenkomst af te wijken van de hoofdregel dat voor uitzendkrachten hetzelfde arbeidsvoorwaardelijke regime toegepast moet worden als bij de inlener, te schrappen. Dit moet zorgen voor een 'gelijk speelveld' voor werknemers. Ook adviseert de Commissie dat de uitzending naar een specifieke opdrachtgever (inlener) slechts tijdelijk van duur kan zijn en de maximumtermijn voor opeenvolgende tijdelijke contracten met de werkgever gelijk te trekken met 'reguliere' werknemers (24 maanden).⁷⁴

61 Rapport-Borstlap, p. 76 en 72-73 (deel 3).

62 Rapport-Borstlap, p. 33 (deel 2).

63 Rapport-Borstlap, p. 31-32 (deel 2).

64 Rapport-Borstlap, p. 33 (deel 2).

65 Rapport-Borstlap, p. 33 en noot 53 (deel 2).

66 Rapport-Borstlap, p. 38 (deel 2).

67 Rapport-Borstlap, p. 31-32 (deel 2).

68 Rapport-Borstlap, p. 54 (deel 2).

69 Rapport-Borstlap, p. 38 (deel 2).

70 Rapport-Borstlap, p. 38-39 (deel 2).

71 Rapport-Borstlap, p. 32 (deel 2).

72 Rapport-Borstlap, p. 32 (deel 2).

73 Rapport-Borstlap, p. 67 (deel 3).

74 Rapport-Borstlap, p. 67-68 en p. 73 (deel 3).

6.19. Voor de voorliggende zaak is ten slotte van belang wat de Commissie-Borstlap schrijft over de beëindiging van de uitzendovereenkomst bij ziekte van de uitzendkracht (mijn onderstreping (gecursiveerd; red.)):⁷⁵

“Daarnaast wijst de Commissie erop dat beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de uitzendwerkneer bij ziekte op de voet van het uitzendbeding niet past bij wat is beoogd met het in artikel 7:691 van het BW vervatte verlichte ontslagregime bij uitzending en ook nu al niet mogelijk zou moeten kunnen zijn. De Commissie beveelt aan het inroepen van het uitzendbeding – en daarmee het beëindigen van de arbeidsovereenkomst tussen de uitzendwerkneer en de “uitzendwerkgever – bij ziekte in de toekomst expliciet te verbieden.”

6.20. De Commissie-Borstlap stelt hier onomwonden dat de huidige regeling van het uitzendbeding bij ziekte van de uitzendkracht niet in overeenstemming is met de bedoeling van art. 7:691 BW en ook nu al – dus onder het huidige wettelijke regime – niet mogelijk zou moeten kunnen zijn. Dit standpunt deel ik, zoals hierna nog uitvoerig aan de orde zal komen (zie o.a. onder 13). De Commissie trekt het echter breder: het uitzendbeding zou maximaal 26 weken moeten mogen gelden en de opzegverboden zouden van toepassing moeten zijn.⁷⁶

Advies Commissie-Roemer

6.21. Op 30 oktober 2020 verscheen van het Aanjaagteam Bescherming Arbeidsmigranten (Commissie Roemer)⁷⁷ het advies ‘Geen tweederangsburgers’, waarin de Commissie onder andere adviezen formuleert die strekken tot een betere beheersing van de uitzendsector.⁷⁸ De Commis-

sie-Roemer stelt vast dat het oorspronkelijke idee van uitzendwerk – opvangen van ‘piek en ziek’ – in de loop van de jaren is overgegaan in uitzendwerk als standaardmodel voor laag- of ongeschoold werk.⁷⁹ Geconstateerd wordt verder dat veel arbeidsmigranten in Nederland voor een uitzendbureau werken en vaak structureel werk bij de inlener verrichten.⁸⁰ Door hun zwakke positie op de arbeidsmarkt kunnen arbeidsmigranten blijven hangen in fase A met een uitzendbeding, zodat de uitzendovereenkomst eindigt bij ziekte of gebrek aan werk.⁸¹

6.22. Eén van de aanbevelingen van de Commissie-Roemer voor een betere beheersing van de uitzendsector, is het creëren van een sluitend systeem voor bonafide uitzendbureaus, door middel van een verplichte certificering. Een certificeringssysteem met structurele toetsing zou moeten zorgen voor een ‘APK-keuring’ van uitzendbureaus, waardoor malafide uitzendondernemingen van de markt kunnen worden geweerd.⁸²

6.23. Verder adviseert de Commissie-Roemer om eerlijk werk te garanderen via cao-afspraken. Een in het oog springende aanbeveling in dit verband is de introductie van een gegarandeerd minimumloon voor de eerste twee maanden, ongeacht

migranten; betere handhaving en toezicht; institutionele inbedding van arbeidsmigratie.

79 Rapport-Roemer, p. 20.

80 Rapport-Roemer, p. 20-21.

81 Rapport-Roemer, p. 21.

82 Rapport-Roemer, p. 19. Andere adviezen van de Commissie die strekken tot het creëren van een sluitend systeem voor bonafide uitzendbureaus zijn: het verplicht stellen van het gebruik van een g-rekening, de introductie van een waarborgsom om te bewerkstelligen dat de lonen te allen tijde kunnen worden betaald, inhoudelijke controle door de KvK, het stellen van regels omtrent aansprakelijkheid van de inlener, de introductie van een bestuursrechtelijke bestuursverbod en een meldplicht bij ongelukken voor uitzendbureaus. Minister Van Gennip van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft in een brief van 5 juli 2022 gereageerd op het rapport-Roemer, en heeft daarbij laten weten dat het kabinet de komende periode samen met sociale partners verder wil werken aan een uitwerking van een wetsvoorstel, dat naar verwachting begin 2023 bij de Kamer kan worden ingediend. Zie: Brief van Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 5 juli 2022, *Kamerstukken II* 2021/22, 29 544, nr. E.

75 Rapport-Borstlap, p. 72 (deel 3).

76 Rapport-Borstlap, p. 88 (deel 3).

77 De Commissie-Roemer is ingesteld op 4 mei 2020 en is gevraagd om voorstellen te doen om de werk- en leefomstandigheden van arbeidsmigranten structureel te verbeteren.

78 Aanjaagteam Bescherming Arbeidsmigranten (‘Commissie-Roemer’), *Geen tweederangsburgers. Aanbevelingen om misstanden bij arbeidsmigranten in Nederland tegen te gaan*, 30 oktober 2020, p. 20-29. Daarnaast bevat het rapport aanbevelingen ten aanzien van de volgende onderwerpen: zicht krijgen op arbeidsmigratie; meer en betere huisvesting voor arbeidsmigranten; gezondheid en welzijn van arbeids-

het feitelijk gewerkte aantal uren. De Commissie oppert dat de werkgever (meestal: het uitzendbureau) die de betrokkene naar Nederland heeft laten komen, het risico moet dragen als er minder werk is dan van tevoren aan de uitzendkracht is beloofd.⁸³ De aanbeveling is dus niet gericht op de situatie waarin de uitzendkracht niet of minder in staat is te werken vanwege ziekte.⁸⁴ Deze aanbeveling is overigens reeds overgenomen door cao-partijen: zowel de ABU-cao⁸⁵ als de NBBU-cao⁸⁶ bevatten een dergelijke inkomensgarantie voor arbeidsmigranten.

SER-advies over uitzendwerk

6.24. In juni 2021 heeft de SER het zogenoemde middellange termijn-advies (MLT-advies) uitgebracht.⁸⁷ In het SER-advies – dat in feite een sociaal akkoord is – is maar heel weinig terug te vinden van de adviezen van de Commissie-Borstlap over het beperken van uitzendwerk en het verbeteren van de positie van de uitzendkracht. Sowieso zijn daarin weinig principiële keuzes gemaakt.⁸⁸ De belangrijkste aanbeveling voor wat betreft het uitzendwerk – het aanscherpen van de definitie van uitzendwerk zodat uitzendwerk wordt gebruikt waarvoor het is bedoeld en niet voor ‘structureel tijdelijk’ werk – is niet overgenomen. Van de vele voorstellen van Borstlap om tot verbetering van de positie van de uitzendkracht te komen worden er maar een paar genoemd,⁸⁹ waaronder het voorstel om de maximale duur van fase A te verkorten van 78 tot 52 weken. Fase B zou maximaal twee jaar mogen duren. Ook moet in art. 8 van de Waadi worden vastgelegd dat het

totaal aan arbeidsvoorwaarden van de uitzendkracht vanaf de eerste werkdag tenminste gelijkwaardig is aan het totaal aan arbeidsvoorwaarden van werknemers in gelijkwaardige functies in dienst van de inlener. Verder wordt ingezet op de invoering van certificering van uitzendbureaus en andere arbeidsbemiddelaars (conform het advies van de Commissie-Roemer).

Regeerakkoord over uitzendwerk

6.25. In het regeerakkoord van 15 december 2021 ‘*Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst*’ is te lezen dat het rapport van de Commissie-Borstlap en het MLT-advies van de SER de leidraad vormen voor hoe de inrichting van de arbeidsmarkt van de toekomst eruit komt te zien.⁹⁰ Verder is het volgende vermeld:

“In lijn met het SER MLT-advies worden oproep-, uitzend- en tijdelijke arbeidscontracten beter gereguleerd.”

6.26. Hiermee is in het midden gebleven of het kabinet ook de overige adviezen van de Commissie-Borstlap over uitzendwerk wil opvolgen.

Kamerbrief Hoofdpijnen Arbeidsmarkt

6.27. Ter uitvoering van het regeerakkoord heeft minister Van Gennip van SZW in juli 2022 de brief *Hoofdpijnen Arbeidsmarkt* aan de Kamer verstuurd. Hierin is over uitzendwerk onder meer het volgende te lezen (mijn onderstrepingen (gecursiveerd; red.)):⁹¹

“*Uitzendcontracten/Terbeschikkingstelling van arbeidskrachten*

Uitzendkrachten hebben, naast oproepkrachten en werknemers met een kort tijdelijk dienstverband, het grootste risico om werkloos of inactief te raken.⁹² Daarnaast hebben ze, naast oproepkrachten, de minste kans om door te stromen naar een dienstverband voor onbepaalde tijd. Ruim 41 procent van de uitzendkrachten stroomt door naar een uitkering.⁹³ Uitzendkrachten zijn

83 Rapport-Roemer, p. 28-29. Andere aanbevelingen strekkende tot het garanderen van eerlijk werk via cao-afspraken zien op due diligence in jaarverslagen, de afspraak dat het niet toegestaan is voor de arbeidsmigrant om schulden te maken (bijvoorbeeld voor woon-werkverkeer) en transparantie over de minimum inhuurprijs.

84 Rapport-Roemer, p. 59.

85 Art. 39 ABU-cao, 2021-2023.

86 Art. 39 NBBU-cao, 2022-2023.

87 SER, Sociaal economisch beleid 2021-2025: Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving, Den Haag: juni 2021 (MLT-advies).

88 A.R. Houweling, ‘SER-advies 2021: een geslaagde onvoldoende voor het Sociaal Akkoord arbeidsmarkt’, TAC 2021/2.

89 SER MLT-advies, p. 18-20.

90 VVD, D66, CDA & ChristenUnie, *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst* (Coalitieakkoord 2021-2015), 15 december 2021, p. 27.

91 Kamerbrief Hoofdpijnen Arbeidsmarkt 5 juli 2002, 2022-0000148422. *Kamerstukken II* 2021/22, 29 544, nr. F.

92 In de voetnoot is vermeld: CBS 2021: profiel van flexwerkers in Nederland.

93 In de voetnoot is vermeld: De duur van de uitkering is gemiddeld korter dan bij andere werknemers die

het vaakst ontevreden over hun werkzekerheid, in 2019 gaf 35 procent aan hier ontevreden over te zijn. *Het is dus van belang om de positie van uitzendkrachten te verbeteren.* Daarbij blijkt dat bij uitzendkrachten de periode waarop ze op een tijdelijk contract (in fase A of B) werken tijdens de Wwz is toegenomen⁹⁴ en dat signalen zijn dat in de uitzendsector een ‘strategische herstart’ in Fase A of B lijkt voor te komen. Het MLT-advies heeft ook voor het verbeteren van de positie van uitzendkrachten adviezen gedaan. Tegelijkertijd is het van belang om te vermelden dat uitzenden een allocatieve functie op de arbeidsmarkt heeft, en dat hierdoor ook ruimte is voor een verlicht regime ten opzichte van andere contractvormen, zoals ook is opgemerkt door de Commissie Regulering van Werk.

Ten eerste stelt het MLT-advies voor om de werkzekerheid van uitzendkrachten te verbeteren. Concreet wordt in het MLT-advies voorgesteld om de onzekere fasen binnen uitzend te verkorten, door de zogeheten fase A (nu via CAO te verlengen van de wettelijke 26 weken naar 78 weken) wettelijk vast te leggen op 52 weken, waarbij geen afwijkingen per CAO meer mogelijk zijn. Fase B wordt verkort naar 2 jaar. Tevens wordt voorgesteld om ook bij uitzenden (in zowel fase A als fase B) de onderbrekingstermijn te laten vervallen, behalve voor scholieren en studenten (voor hen blijft een onderbrekingstermijn van 6 maanden gelden). Het kabinet ziet, gezien de allocatiefunctie die uitzend vervult, ruimte voor het verlicht regime ten opzichte van andere contractvormen – zoals ook opgemerkt door de Commissie Regulering van Werk. Het kabinet is voornemens deze richting, die overigens in het rapport van de Commissie in stringenter vorm werd gesuggereerd, over te nemen en verder technisch uit te werken.

Hierbij is het wel van belang dat concurrentie op arbeidsvoorwaarden moet worden voorkomen. Uit onderzoek is gebleken dat uitzendkrachten niet alleen minder verdienen dan werknemers met een dienstverband voor onbepaalde tijd, maar ook dat het verschil in uurloon maar in beperkte mate samenhangt met kenmerken als leef-

tijd, onderwijsniveau en beroep.⁹⁵ Ook als gecontroleerd wordt voor deze kenmerken blijft er een loonverschil bestaan van 13 procent.⁹⁶ In het MLT-advies wordt voorgesteld dat er niet langer sprake kan zijn van concurrentie op arbeidsvoorwaarden, door te stellen dat er sprake moet zijn van tenminste gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden ten opzichte van werknemers die direct werken bij de inlener. Het kabinet neemt dit advies ter harte en werkt dit advies verder uit met inachtneming van de Europeesrechtelijke kaders.

In dit kader is het ook relevant om te noemen dat er inmiddels twee uitspraken van het Europees Hof van Justitie zijn geweest inzake de tijdelijkheid van het uitzenden in het licht van de uitzendrichtlijn. In de meest recente uitspraak van 17 maart 2022 heeft het Hof van Justitie geoordeeld ‘dat lidstaten verplicht zijn om te waarborgen dat uitzendkrachten niet ter beschikking zouden worden gesteld [aan één inlener] voor een dusdanig lange periode dat deze niet meer als “tijdelijk” kan worden aangemerkt.’⁹⁷ *Nederland heeft tot nu toe geen expliciete waarborgen om te voorkomen dat uitzendkrachten permanent aan een inlener ter beschikking worden gesteld. De komende periode zal in overleg met sociale partners worden bezien welke stappen de Nederlandse regering moet nemen om deze waarborgen te bieden.* Verder is rondom het onderwerp uitzendarbeid relevant dat het kabinet toewerkt naar een certificeringsstelsel voor terbeschikkingstelling op de arbeidsmarkt. (...)

Tussenconclusie

6.28. Uit het voorgaande blijkt dat uitzendwerk bepaald niet alleen positief te waarden is. Uitzendkrachten verkeren in het algemeen in een slechtere positie dan gewone werknemers. De rechtvaardiging van die slechtere positie, de allocatiefunctie van uitzendwerk, heeft aan overtuigingskracht verloren omdat uitzendwerk steeds vaker wordt gebruikt om uitzendkrachten permanent aan een inlener ter beschikking te stellen, waar zij structurele werkzaamheden verrichten.

werkloos worden.

94 In de voetnoot is vermeld: Evaluatie Wet werk en zekerheid.

95 In de voetnoot is vermeld: Smits & de Vries, 2019, Skriabikova & Smits, 2019.

96 In de voetnoot is vermeld: Zie: Loonverschil tussen flexibele en vaste werknemers (www.cbs.nl).

97 In de voetnoot is vermeld: HvJ EU 17 maart 2022, zaak C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196. Zie o.a. ro. 72.

Er is dus sprake van ‘structurele tijdelijkheid’ in plaats van het opvangen van ‘ziek en piek’. De verbetering van de positie van de uitzendkracht staat hoog op de politieke agenda, mede vanwege misstanden in de uitzendbranche.

6.29. Ook is te signaleren dat het gebruik van het uitzendbeding in de uitzendovereenkomst afneemt en steeds vaker wordt gewerkt met repeterende, korte contracten voor de uitzendkracht (zie onder 6.4 en 6.10).

7. De Uitzendrichtlijn

Doelstellingen Uitzendrichtlijn

7.1. De Uitzendrichtlijn is in 2008 tot stand gekomen.⁹⁸ Blijkens art. 2 van de Uitzendrichtlijn heeft de richtlijn tot doel de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren. De verwezenlijking van deze doelen geschiedt onder meer door de naleving van het beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van uitzendkrachten te waarborgen.

7.2. In de considerans van de Uitzendrichtlijn is te lezen dat de richtlijn tevens tot doel heeft de volledige naleving te waarborgen van art. 31 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Daarin is bepaald dat iedere werknemer recht heeft op “gezonde, veilige en waardige arbeidsomstandigheden en op een beperking van de maximumarbeidsduur en op dagelijkse en wekelijkse rusttijden, alsmede op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon.”⁹⁹ Voorts vermeldt de considerans dat het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden onder meer bepaald dat de verwezenlijking van de interne markt moet leiden tot een verbetering van de levensstandaard en de arbeidsvoorwaarden van de werkenden in de Europese Gemeenschap.¹⁰⁰

7.3. Hoewel de Uitzendrichtlijn zich met name richt op de bescherming van de uitzendkracht, gaat het ook om de belangen van ondernemingen. De considerans van de richtlijn vermeldt:

“Uitzendarbeid beantwoordt niet alleen aan de behoeften van de ondernemingen aan flexibiliteit,

maar ook aan de behoeften van de werknemers om werk en privéleven te combineren. Aldus draagt het tevens bij tot het scheppen van banen en tot de deelname aan en de inpassing op de arbeidsmarkt.”¹⁰¹

7.4. Het Hof van Justitie van de EU overwoog in 2020 in het arrest *JH/KG* (zie ook onder 7.20 en 7.22) dat uit de considerans volgt dat de richtlijn beoogt om de “door ondernemingen nagestreefde doelstellingen van flexibiliteit te verzoenen met de doelstelling van zekerheid die beantwoordt aan de bescherming van de werknemers.”¹⁰²

Bescherming Uitzendrichtlijn

7.5. De Uitzendrichtlijn voorziet in een minimumniveau aan bescherming en doet geen afbreuk aan het recht van lidstaten om een gunstiger beschermingskader te creëren.¹⁰³ Evenmin doet de Uitzendrichtlijn afbreuk aan de rol van sociale partners om in collectieve overeenkomsten afspraken te maken over de positie van uitzendwerknemers.¹⁰⁴ In de considerans van de richtlijn is benoemd dat lidstaten op basis van een op nationaal niveau gesloten akkoord tussen de sociale partners, zelfs – zij het binnen zekere grenzen – kunnen afwijken van het beginsel van gelijke behandeling, mits in een adequaat beschermingsniveau is voorzien.¹⁰⁵

7.6. In art. 5 lid 1 van de richtlijn is bepaald dat uitzendkrachten minimaal over dezelfde essentiële arbeidsvoorwaarden dienen te beschikken als wanneer zij rechtstreeks bij de inlener in dienst zouden zijn geweest:¹⁰⁶

“Het beginsel van gelijke behandeling

101 Richtlijn 2008/104/EG (Uitzendrichtlijn), onder (11) van de considerans.

102 HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823, punt 50 (*JH/KG*).

103 Art. 9 lid 1 Richtlijn 2008/104/EG (Uitzendrichtlijn).

104 Richtlijn 2008/104/EG (Uitzendrichtlijn), o.a. onder (8), (16), (19) van de considerans en art. 9.

105 Richtlijn 2008/104/EG (Uitzendrichtlijn), onder (17) van de considerans.

106 Art. 2 Richtlijn 2008/104/EG (Uitzendrichtlijn). Verder vermeldt dit artikel dat de doelstellingen worden verwezenlijkt door “uitzendbureaus als werkgever te erkennen, daarbij rekening houdend met de noodzaak om een geschikt kader te creëren voor de gebruikmaking van uitzendwerk teneinde bij te dragen tot de schepping van werkgelegenheid en de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen.”

98 Richtlijn van 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende uitzendarbeid (Uitzendrichtlijn).

99 Richtlijn 2008/104/EG (Uitzendrichtlijn), onder (1) van de considerans.

100 Richtlijn 2008/104/EG (Uitzendrichtlijn), onder (2) van de considerans.

1. De essentiële arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten zijn, voor de duur van hun opdracht bij een inlenende onderneming, ten minste dezelfde als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen.”

7.7. Onder ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’ wordt verstaan arbeidsvoorwaarden met betrekking tot de arbeidstijd, overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, vakantie, feestdagen en de bezoldiging (art. 3 lid 1 sub f). Wat echter precies onder ‘bezoldiging’ moet worden begrepen, wordt volgens art. 3 lid 2 Uitzendrichtlijn aan de lidstaten overgelaten. De consequentie is dat het aan de lidstaten is overgelaten om te bepalen of onder ‘bezoldiging’ bijvoorbeeld bedrijfspensioen of loondoorbetaling bij ziekte valt.¹⁰⁷

7.8. Verder houdt art. 5 lid 3 Uitzendrichtlijn in dat bij cao kan worden afgeweken van het beginsel van gelijke behandeling, mits in een adequaat beschermingsniveau is voorzien:

“De lidstaten kunnen, na raadpleging van de sociale partners, hun de mogelijkheid bieden om op het passende niveau en onverminderd de door de lidstaten vastgestelde voorwaarden, collectieve overeenkomsten voort te zetten of te sluiten die, met inachtneming van de algemene bescherming van de uitzendkrachten, regelingen inzake de arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten bevatten welke kunnen afwijken van de in lid 1 vastgestelde regelingen.”

7.9. Art. 5 lid 5 Uitzendrichtlijn bevat een antimisbruikbepaling en bepaalt dat lidstaten passende maatregelen dienen te nemen ter voorkoming van misbruik bij de toepassing van art. 5, met name door voorkoming van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van de richtlijn te omzeilen. Art. 6 van de Uitzendrichtlijn bevat diverse regels die toegang tot werk voor de uitzendkracht beogen te bevorderen, en art. 7 ziet op de vertegenwoordiging van uitzendkrachten binnen zowel de uitzendonderneming als de inlenende onderneming.¹⁰⁸

7.10. De Uitzendrichtlijn bevat geen uitdrukkelijke bepaling over ontslag en/of ontslagbescherming bij ziekte.

De implementatie van de Uitzendrichtlijn door de Nederlandse wetgever

7.11. De implementatie van de Uitzendrichtlijn heeft geleid tot wijzigingen in de Waadi en de Wet op de Ondernemingsraden.¹⁰⁹ Voor een wijziging van art. 7:690 e.v. BW werd geen aanleiding gezien.

7.12. Omdat de Uitzendrichtlijn, als gezegd, geen specifieke regels bevat met betrekking tot ontslag en/of ontslagbescherming bij ziekte, lijken het uitzendbeding van art. 7:691 lid 2 BW alsmede het opzegverbod tijdens ziekte van art. 7:670 lid 1 BW buiten de reikwijdte van de Uitzendrichtlijn te vallen.

7.13. Bij de parlementaire behandeling van de implementatiewet zijn door leden van de PvdA-fractie zorgen geuit over het limitatieve karakter van het begrip ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’ in de Uitzendrichtlijn en de door de regering beoogde implementatie van art. 5 Uitzendrichtlijn in de Waadi, onder meer met het oog op ziekte:¹¹⁰ “De leden van de PvdA-fractie stellen vast dat de essentiële arbeidsvoorwaarden, die de regering beschrijft, een limitatieve opsomming is. Op andere arbeidsvoorwaarden, die van toepassing zijn binnen de inlenende onderneming, is gelijke behandeling volgens de regering niet nodig. Kan de regering aangeven op welke concrete arbeidsvoorwaarden, zoals compensatie bij ziekte of pensioenopbouw, ongelijke behandeling wel mogelijk blijft? Waarom wenst de regering deze ongelijkheid in stand te houden?”

7.14. Het antwoord van de regering luidde:¹¹¹ “Het uitgangspunt bij de implementatie van Europese richtlijnen is om daar geen nationale kop op te plaatsen. De regering regelt in het onderhavige wetsvoorstel daarom uitsluitend wat de richtlijn voorschrijft. Dit betekent dat enkel wordt geregeld dat het gelijke behandelingsbeginsel geldt voor de essentiële arbeidsvoorwaarden die zijn

107 F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters (red.), *Europees arbeidsrecht (Monografieën Sociaal Recht nr. 2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 5.5.3.1.

108 Lid 1 voorziet in een inlichtingenplicht met betrekking tot beschikbare vacatures binnen de inlenende onderneming, lid 2 ziet op het belemmeringsverbod, lid 3 omvat het ‘no fee to worker’-principe, lid 4 regelt de toegang tot bedrijfsvoorzieningen en lid 5 bevat

regels met betrekking tot toegang tot opleidingen en kinderopvang.

109 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 895, nr. 3, p. 10-11 (MvT).

110 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 895, nr. 4, p. 4.

111 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 895, nr. 5, p. 5.

opgesomd in de richtlijn en niet voor andere arbeidsvoorwaarden, zoals pensioenaanspraken als zodanig. Gelijke behandeling wat betreft compensatie bij ziekte geldt voor zover dit onderdeel vormt van de essentiële arbeidsvoorwaarde loon.”

7.15. Kennelijk werd tot uitgangspunt genomen dat bij ziekte wel degelijk sprake is van gelijke behandeling tussen uitzendwerknemers en werknemers van de inlener voor zover dit onderdeel vormt van de (essentiële) arbeidsvoorwaarde loon.¹¹²

7.16. Wat de regering hiermee precies bedoelde, is niet helemaal duidelijk. De opmerking zou steun kunnen bieden voor de opvatting dat de uitzendkracht ook recht heeft op loondoorbetaling tijdens ziekte, zoals dat op grond van art. 7:629 lid 1 BW ook geldt voor werknemers van de inlener. In de parlementaire stukken zijn echter geen aanknopingspunten te vinden die erop duiden dat deze lezing van de hiervoor aangehaalde passage de juiste is. Sterker nog: in de memorie van toelichting bij de implementatiewet is opgemerkt dat deze wet enkel regelt wat in de Uitzendrichtlijn is voorgeschreven. Het ligt dan ook niet voor de hand dat met de Nederlandse implementatiewet is beoogd de positie van de uitzendkracht op het gebied van loondoorbetaling bij ziekte te versterken, terwijl de Uitzendrichtlijn daarover niets voorschrijft.

7.17. Het lijkt erop dat de regering bedoeld heeft dat de uitzendwerknemer bij ziekte recht heeft op doorbetaling van loon *op hetzelfde niveau* als werknemers van de inlener, in het geval dat hij recht heeft op loondoorbetaling bij ziekte. Dit scenario lijkt enkel voorstelbaar indien partijen geen uitzendbeding zijn overeengekomen, of indien geen beroep op een overeengekomen uitzendbeding wordt gedaan; in die gevallen eindigt de arbeidsovereenkomst immers van rechtswege.

Ruime uitleg aan (begrippen in de) Uitzendrichtlijn

7.18. Het Hof van Justitie van de EU heeft zich meermaals uitgelaten over de uitleg van de Uitzendrichtlijn. Het Hof heeft in verschillende uit-

spraken overwogen dat aan de (begrippen in de) Uitzendrichtlijn een ruime uitleg toekomt, (mede) vanwege de beschermingsdoelstellingen die aan de richtlijn ten grondslag liggen.

7.19. In het *Ruhrlandklinik*-arrest uit 2016 overwoog het Hof bijvoorbeeld dat een restrictieve uitleg van het begrip ‘werknemer’ in de Uitzendrichtlijn de verwezenlijking van de doelstellingen van de richtlijn in gevaar zou brengen en afbreuk zou doen aan het nuttig effect daarvan.¹¹³

7.20. In het arrest *JH/KG* uit 2020 overwoog het Hof van Justitie van de EU ten aanzien van de uitleg van het begrip ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’:¹¹⁴

“Zoals de advocaat-generaal in punt 44 van haar conclusie heeft opgemerkt, blijkt echter uit overweging 1 van deze richtlijn dat deze bedoeld is om de volledige naleving van artikel 31 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie te waarborgen, waarin overeenkomstig lid 1 ervan in het algemeen het recht van iedere werknemer op gezonde, veilige en waardige arbeidsomstandigheden is vastgelegd. In de toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten (PB 2007, C 303, blz. 17) staat in dit verband dat het begrip “arbeidsvoorwaarden” moet worden uitgelegd als in artikel 156 VWEU. In deze laatste bepaling wordt echter zonder nadere omschrijving slechts verwezen naar “arbeidsvoorwaarden” als een van de gebieden van het sociaal beleid van de EU waarop de Commissie kan optreden om de samenwerking tussen de lidstaten te bevorderen en de coördinatie van hun optreden te vergemakkelijken. In het licht van het door richtlijn 2008/104 nagestreefde doel om de rechten van uitzendkrachten te beschermen, pleit dit gebrek aan precisie voor een ruime uitlegging van het begrip “arbeidsvoorwaarden”.

7.21. In het recente arrest *Luso Temp* (2022) haalt het Hof deze passage uit *JH/KG*, en de beschermende doelstellingen die aan de Uitzendrichtlijn ten grondslag liggen, wederom aan. Het hof komt mede op basis daarvan tot het oordeel dat het begrip essentiële arbeidsvoorwaarden in de Uit-

112 De Uitzendrichtlijn spreekt in art. 3 lid 1 sub f onder ii van ‘bezoldiging’. Art. 5 is geïmplementeerd in art. 8 van de Waadi (de zogenoemde ‘loonverhoudingsnorm’), waarin wordt gesproken van gelijke behandeling van het ‘loon en overige vergoedingen’, zie art. 8 lid 1 sub b Waadi.

113 HvJ EU 17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883, punt 36 (*Ruhrlandklinik*).

114 HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823, punt 54 (*JH/KG*), onder verwijzing naar de conclusie van A-G Sharpston van 23 april 2020, ECLI:EU:C:2020:300, punt 44.

zendrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat dit begrip zich mede uitstrekt tot een vergoeding die een werkgever wegens de beëindiging van de uitzendarbeidsbetrekking aan een werknemer dient te betalen, voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen met behoud van loon en de overeenkomstige vakantietoeslag.¹¹⁵

Lidstaten moeten maatregelen nemen om tijdelijkheid uitzendwerk te waarborgen

7.22. In het arrest *JH/KG* heeft het Hof ook uitleg gegeven aan de antimisbruikbepaling in art. 5 lid 5 van de richtlijn. Het Hof overwoog dat deze bepaling twee *afzonderlijke* verplichtingen bevat, namelijk tot het nemen van passende maatregelen met het oog op voorkoming van: (i) misbruik van de door artikel 5 toegestane afwijkingen van het beginsel van gelijke behandeling, en (ii) achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van de richtlijn in haar geheel te omzeilen. Volgens het Hof rust op lidstaten een verplichting om ervoor te zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt.¹¹⁶ Hoewel dit niet betekent dat lidstaten in een nationale regeling grenzen moeten stellen aan het aantal achtereenvolgende opdrachten van dezelfde uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming, verzet art. 5 lid 5 van de richtlijn zich er wel tegen dat een lidstaat *geen enkele* maatregel neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen.¹¹⁷ Het Hof ziet hier een taak weggelegd voor de nationale rechter:

“67. In casu staat het aan de verwijzende rechter om in het licht van de voorgaande overwegingen de juridische kwalificatie van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde arbeidsverhouding te toetsen aan zowel richtlijn 2008/104 zelf als aan het nationale recht waarbij deze richtlijn in de Italiaanse rechtsorde is ingevoerd, en om na te gaan of het, zoals *JH* beweert, gaat om een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd waaraan

op kunstmatige wijze de vorm van opeenvolgende uitzendovereenkomsten is gegeven om de doelstellingen van richtlijn 2008/104, in het bijzonder het tijdelijke karakter van uitzendarbeid, te omzeilen.

68. Bij deze beoordeling kan de verwijzende rechter rekening houden met de volgende overwegingen.

69. Indien de achtereenvolgende opdrachten van een uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming tot gevolg hebben dat de duur van de activiteit bij die onderneming langer is dan wat redelijkerwijs als ‘tijdelijk’ kan worden aangemerkt, zou dat een aanwijzing kunnen zijn voor misbruik van achtereenvolgende opdrachten in de zin van artikel 5, lid 5, eerste volzin, van richtlijn 2008/104.

70. Evenzo omzeilen achtereenvolgende opdrachten die aan een uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd, zoals de advocaat-generaal in punt 57 van haar conclusie heeft opgemerkt, de kern van de bepalingen van richtlijn 2008/104 en vormen zij misbruik van deze vorm van arbeidsverhouding, aangezien zij het door deze richtlijn bereikte evenwicht tussen flexibiliteit voor werkgevers en zekerheid voor werknemers aantasten door deze zekerheid te ondermijnen.

71. Wanneer ten slotte in een concreet geval geen objectieve verklaring wordt gegeven voor het feit dat de betrokken inlenende onderneming gebruikmaakt van achtereenvolgende uitzendovereenkomsten, staat het aan de nationale rechter om in de context van de nationale regeling en rekening houdend met de omstandigheden van elk geval te onderzoeken of een van de bepalingen van richtlijn 2008/104 wordt omzeild, temeer wanneer het dezelfde uitzendkracht is die op basis van de betrokken reeks overeenkomsten bij de inlenende onderneming wordt tewerkgesteld.”

7.23. Met deze overwegingen geeft het Hof in feite een toetsingskader voor nationale rechters om na te gaan of in een concreet geval in feite sprake is van een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd, waaraan ‘op kunstmatige wijze’ de vorm van de (opvolgende) uitzendovereenkomst(en) is gegeven om de doelstelling van de Uitzendrichtlijn te omzeilen.¹¹⁸ De overwegingen van het Hof kun-

115 HvJ EU 12 mei 2022, ECLI:EU:C:2022:373, punt 43-48 (*Luso Temp*).

116 HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823, punt. 55-60 (*JH/KG*). Zie over dit arrest tevens: F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters (red.), *Europees arbeidsrecht (Monografieën Sociaal Recht nr. 2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 219-220.

117 HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823, punt 72 (*JH/KG*).

118 Vgl. N. Jansen, ‘Een structurele personeelsbehoefte en uitzendwerk: een moeizame combinatie’, *ArA*

nen behulpzaam zijn bij het vaststellen wanneer niet langer sprake is van het *gebruik* maken van uitzendovereenkomsten, maar van *misbruik*.

7.24. Ook in het *Daimler*-arrest uit 2022 besteedt het Hof aandacht aan het beschermende karakter van de Uitzendrichtlijn, in het kader van de uitleg van het begrip ‘tijdelijk’ in de richtlijn.¹¹⁹ Waar het Hof in *JH/KG* stilstond bij de tijdelijkheid van de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht bij de inlenende onderneming, ging het in *Daimler* om de tijdelijkheid van de werkzaamheden zelf.¹²⁰ Overwogen wordt dat de Uitzendrichtlijn ook tot doel heeft “de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen”, hetgeen “steun biedt voor de uitleg dat een tijdelijke werknemer ter beschikking kan worden gesteld om (tijdelijk) een functie te vervullen die permanent bestaat, en die hij in de toekomst mogelijk in vaste dienst zou kunnen vervullen”.¹²¹ Hoewel het dus niet de bedoeling is dat voor de uitzendkracht een permanente situatie ontstaat in het kader van de terbeschikkingstelling, verzet de Uitzendrichtlijn zich er niet tegen dat de *functie* die de uitzendwerknemer tijdelijk vervult permanent bestaat.¹²²

7.25. In de literatuur is in discussie in hoeverre en op welke wijze de rechtspraak van het Hof van Justitie over het begrip ‘tijdelijk’ door de Nederlandse wetgever zal (moeten) worden opgepakt.¹²³ Volgens Jansen is de huidige wetgeving niet *Euro-pa-proof*, omdat in het Nederlandse recht het tijdelijke karakter van uitzendwerk niet gewaar-

borgd is (vgl. onder 5.22).¹²⁴ Zijns inziens zal, in lijn met het advies van de Commissie-Borstlap (zie onder 6.18), door de wetgever een maximale termijn moeten worden gesteld van 24 maanden. Laagland & Van Braak pleiten (reeds voorafgaand aan het *Daimler*- en het *JH/KG*-arrest) eveneens voor een maximale termijn van de uitzendovereenkomst.¹²⁵ Ook Zekić is van mening dat de Nederlandse wetgeving niet in overeenstemming is met de uitleg die het Hof aan de Uitzendrichtlijn heeft gegeven.¹²⁶

7.26. Volgens andere auteurs voldoet het Nederlandse stelsel echter wel aan de Uitzendrichtlijn, omdat het Nederlandse systeem voldoende waarborgen zou kennen voor de uitzendkracht.¹²⁷ Jansen stelt daar tegenover dat deze auteurs hiermee de essentie van de Uitzendrichtlijn en de arresten van het Hof missen. Die essentie is dat de inzet van een uitzendkracht door een inlener een tijdelijk karakter heeft en dat lidstaten maatregelen moeten nemen om dit tijdelijke karakter te waarborgen.¹²⁸

7.27. In de Kamerbrief Hoofdlijnen Arbeidsmarkt is opgemerkt dat Nederland tot nu toe geen expliciete waarborgen heeft om te voorkomen dat uitzendkrachten permanent aan een inlener ter beschikking worden gesteld. In de brief is aangekondigd dat de komende periode in overleg met sociale partners worden gezien welke stappen de Nederlandse regering moet nemen om deze waarborgen te bieden (zie onder 6.27).

Beginsel van gelijke behandeling

7.28. Het beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten (ten opzichte van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de inlener) staat centraal in een recent verschenen conclusie van A-G Collins, naar aanleiding van prejudiciële vragen vanuit Duitsland over de uitleg van de Uit-

2022/2.3, par. 6.

119 HvJ EU 17 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:196 (*Daimler*), punt 74.

120 Zie hierover tevens de noot van A.P. van der Mei in TRA 2022/55.

121 HvJ EU 17 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:196 (*Daimler*), punt 37.

122 Zie hierover uitvoerig N. Jansen, ‘Een structurele personeelsbehoefte en uitzendwerk: een moeizame combinatie’, *ArA* 2022/2.3, par. 3.

123 Zie onder meer de noot van H. Mouselli bij het arrest *JH/KG* in *JIN* 2020/164; E.M. Hoogeveen in een noot bij hetzelfde arrest, *JAR* 2020/109; H.H. Voogsgeerd, *TRA* 2021/9; S. Palm, ‘Hof van Justitie: terbeschikkingstelling van uitzendkracht is tijdelijk. Gevolgen voor de praktijk?’, *TAP* 2022/149; A.P. van der Mei, *TRA* 2022/55.

124 N. Jansen, ‘Een structurele personeelsbehoefte en uitzendwerk: een moeizame combinatie’, *ArA* 2022/2.3

125 F.G. Laagland & M.J. van Braak, ‘Uitzending en tijdelijkheid: onlosmakelijk verbonden of niets gemeen’, *TRA* 2020/22.

126 N. Zekić, ‘Misbruik van uitzendwerk – Het Hof van Justitie EU geeft nadere uitleg’, *ArbeidsRecht* 2021/6.

127 Zie onder meer de noot van H. Mouselli bij het arrest *JH/KG* in *JIN* 2020/164; E.M. Hoogeveen in een noot bij hetzelfde arrest, *JAR* 2020/109.

128 N. Jansen, ‘Een structurele personeelsbehoefte en uitzendwerk: een moeizame combinatie’, *ArA* 2022/2.3

zendrichtlijn. In de kern wordt gevraagd onder welke voorwaarden in een collectieve overeenkomst tussen sociale partners kan worden afgevoerd van het beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten. In deze specifieke kwestie ging het om een uitzendkracht die op grond van de cao voor uitzendkrachten een lager uurloon ontving dan vergelijkbare werknemers bij de inlener. A-G Collins meent dat sociale partners bij collectieve overeenkomsten ten nadele van de uitzendkracht van het beginsel van gelijke behandeling op het gebied van de bezoldiging mogen afwijken, mits ook wordt voorzien in ‘evenredige voordelen’ op het gebied van essentiële arbeidsvoorwaarden, een en ander met het oog op ‘de algemene bescherming van uitzendkrachten’.¹²⁹ De vraag of de algemene bescherming van uitzendkrachten in acht is genomen, moet zijns inziens worden beantwoord door de essentiële arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten te vergelijken met die van vergelijkbare werknemers die rechtstreeks door de inlenende onderneming in dienst zijn genomen.¹³⁰

7.29. A-G Collins wijst erop dat hoewel op grond van art. 5 lid 3 kan worden afgeweken van het beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten en werknemers van de inlener, daar wel iets tegenover moet worden gesteld. Bovendien geldt op grond van deze bepaling de voorwaarde

‘dat dergelijke overeenkomsten de algemene bescherming van uitzendkrachten in acht nemen’ (vgl. onder 7.8).¹³¹

7.30. Het Hof heeft nog geen arrest gewezen op het moment waarop deze conclusie wordt genomen.

7.31. Ik keer terug naar de Nederlandse situatie. Als het gaat om het beginsel van gelijke behandeling, kan er niet aan voorbij worden gegaan dat uitzendkrachten door het uitzendbeding aanzienlijk benadeeld zijn ten opzichte van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn van de inlener. Het is de vraag of dit vanuit Europees perspectief toelaatbaar is.¹³² Hoewel het beginsel van gelijke behandeling, als gezegd, uitzonderingen kent, is een eerste vraag of beëindiging van de arbeidsrelatie bij ziekmelding wel voldoet aan ‘de algemene bescherming van uitzendkrachten’. Een tweede vraag is welke ‘evenredige voordelen’ uitzendkrachten op het gebied van essentiële arbeidsvoorwaarden dan hebben, tegenover het risico van onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij ziekmelding.

7.32. In deze benadering moet wel de stap worden gezet dat het gelijkebehandelingsvoorschrift in de Uitzendrichtlijn zó moet worden uitgelegd, dat dit voorschrift zich ook uitstrekt tot ontslagbescherming bij ziekte. Hoewel het Hof van Justitie het begrip ‘arbeidsvoorwaarden’ in het gelijkebehandelingsvoorschrift ruim pleegt uit te leggen, valt noch uit de richtlijn, noch uit de implementatiewet af te leiden dat die uitleg zo ruim is dat dit begrip ook arbeidsvoorwaarden omvat die niet in de limitatieve opsomming van art. 3 sub f van de richtlijn worden genoemd. Ook zij herhaald dat de Uitzendrichtlijn zich niet enkel richt op het beschermen van uitzendkrachten, maar ook oog heeft voor de door ondernemingen nagestreefde doelstellingen van flexibiliteit (zie onder 7.3 en 7.4). Tegenover deze punten staat echter dat het Hof in verschillende arresten een ruime uitleg heeft gegeven aan (begrippen in) de richtlijn, nu een restrictieve uitleg de beschermende doelstellingen van de richtlijn in gevaar zou brengen en afbreuk zou kunnen doen aan het nuttig effect

129 Concl. A-G Collins 14 juli 2022, ECLI:EU:C:2022:581, punt 42: “Ik geef het Hof derhalve in overweging de eerste vraag in die zin te beantwoorden dat artikel 5, lid 3, van richtlijn 2008/104 aldus moet worden uitgelegd dat de sociale partners bij collectieve overeenkomst ten nadele van uitzendkrachten mogen afwijken van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de bezoldiging, mits een dergelijke collectieve overeenkomst met het oog op de algemene bescherming van uitzendkrachten voorziet in daaraan evenredige voordelen op het gebied van hun essentiële arbeidsvoorwaarden.”

130 Concl. A-G Collins 14 juli 2022, ECLI:EU:C:2022:581, punt 55. Voorts stelt de A-G dat lidstaten die het toestaan om bij collectieve overeenkomst af te wijken van het beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten, in nationale wetgeving geen gedetailleerde voorwaarden en criteria aan de sociale partners hoeft op te leggen, mits de algemene bescherming van uitzendkrachten wordt verzekerd (punt 69), en dat deze overeenkomsten door de nationale rechter kunnen worden getoetst teneinde voornoemd beschermingsniveau te verzekeren (punt 81).

131 Concl. A-G Collins 14 juli 2022, ECLI:EU:C:2022:581, punt 35.

132 Vgl. N. Gundt, ‘Bescherming van uitzendkracht tegen misbruik opvolgende uitzendcontracten’, *TRA* 2021/29.

daarvan (zie onder.18-7.21). Daarbij wordt geregeld verwezen naar het beschermende karakter van de Uitzendrichtlijn. Verder is nog te wijzen op de considerans van de Uitzendrichtlijn, waarin staat dat de richtlijn tot doel heeft de volledige naleving te waarborgen van art. 31 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, waarin is bepaald dat iedere werknemer recht heeft op “gezonde, veilige en waardige arbeidsomstandigheden (...)” (zie onder 7.2).

Tussenconclusie

7.33. Het is onzeker of de Nederlandse regeling van de uitzendovereenkomst vanuit Europees perspectief houdbaar is. Dat geldt zowel voor wat betreft de door de Uitzendrichtlijn beoogde tijdelijkheid van de inzet van een uitzendkracht als voor de aanzienlijk slechtere positie die uitzendkrachten hebben als gevolg van (onder meer) het uitzendbeding.

8. Het opzegverbod tijdens ziekte (art. 7:670 lid 1 BW)

Strekking opzegverbod tijdens ziekte

8.1. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad beoogt het opzegverbod tijdens ziekte de werknemer te beschermen tegen een ontslag wegens ziekte en tegen verkorting van de termijn voor het vinden van ander werk, en heeft het mede ten doel de werknemer te vrijwaren van de psychische druk die een ontslagaanzegging tijdens zijn ziekte kan veroorzaken.¹³³

8.2. Nadrukkelijk is hier dus benoemd dat het opzegverbod tijdens ziekte óók tot doel heeft om de werknemer te beschermen tegen ontslag wegens ziekte, dus omdat de werknemer ziek is of wordt. Dat is belangrijk, omdat het uitzendbeding zoals dat in de uitzendcao's is opgenomen een ‘wegens ziekte-beding’ is: als de werknemer ziek wordt, dán wordt de inlener geacht een verzoek tot einde van de tewerkstelling geacht te hebben gedaan.

133 Zie HR 24 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9536, NJ 1987/292, m.nt. P.A. Stein, rov. 3, recent herhaald in HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:276, JAR 2022/71, m.nt. J. Dop, rov. 3.3.1. Zie over de ratio van het opzegverbod tijdens ziekte uitvoerig mijn conclusie van 1 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1014, onder 5.6-5.12.

Verskil voor en na invoering Wwz

8.3. Onder het oude recht (pre-Wwz) gold het opzegverbod tijdens ziekte uitsluitend voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Dat betekende dat alleen in de situatie dat een werknemer werd ontslagen via de UWV-route (opzegging door de werkgever met voorafgaande toestemming van het UWV) ziekte van de werknemer in de weg stond aan opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Het opzegverbod was daarentegen niet van toepassing als de rechterlijke route werd gevolgd, dus als de kantonrechter werd verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen. Wel gold bij de rechterlijke route sinds de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in 1999 de zogenoemde vergewisplicht van art. 7:685 lid 1 BW (oud): ‘De kantonrechter kan het verzoek slechts inwilligen indien hij ervan heeft vergewist of het verzoek verband houdt met het bestaan van een opzegverbod bedoeld in de artikelen 647, 628, 670 en 670a of enige ander verbod tot opzegging van de arbeidsovereenkomst.’ De vergewisplicht is mede in de wet gekomen om te voorkomen dat werkgevers via een ontbindingsprocedure al te gemakkelijk de opzegverboden kunnen omzeilen.¹³⁴

8.4. De Wwz heeft een einde willen maken aan de praktijk onder oud recht, waarin ondanks de aanwezigheid van een opzegverbod de arbeidsovereenkomst kon worden ontbonden.¹³⁵ Daarom gelden onder de Wwz de opzegverboden ook bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Beoogd

134 Zo heeft de indiener van het amendement waarvan de vergewisplicht het gevolg is, dhr. Wolffensperger, hierover bij de parlementaire behandeling van (het uiteindelijk ingetrokken) wetsvoorstel tot herziening van het ontslagrecht in januari 1992 het volgende gezegd: ‘Mevrouw Soutendijk heeft volstrekt gelijk als zij zegt dat het amendement ertoe strekt om de kantonrechter in te prenten dat hij zich – vergeef mij de oneerbiedige uitdrukking – niet moet laten gebruiken om de ontslagverboden die wij in de wet bijeen hebben gebracht, te omzeilen.’, zie *Handelingen II* 1991/92, 42, p. 2809-2810, ook aangehaald in E. Verhulp, ‘Flexibiliteit en Zekerheid: 17 wandeltochten zonder wegwijzers’, SR 1998/2, p. 46. Zie ook C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Bju 2010, p. 446.

135 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 32 (MvT Wwz).

is om in de wet (de artt. 7:670a en 671b BW) precies te benoemen in welke gevallen opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst (toch) mogelijk is, ook al geldt er een opzegverbod. Daarmee is sprake van een uitputtende regeling van de werking van de opzegverboden en de uitzonderingen die daarop gelden.¹³⁶

8.5. Het opzegverbod tijdens ziekte is met de Wwz verder aangescherpt doordat op het opzegverbod geen uitzondering geldt bij een ontbindingsverzoek wegens bedrijfseconomische omstandigheden (de a-grond): de uitzonderingen uit art. 7:671b lid 6 BW zijn dan namelijk niet van toepassing.¹³⁷

8.6. Geconcludeerd kan dan ook worden dat met de invoering van de Wwz de rechtsbescherming van de zieke werknemer aanzienlijk is versterkt. In de woorden van Houweling e.a.: ‘*ten aanzien van de zieke werknemer geldt een vrijwel algeheel opzegverbod*’.¹³⁸

Uitzonderingen op het opzegverbod tijdens ziekte

8.7. Toch zijn er verschillende uitzonderingen op het opzegverbod tijdens ziekte.¹³⁹ Zo geldt het opzegverbod niet als de werknemer instemt met de opzegging (art. 7:670a lid 2 onder a BW). Ook staat het opzegverbod tijdens ziekte niet in de weg aan een proeftijdontslag (art. 7:670a lid 2 sub b BW) of een ontslag op staande voet (art. 7:670a lid 2 sub c BW).¹⁴⁰ Ook geldt het opzegverbod niet bij

een algehele beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming (art. 7:670 lid 2 sub d BW).

8.8. Een andere belangrijke uitzondering is verder dat het opzegverbod tijdens ziekte niet geldt bij het van rechtswege eindigen van een tijdelijke arbeidsovereenkomst. Als een arbeidsovereenkomst is aangegaan voor bepaalde tijd, eindigt deze van rechtswege, door het verstrijken van de periode waarvoor hij gesloten (art. 7:667 lid 1 BW). Of de werknemer op dat moment ziek is, maakt dat niet anders.¹⁴¹

8.9. Ook bij een andere wijze waarop de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt,¹⁴² namelijk de vervulling van een ontbindende voorwaarde, geldt het opzegverbod tijdens ziekte niet. Of dit betekent dat het cao-uitzendbeding zoals dat in deze zaak voorligt rechtsgeldig is, zal hierna nog uitvoerig worden besproken.

Vóór de inwerkingtreding van de Wwz: afwijking bij cao

8.10. Art. 7:670 lid 13 BW (oud)¹⁴³ luidde tot 1 juli 2015 als volgt:

“Van de leden 1 eerste zin en 3 kan slechts worden afgeweken bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan.”

8.11. De eerste zin van art. 7:670 lid 1 BW bevatte het opzegverbod tijdens ziekte en lid 3 zag op het opzegverbod tijdens militaire dienstplicht. In beide situaties kon dus bij cao worden afgeweken van het opzegverbod tijdens ziekte.

136 Zie over deze kwestie ook mijn conclusie van 1 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1014, onder 7.3-7.4.

137 Zie hierover uitvoerig mijn conclusie van 1 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1014, onder 10.2-10.13.

138 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, 2020/12.6.1.

139 D.M.A. Bij de Vaate, ‘Ontslag’, in: D.M.A. Bij de Vaate (red.), *De zieke werknemer (MSR nr. 16)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 6.3.2.

140 Bij de parlementaire behandeling van art. 7:691 lid 2 BW is een amendement aangenomen voor een wijziging van de tekst van deze bepaling, om te voorkomen dat *de facto* sprake zou zijn van een ‘permanent proeftijdbeding’ (zie nader in de hoofdtekst onder 9.10). Ook in de literatuur is het proeftijdontslag in verband gebracht met het einde van de uitzendovereenkomst op grond van een uitzendbeding. Kuip stelde in 1998 dat afwijken van de wettelijke regeling inzake het proeftijdbeding ten nadele van de uitzendwerknemer voor de eerste 52 weken van de uitzendovereenkomst

overbodig is, omdat dan al kan worden afgesproken dat het einde van de opdracht tevens het einde van de uitzendovereenkomst inhoudt, zie: S.W. Kuip, ‘Proeftijd: nu met gedifferentieerde wederzijdse willekeur en schriftelijk gemotiveerde opzegging’, *ArbeidsRecht* 1998/55.

141 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, 2020/5.3.2.

142 Er zijn drie manieren waarop de arbeidsovereenkomst van rechtswege kan eindigen: i) bij het aflopen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, ii) bij het intreden van een ontbindende voorwaarde en iii) bij het overlijden van de werknemer. Zie *Asser/Heerma van Voss 7-V* 2020/322. De eerste twee gevallen worden hier besproken en het derde geval is niet relevant.

143 Vanaf 1 juli 2015: art. 7:670 lid 14 BW.

8.12. De afwijkingsmogelijkheid van art. 7:670 lid 13 BW (oud) stamt uit 1954.¹⁴⁴ Voordien was de afwijkingsmogelijkheid opgenomen in lid 7 van art. 7A:1639h BW.¹⁴⁵ De afwijkingsmogelijkheid is in het leven geroepen naar aanleiding van een vraag van de Vaste Commissie voor Privaat- en Strafrecht, volgend op een rapport van de Stichting van de Arbeid, waarin erop werd gewezen:¹⁴⁶ “(...) dat er arbeiders zijn, die in elk geval zouden zijn ontslagen, ook indien zij niet hadden behoeven op te komen: gewezen wordt o.a. op arbeiders, in dienst genomen voor de uitvoering van een bepaald bouwwerk. Men zou er de seizoenarbeiders aan kunnen toevoegen. Het rapport doet aan de hand hiervoor uitzonderingen mogelijk te maken. In het wetsontwerp is daaromtrent niets te vinden. Gaarne zal de vaste commissie vernemen, hoe de Regering deze moeilijkheid denkt op te lossen.”

8.13. De commissie verzocht de regering dus – anders geformuleerd – om te verduidelijken of in de wet een uitzonderingsmogelijkheid zou worden opgenomen ten aanzien van de opzegverboden, met het oog op het scenario waarin het einde van de arbeidsovereenkomst onvermijdelijk is en derhalve losstaat van ziekte of militaire dienstplicht.

8.14. Het verzoek van de Vaste Commissie heeft geleid tot het opnemen van de hier besproken afwijkingsmogelijkheid, wat als volgt is toegelicht: “Naar aanleiding van de opmerking omtrent arbeiders die, waren zij niet in militaire dienst gegaan, in ieder geval zouden zijn ontslagen, kan de ondergetekende mededelen, dat uitzonderingen – hetzelfde geldt in geval van ziekte – opzettelijk niet in het ontwerp zijn vastgesteld. Het bleek namelijk zeer moeilijk een omschrijving te geven van de categorieën waarvoor zij zouden moeten gelden. Naar aanleiding van de gemaakte opmerking wordt echter aan art. 1639h bij Nota van Wijzigingen een nieuw lid toegevoegd, waardoor het mogelijk wordt, o.a. bij collectieve arbeidsovereenkomst, afwijkingen te maken. Daarvan zal men in de bedrijfstakken waar dergelijke gevallen

zich veel voordoen (bouwvakken en landarbeid) gebruik kunnen maken.”¹⁴⁷

8.15. Art. 7:670 lid 13 BW (oud) is dus tot stand gekomen met het oog op het scenario waarin een arbeidsrelatie tot een einde zou komen, ongeacht de vraag of de werknemer wel of niet ziek was. Onder meer werd gedacht aan seizoenarbeiders, en de situatie waarin de werknemer was aangenomen voor de uitvoering van een bepaald bouwwerk.¹⁴⁸ In de tekst van art. 7:670 lid 13 BW (oud) is echter niet tot uitdrukking gebracht dat de afwijkingsmogelijkheid zich beperkt tot situaties als deze.

Na de invoering van de Wwz: geen afwijking meer bij cao

8.16. Met de invoering van de Wwz is de mogelijkheid om bij cao af te wijken van het opzegverbod tijdens ziekte van art. 7:670 lid 13 BW (oud) vervallen. Volgens het nieuwe lid 14 van art. 7:670 BW kan namelijk (slechts) bij cao worden afgeweken van lid 3 van art. 7:670 BW. Daarin is bepaald dat de werkgever niet kan opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer verhinderd is de bedongen arbeid te verrichten omdat hij als dienstplichtige is opgeroepen. De mogelijkheid om bij cao af te wijken van het opzegverbod tijdens ziekte (lid 1 van art. 7:670 BW) is geschrapt. De memorie van toelichting is hierover uiterst summier:¹⁴⁹

“Tot slot wordt in het nieuwe veertiende lid voorgesteld om het niet meer mogelijk te maken om bij cao af te wijken van het verbod om tijdens ziekte op te zeggen zoals neergelegd in het eerste lid maar alleen nog van het opzegverbod van het derde lid.”

8.17. Een verdere toelichting over het schrappen van deze bepaling is in de parlementaire geschiedenis niet gegeven. Ook tijdens de plenaire bespreking van het wetsvoorstel is dit niet aan de orde gekomen.

8.18. Per 1 juli 2015 is het dus niet meer mogelijk om bij cao af te wijken van het opzegverbod tijdens ziekte van art. 7:670 lid 1 BW. Ook hieruit blijkt dat de Wwz-wetgever meer belang is gaan hechten aan het opzegverbod tijdens ziekte (zie ook onder 8.4-8.6).

8.19. Vergouwen schrijft dat het erop lijkt “dat bij de wijziging van art. 7:670 lid 13 BW (oud; 14

144 Wet van 17 december 1953, houdende wijziging van de bepalingen omtrent het ontslag bij arbeidsovereenkomsten, *Stb.* 1953, 619.

145 Art. 7A:1639h lid 7 vermeldde tevens: “Deze afwijking kan evenwel geen betrekking hebben op opzegging van arbeidsters die zwanger zijn dan wel bevallingsverlof genieten.”

146 *Kamerstukken II 1947/48*, 881, nr. 4, p. 19-20.

147 *Kamerstukken II 1947/48*, 881, nr. 6, p. 32.

148 *Kamerstukken II 1947/48*, 881, nr. 4, p. 19-20.

149 *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 101.

*nieuw) niet is stilgestaan bij deze consequentie voor het uitzendbeding. Er is op geen enkele manier overwogen dat de werking van het uitzendbeding bij ziekte afhangt van het oude lid 13.*¹⁵⁰ Daar lijkt het inderdaad op. Daarmee is overigens niet gezegd dat het uitzendbeding zou samenhangen met deze afgeschafte afwijkmogelijkheid van het opzegverbod bij ziekte.

*Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (Wulbz) en Wet verbetering poortwachter*¹⁵¹

8.20. Een andere ontwikkeling die in dit verband noemenswaardig is, is de uitbreiding van de verantwoordelijkheden die werkgevers dragen voor arbeidsongeschikte werknemers. Zo is met de op 1 maart 1996 in werking getreden Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (Wulbz) de Ziekwet grotendeels geprivatiseerd.¹⁵² Werkgevers werden verplicht om bij ziekte van de werknemer gedurende 52 weken (later verlengd tot 104 weken¹⁵³) 70% van het laatstverdiende loon door te betalen (art. 7:629 BW). Bovendien werd de verantwoordelijkheid voor de bestrijding van langdurig ziekteverzuim van de werknemer primair bij de werkgever gelegd. Daarmee was het ook de werkgever die primair verantwoordelijk werd voor re-integratie van de zieke werknemer. De uitvoeringsinstelling had hoofdzakelijk de taak te controleren of de werkgever in voldoende mate aan zijn re-integratieverplichtingen voldeed. Het doel van deze wetgeving was het enorme aantal arbeidsongeschikte werknemers terug te dringen.

8.21. Met de op 1 april 2002 in werking getreden Wet verbetering poortwachter zijn de verplichtingen van werkgever en werknemer met betrekking tot preventie en re-integratie aangescherpt. In art. 7:658a BW en art. 7:660a BW zijn de wederzijdse

rechten en verplichtingen van werkgever en werknemer bij ziekte van de werknemer omschreven. Op zowel de werkgever als de werknemer rust een verplichting zich in te zetten voor de re-integratie van de zieke werknemer. Re-integratie van de werknemer dient primair gericht te zijn op de terugkeer naar de eigen, eventueel aangepaste, functie (het zogenoemde eerste spoor). Als vaststaat dat de bedongen arbeid niet meer kan worden verricht, dan dient te worden bezien of bij de werkgever passende arbeid in de zin van het vierde lid voorhanden is. Bij het ontbreken van passende arbeid is de werkgever verplicht de inschakeling van de arbeid bij een andere werkgever te bevorderen. Dit wordt het tweede spoor genoemd.¹⁵⁴

8.22. Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat (ontslag)bescherming van de werknemer niet meer het enige doel is van het opzegverbod tijdens ziekte. Jansen wijst er terecht op dat hieraan met de Wulbz en de Wet Verbetering Poortwachter, een belangrijk doel is toegevoegd, namelijk preventie en een effectieve aanpak van ziekteverzuim door veel meer nadruk op re-integratie van de zieke werknemer.¹⁵⁵

9. Het uitzendbeding

De wettelijke basis voor het uitzendbeding: art. 7:691 lid 2 BW

9.1. De met de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in art. 7:691 lid 2 BW opgenomen wettelijke basis voor het uitzendbeding (ook zelf wel aangeduid als uitzendbeding) dat in de uitzend-cao's is opgenomen, luidt als volgt:

“Artikel 7:691

(...)

2. In de uitzendovereenkomst kan schriftelijk worden bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de derde als bedoeld in artikel 690 op verzoek van die derde ten einde komt. Indien een beding als bedoeld in de vorige volzin in de uitzendovereenkomst is opgenomen, kan de werknemer die over-

150 M.H.D. Vergouwen, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Artikkelsgewijs*, art. 7:691 – Burgerlijk Wetboek Boek 7 (bijgewerkt t/m 29 juli 2021).

151 Zie hierover ook mijn conclusie van 5 juli 2019, ECLI:NL:PHR:2019:772 (*Cicero Zorggroep*), onder 5.5-5.13.

152 Wet van 8 februari 1996, *Stb.* 1996, 134. Zie hierover ook L.P. Asscher-Vonk & W.L. Roozendaal, 'Inkomensvoorziening', in: D.M.A. Bij de Vaate (red.), *De zieke werknemer (MSR nr. 16)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 4.2.

153 Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte, Wet van 19 december 2003, *Stb.* 2003, 555.

154 Zie hierover W.L. Roozendaal, 'Re-integratie', in: D.M.A. Bij de Vaate (red.), *De zieke werknemer (MSR nr. 16)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, hs. 5.

155 Zie ook N. Jansen, 'Hoe vangen we zieke uitzendkrachten op?', *TvO* 2021/2.4.

eenkomst onverwijld opzeggen en is op de werkgever artikel 668, leden 1, 2, 3 en 4, onderdeel a, niet van toepassing.”

9.2. In de uitzendovereenkomst kan dus (schriftelijk) worden opgenomen dat de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt als de terbeschikkingstelling aan de derde op verzoek van die derde ten einde komt. Als gezegd, kan een dergelijk beding alleen in fase A overeen worden gekomen (zie onder 5.19).

Parlementaire geschiedenis van art. 7:691 lid 2 BW 9.3. Met de introductie van art. 7:691 lid 2 BW werd voortgeborduurd op een voorstel van de Stichting van de Arbeid (StvdA) in de Nota Flexibiliteit en Zekerheid, die ten grondslag lag aan het voorstel voor de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, het zogenoemde ‘flexakkoord’. Dit voorstel luidde als volgt:¹⁵⁶

“In de uitzendovereenkomst kan worden bedongen, dat de dienstbetrekking van rechtswege eindigt doordat de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de opdrachtgever ten einde komt. Op een dergelijk beding kan slechts rechtsgeeldig een beroep worden gedaan zolang de arbeider nog niet in dienstbetrekking of dienstbetrekkingen, ongeacht of sprake is van een voortgezette dienstbetrekking als bedoeld in artikel 1639f lid 3/4, in 26 weken voor de werkgever arbeid heeft verricht zonder dat zich tussen de weken waarin arbeid is verricht, onderbrekingen voordoen van (telkens) meer dan een jaar.”

9.4. Dit voorstel is (in afwijkende bewoordingen) overgenomen in het wetsvoorstel voor de Wet Flexibiliteit en Zekerheid. In de memorie van toelichting is vermeld dat met deze bepaling wordt afgeweken van het arbeidsovereenkomstenrecht. Tevens is onderstreept dat dit beding vanwege het “wezenlijk belang” daarvan voor de rechtspositie van de werknemer, schriftelijk moest worden overeengekomen.¹⁵⁷

156 Stichting van de Arbeid, *Nota ‘Flexibiliteit en Zekerheid’*, 3 april 1996, Publikatiernr. 2/96, p. 23.

157 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 34 (MvT). In het advies van de Raad van State dat op de Memorie van Toelichting volgde is met name stilgestaan bij de mogelijkheid om bij cao af te wijken van de 26-weken-termijn die in art. 7:691 BW genoemd wordt, zie: *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, B, p. 10. De verhouding tussen art. 7:691 lid 2 BW en art. 7:670 lid 13 BW (oud) is niet ter sprake gekomen.

“In afwijking van het arbeidsovereenkomstenrecht kan volgens lid 2 het schriftelijk beding worden gemaakt dat de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling eindigt. Door de mogelijkheid om een dergelijk beding te maken onderscheidt de uitzendovereenkomst zich van andere overeenkomsten waarbij terbeschikkingstelling plaatsvindt. Gelet op het wezenlijk belang van dit beding voor de rechtspositie van de werknemer, kan het beding slechts schriftelijk worden overeengekomen. Een dergelijk beding is echter, zo volgt uit lid 3, slechts rechtsgeeldig gedurende de eerste 26 weken waarin op basis van de uitzendovereenkomst arbeid voor de werkgever wordt verricht.”

9.5. De termijn van 26 weken in het voorstel van de StvdA is overgenomen in lid 3 van art. 7:691 BW, dat thans bepaalt dat het uitzendbeding als bedoeld in lid 2 zijn kracht verliest indien de werknemer meer dan 26 weken arbeid voor de werkgever heeft verricht. Art. 7:691 lid 8 onder a BW bepaalt dat de termijn van 26 weken bij cao kan worden verlengd tot ten hoogste 78 weken.

9.6. Naar aanleiding van vragen van de GroenLinks-fractie over de redelijkheid om bij CAO af te spreken dat de terbeschikkingstelling, en daarmee de uitzendovereenkomst, eindigt bij ziekte of zwangerschap van de uitzendkracht,¹⁵⁸ is door de regering het volgende geantwoord:¹⁵⁹

“De leden van de fractie van GroenLinks vroegen in hoeverre de redelijkheid en billijkheid de afspraak dat de uitzendovereenkomst na beëindiging van de terbeschikkingstelling van rechtswege eindigt, kunnen beperken. Met name vroegen deze leden of het redelijk is af te spreken dat de terbeschikkingstelling en daarmee de uitzendovereenkomst, eindigen op het moment dat de werknemer ziek, zwanger of lid van een vakbond zou worden of in het huwelijk zou treden. Zij vroegen of de regering heeft overwogen om een minimale motiveringsplicht aan deze regeling toe te voegen.

De voorgestelde regeling maakt het mogelijk dat partijen overeenkomen, dat indien gedurende de eerste 26 weken een terbeschikkingstelling door de derde, de uitzendwerkgever dan wel de uitzendwerknemer om welke reden dan ook wordt beëindigd, daarmee ook de uitzendovereenkomst wordt

158 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 5, p. 18.

159 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 6, p. 16 (nota n.a.v. het verslag).

beëindigd. Gelet op het specifieke karakter van de uitzendrelatie, waarbij partijen alleen en voor zover nodig gebruik maken van elkaars diensten, menen wij, dat een verplichte motiveringsplicht bij beëindiging van de terbeschikkingstelling niet nodig is als ter zake geen beperkingen zijn gesteld. Na afloop van de termijn van 26 weken geldt in beginsel het reguliere arbeidsovereenkomstenrecht.(...)”

9.7. Uit deze passage blijkt dat de regering voor ogen stond dat overeengekomen kan worden dat bij einde van de terbeschikkingstelling, ‘om welke reden dan ook’, daarmee ook de uitzendovereenkomst wordt beëindigd. Dat geldt dus ook bij ziekte of zwangerschap van de uitzendkracht. Gelet op het specifieke karakter van de uitzendrelatie, waarbij partijen alleen en voor zover nodig gebruik zouden maken van elkaars diensten, werd het niet nodig bevonden om een motiveringsplicht te introduceren die zou moeten gelden bij beëindiging van de terbeschikkingstelling.

9.8. Overigens is over beëindiging van rechtswege bij ziekte van de uitzendkracht in het flexakkoord niets te vinden. Sowieso is in het flexakkoord niet gesproken over de redenen van de beëindiging van de opdracht.¹⁶⁰

9.9. In het oorspronkelijke wetsvoorstel voor art. 7:691 lid 2 BW was niet opgenomen dat de uitzendovereenkomst eindigde doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer aan de derde eindigt op verzoek van die derde.¹⁶¹ Volgens de oorspronkelijk voorgestelde bepaling zou de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigen, als hetzij de werknemer, hetzij de werkgever, hetzij de derde zou verzoeken om beëindiging van de terbeschikkingstelling. Dit volgt ook uit de nota naar aanleiding van het verslag, waarin is vermeld dat “het einde van die terbeschikkingstelling door ieder der partijen op elk gewenst moment gerealiseerd kan worden (...)”¹⁶²

9.10. In het oorspronkelijke wetsvoorstel voor art. 7:691 lid 2 BW was niet opgenomen dat de uitzendovereenkomst eindigde doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer aan de derde eindigt op verzoek van die derde.¹⁶³ Volgens de oorspronkelijk voorgestelde bepaling zou de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigen, als hetzij de werknemer, hetzij de werkgever, hetzij de derde zou verzoeken om beëindiging van de terbeschikkingstelling. Zie ook de hiervoor (onder ...) geciteerde passage uit de nota naar aanleiding van het verslag: “(...) het einde van die terbeschikkingstelling [kan] door ieder der partijen op elk gewenst moment gerealiseerd (...) worden.”

9.11. Tijdens de parlementaire behandeling heeft kamerlid Bakker echter een amendement ingediend, waarin werd voorgesteld om in art. 7:691 lid 2 BW in te voegen: ‘op verzoek van die derde’. Het amendement is als volgt toegelicht:¹⁶⁴

“(...) Het wetsvoorstel spreekt echter van «einde terbeschikkingstelling = einde van rechtswege». Dit zou neerkomen op een permanent proeftijdbeding in de eerste 26 weken. Het uitzendbureau krijgt dan in feite de mogelijkheid de overeenkomst steeds onmiddellijk van rechtswege te beëindigen. In het amendement wordt gesteld dat de uitzendovereenkomst beëindigd kan worden ten aanzien van de uitzendkracht die tussentijds door de opdrachtgever wordt teruggestuurd, terwijl de (raam)overeenkomst van opdracht zelf doorloopt.

Het amendement benadert daarmee zo dicht mogelijk de bestaande uitzendpraktijk en sluit daardoor beter aan bij het akkoord van de Stichting van de Arbeid. Dat is ook door sociale partners bevestigd.”

9.12. De bedoeling van het amendement was dus – in aansluiting bij het flexakkoord – om de uitzendkracht meer rechtszekerheid te geven en te voorkomen dat deze in de eerste 26 weken van de uitzendovereenkomst *de facto* geconfronteerd zou zijn met een ‘permanent proeftijdbeding’, waardoor de uitzendkracht in die eerste 26 weken

160 Idem N. Jansen, ‘Hoe vangen we zieke uitzendkrachten op?’, *TvO* 2021/2.4.

161 De oorspronkelijk voorgestelde bepaling luidde als volgt: “In de uitzendovereenkomst kan schriftelijk worden bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de derde als bedoeld in artikel 690 ten einde komt.” Zie: *Kamerstukken II* 1996/97, 25 23, nr. 1;2, p. 9 (voorstel van wet).

162 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 15 (nota n.a.v. het verslag).

163 De oorspronkelijk voorgestelde bepaling luidde als volgt: “In de uitzendovereenkomst kan schriftelijk worden bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de derde als bedoeld in artikel 690 ten einde komt.” Zie: *Kamerstukken II* 1996/97, 25 23, nr. 1;2, p. 9 (voorstel van wet).

164 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 263, nr. 42, p. 1-2.

op elk moment de laan uit zou kunnen worden gestuurd. De in art. 7:691 lid 2 BW opgenomen woorden 'op verzoek van die derde' dienen dus ter bescherming van de uitzendkracht.

9.13. Na enige discussie tussen Bakker en toenmalig minister Melkert (over de uitleg van het flexakkoord), heeft de minister zich niet verzet tegen het amendement. Het amendement is vervolgens aangenomen door de Tweede Kamer.¹⁶⁵ Het gewijzigde wetsvoorstel is zonder stemming door de Eerste Kamer aangenomen.¹⁶⁶ Daarmee zijn de woorden 'op verzoek van die derde' in de wettekst opgenomen.

9.14. Uit de parlementaire geschiedenis heb ik niet kunnen afleiden of men zich heeft afgevraagd hoe art. 7:691 lid 2 BW zich verhoudt tot het opzegverbod tijdens ziekte.

9.15. In de parlementaire geschiedenis is ook geen aandacht besteed aan de vraag of opname van het uitzendbeding in een uitzendovereenkomst betekent dat sprake is van een arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde (en wat de consequenties daarvan zijn).

Het uitzendbeding in de uitzendcao's

9.16. In de NBBU-cao¹⁶⁷ en de ABU-cao¹⁶⁸ zijn sinds jaar en dag uitzendbedingen opgenomen. De vanaf 1 juli 2022 geldende (gelijkluidende) bepalingen van art. 15 lid 1 NBBU-cao en art. 15 lid 1 ABU-cao houden het volgende in:¹⁶⁹

“ARTIKEL 15 EINDE VAN DE UITZENDOVEREENKOMST

Einde van de uitzendovereenkomst met uitzendbeding

165 *Handelingen II* 1997/98, nr. 25, p. 1914. Zie voor de discussie *Handelingen II* 1997/98, nr. 15, p. 1129; *Handelingen II* 1997/98, nr. 18, p. 1361; *Handelingen II* 1997/98, nr. 22, p. 1679 en *Handelingen II* 1997/98, nr. 22, p. 1687.

166 *Handelingen I* 1997/98, nr. 27, p. 1544.

167 De volgende versies zijn geraadpleegd: 1999-2003, 2004-2008, 2009-2013, 2014-2019, 2019-2021, 2021 en 2022-2023.

168 De volgende versies zijn geraadpleegd: 2004-2009, 2009-2012, 2012-2017, 2017-2019, 2019-2021 en 2021-2023.

169 Art. 15 lid 1, tweede volzin NBBU-cao (versie 2022-2023, te raadplegen, art. 15 lid 1, tweede volzin (te raadplegen via www.nbbu.nl) en art. 15 lid 1, tweede volzin ABU-cao (versie 2021-2023, te raadplegen via www.abu.nl).

1. De uitzendovereenkomst met uitzendbeding eindigt:

a. van rechtswege doordat de opdrachtgever om welke reden dan ook de uitzendkracht niet langer wil of kan inlenen, of,

b. doordat de uitzendkracht om welke reden dan ook, daaronder begrepen arbeidsongeschiktheid, de bedongen arbeid niet langer wil of kan verrichten.

In geval van arbeidsongeschiktheid van de uitzendkracht wordt de uitzendovereenkomst met uitzendbeding direct na de ziekmelding geacht met onmiddellijke ingang van rechtswege te zijn beëindigd op verzoek van de opdrachtgever.

(...)"

9.17. In het in deze zaak toepasselijke art. 13 lid 3 van de NBBU-cao 2014-2019 was 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, alsmede door de vervulling van enige voorwaarde in de uitzendovereenkomst. In geval van ziekte of ongeval van de uitzendkracht wordt de terbeschikkingstelling in Fase 1 en 2 direct na de melding als bedoeld in artikel 25 lid 2 geacht met onmiddellijke ingang te zijn beëindigd op verzoek van de inlener.”

9.18. Op grond van de uitzendbedingen in de uitzendcao's kan de uitzendovereenkomst dus niet alleen van rechtswege eindigen op verzoek van de derde (de inlener), maar ook wanneer de uitzendkracht, om welke reden dan ook, daaronder begrepen arbeidsongeschiktheid, de bedongen arbeid niet langer wil of kan verrichten. Bovendien volgt uit de tweede volzin van art. 13 lid 2 NBBU-cao (2014-2019) dat bij ziekte of ongeval van de uitzendkracht, de terbeschikkingstelling direct na de ziekmelding geacht wordt met onmiddellijke ingang te zijn beëindigd op verzoek van de inlener (de in art. 13 lid 2 genoemde 'melding als bedoeld in art. 25 lid 2' is de ziekmelding). Vrijwel hetzelfde is bepaald in art. 15 lid 1 onder b, tweede volzin, van de huidige uitzend-cao's.

9.19. Dit beding komt er dus op neer dat als de uitzendkracht zich ziek meldt, de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt. Op dat moment wordt de inlener *geacht* een verzoek tot beëindiging van de terbeschikkingstelling te hebben ge-

daan, wat leidt tot het van rechtswege tot een einde komen van de uitzendovereenkomst.

9.20. Onder de cao-bepalingen is niet vereist dat de inlener daadwerkelijk een verzoek tot beëindiging van de overeenkomst heeft gedaan; het verzoek tot beëindiging wordt *geacht* te zijn gedaan. Dat wordt wel aangeduid als *de fictie van het uitzendbeding*.¹⁷⁰

9.21. Beëindiging van de uitzendovereenkomst bij ziekte van de uitzendkracht leidt ertoe dat de uitzendkracht recht heeft op een Ziektewetuitkering (70% laatstverdiende loon). Het uitzendbureau is verplicht om de Ziektewetuitkering aan te vullen tot 90% van het uitkeringsdagloon (art. 25 lid 2 NBBU-cao (versies 2019-2021 en 2022-2023), en art. 25 lid 2 ABU-cao (versies 2019-2021 en 2022-2023)).

9.22. Uit (de toelichtingen op) de cao's in de uitzendbranche valt niet op te maken dat cao-partijen en met de daarin opgenomen uitzendbedingen hebben beoogd van het opzegverbod tijdens ziekte af te wijken via de afwijkingsmogelijkheid van art. 7:670 lid 13 BW (oud). De considerans van de ABU-cao vermeldt namelijk dat bij een afwijking in de cao op grond van driekwart dwingend recht, dit doorgaans is aangegeven met een asterisk en vervolgens het betreffende wetsartikel.¹⁷¹ In geen van de onderzochte versies van de cao is echter een asterisk aangetroffen bij het uitzendbeding. Ook is in de considerans of elders in de cao geen opmerking aangetroffen over de verenigbaarheid van het uitzendbeding met art. 7:670 lid 1 BW en/of art. 7:670 lid 13 BW (oud).

9.23. In dit verband is ook te wijzen op het convenant over uitzendarbeid dat de StvdA in 1996 had gesloten met een zevental werkgevers- en werknemersverenigingen.¹⁷² Dit convenant is als bijlage bij de Nota Flexibiliteit en Zekerheid (het flexakoord) gevoegd.¹⁷³ In dit convenant is onder meer opgenomen dat beoogd werd om het uitzendbeding als voorgesteld door de StvdA (voor zover

hier relevant) als volgt in de cao's in de uitzendbranche op te nemen:¹⁷⁴

“Tenzij de uitzendonderneming en de uitzendkracht bij het aangaan van de uitzendovereenkomst schriftelijk anders overeenkomen, eindigt elke uitzendovereenkomst tussen uitzendonderneming en uitzendkracht van rechtswege doordat de overeenkomst van opdracht tussen de uitzendonderneming en de opdrachtgever ten einde komt (...)”

9.24. In de toelichting op deze bepaling is niets vermeld over de mogelijkheid om via het uitzendbeding af te wijken van het opzegverbod tijdens ziekte.

9.25. Overigens worden in de praktijk ook andersluidende varianten van uitzendbedingen gehanteerd, zo valt uit de feitenrechtspraak op te maken. Zo boog de rechtbank Rotterdam zich in 2021 over een beding in de uitzendovereenkomst dat als volgt luidde (voor zover relevant):¹⁷⁵

“De overeenkomst eindigt in de volgende gevallen en zonder dat opzegging vereist is:

a. Als de terbeschikkingstelling eindigt op verzoek van de opdrachtgever (BW 7:691 lid 2). Als dit het geval is, dan gelden de aanzegtermijnen die zijn genoemd in de cao Artikel 14, lid 2.

b. Bij melding van ziekte of ongeval (cao artikel 14, lid 4).”

9.26. De rechtbank Rotterdam oordeelde in 2022 eveneens over de rechtsgeldigheid van het beroep op een uitzendbeding waarin het einde van de uitzendovereenkomst gekoppeld was aan het eindigen van het project waarop de werknemer te werk was gesteld.¹⁷⁶

“Werknemer treedt met ingang van 4 oktober 2021 bij Werkgever in dienst voor bepaalde tijd, te weten voor de duur van het project met projectnummer 2021401234/BP, doch uiterlijk tot en met 3 oktober 2022, zodat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, zonder dat een voorafgaande opzegging noodzakelijk is. Het project wordt geacht te zijn geëindigd op het moment dat de opdrachtgever van het project aan Werkgever te kennen geeft dat het project is ge-

170 Vgl. M. Tanja, ‘Het uitzendbeding bij ziekte’, *Arbeids-Recht* 2020/33, p. 16.

171 Een dergelijke toelichting is aangetroffen in de considerans van versies 2004-2009, 2009-2012 en 2012-2017.

172 ABU, NBBBU, Stichting start, Dienstenbond CNV, FNV Dienstenbond, De Unie en OVB.

173 Stichting van de Arbeid, *Nota ‘Flexibiliteit en Zekerheid’*, 3 april 1996, Publikatiennr. 2/96, p. 23.

174 Art. 5.1 van het convenant, zie tevens de toelichting op deze bepaling op p. 4 van het convenant, raadpleegbaar als bijlage bij de Nota Flexibiliteit en Zekerheid.

175 Rb. Rotterdam 8 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:206, rov. 2.2.

176 Rb. Rotterdam 20 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5718, rov. 2.1.

eindigd, dan wel ingeval deze opdrachtgever in staat van faillissement is geraakt, surseance van betaling aanvraagt, dan wel de betalingsverplichting richting Werkgever niet nakomt. (...).”

9.27. Een ander voorbeeld van een uitzendbeding stond centraal in een uitspraak van het hof Den Haag van 7 juni 2022.¹⁷⁷

“Op deze overeenkomst is het uitzendbeding van toepassing. Dit betekent dat de overeenkomst van rechtswege eindigt, doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer aan de inlener op verzoek van de inlener ten einde komt.”¹⁷⁸

9.28. Het ging in deze zaken steeds om uitzendbedingen die rechtstreeks in de uitzendovereenkomst waren opgenomen.

Kritiek op het cao-uitzendbeding

9.29. Direct na de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in 1998 en de opname van het uitzendbeding in de uitzend-cao's, is daarop kritiek uitgeoefend door Verhulp¹⁷⁹ en Kuip.¹⁸⁰

Strijd met art. 7:691 lid 2 BW

9.30. Het belangrijkste punt van kritiek was dat het cao-uitzendbeding haaks staat op het wettelijke vereiste dat er een verzoek moet zijn gedaan door de derde (inlener) tot beëindiging van de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht. In plaats daarvan wordt immers gewerkt met een fictie, zonder dat de inlener daadwerkelijk een beëindigingsverzoek hoeft te hebben gedaan. Arbeidsongeschiktheid van de uitzendkracht hoeft echter niet noodzakelijkerwijs te leiden tot een verzoek (of een wens) van de inlener tot beëindiging van de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht. De inlener kan belang hebben bij het voortzetten van de terbeschikkingstelling, bijvoorbeeld omdat hij de uitzendkracht niet wil kwijtraken. Het aannemen van een fictief beëindigingsverzoek is in strijd met art. 7:691 lid 2 BW en het uitzendbeding is daarom nietig.

177 HofDenHaag7juni2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:944, rov. 3.2.

178 HofDenHaag7juni2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:944, rov. 3.2.

179 E. Verhulp, ‘De uitzendkracht in het Flex(s)t(r)id-perk’, SR 1998/11, par. 3.5; E. Verhulp, ‘De ondergeschiktheid, het belemmeren en de ziekte van de uitzendkracht’, SR 2001/4, p. 105.

180 S.W. Kuip, ‘Uitzendovereenkomst onder ontbindende voorwaarde’, *ArbeidsRecht* 1998/62.

9.31. Meerdere auteurs onderschreven de kritiek van Verhulp en Kuip:¹⁸¹ de wet eist dat er een verzoek is van de inlener, zodat zonder zo'n verzoek geen sprake kan zijn van beëindiging van de uitzendovereenkomst.

9.32. Zie bijvoorbeeld ook Heerma van Voss (in 2006, mijn onderstrepingen (gecursiveerd; red.)):¹⁸²

“Deze bepaling gaat net een stapje verder dan de wettekst en staat op gespannen voet met het stelsel van ontslagrecht. Het gaat hier immers om een ontbindende voorwaarde. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad mag een ontbindende voorwaarde niet in strijd zijn met het systeem van ontslagbescherming. Een ontbindende voorwaarde die intreedt tijdens ziekte is zonder meer in strijd met dit stelsel, omdat dit het ontslagverbod bij ziekte (art. 7:670 lid 1 BW) doorkruist. Men kan wel betogen dat art. 7:691 lid 2 BW een uitzondering op dit systeem maakt door het uitzendbeding mogelijk te maken. *Maar de bedoelde bepaling gaat net weer een stapje verder door ontslag bij ziekte tot een automatisme te maken. De wet voorziet slechts in de mogelijkheid van beëindiging door de inlener. Deze moet daartoe een uitdrukkelijk besluit nemen. Hij kan er ook van afzien of het laten zitten. Zonder twijfel zal menige inlener bij ziekte de uitzendrelatie onmiddellijk beëindigen, maar hij kan ook goede redenen hebben om dit niet te doen.* Bijvoorbeeld omdat hij coulant is tegenover de uitzendkracht en hij verwacht dat deze spoedig zal zijn hersteld. Of omdat hij van plan is de uitzendkracht zelf in dienst te nemen en niet te veel aansluitende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tot stand wil brengen. *Los daarvan wordt de uitzendkracht door dit beding het kleine beetje rechtsbescherming dat hij bij ziekte nog heeft, ontnomen.*”

9.33. Alleen Grapperhaus & Jansen hebben zich op het standpunt gesteld dat het beding wel rechtsgeldig is, omdat de wettekst volgens hen toelaat dat het verzoek van de inlener impliciet wordt gedaan. Er kan volgens hen vanuit worden

181 Zie bijvoorbeeld C.J. Frikkee & C.M. Jakimowicz, ‘Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met voormalige uitzendkracht: oppassen geblazen’, *ArbeidsRecht* 2003/4; C.J. Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties* (los-bl.), Deventer: Kluwer, aant. H.5.4.3.

182 G.J.J. Heerma van Voss, annotatie bij CrvB 16 augustus 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY6619, *USZ* 2006/289, par. 3.

gegaan dat de inlener toch wel een verzoek tot beëindiging zou doen.¹⁸³ Zekerheidshalve zou aan de cao-bepaling wel moeten worden toegevoegd 'mits met de opdrachtgever zulks is overeengekomen', terwijl dan tussen uitzendbureau en inlener overeengekomen moet zijn dat ziekte van een uitzendkracht automatisch leidt tot een verzoek van de inlener tot beëindiging van de arbeids-overeenkomst.¹⁸⁴ Overigens moet hierbij wel worden aangetekend dat Grapperhaus destijds huisadvocaat van de ABU was.¹⁸⁵

9.34. Naar aanleiding van de publicaties van Kuip en Verhulp is een artikel verschenen in Het Parool, waarin stond dat het cao-uitzendbeding in strijd was met de wet.¹⁸⁶ Na de Parool-publicatie zijn vervolgens Kamervragen gesteld. De minister van SZW antwoordde daarop als volgt:¹⁸⁷

“Vraag 1

Hebt u kennisgenomen van het artikel «Uitzend-cao in strijd met de wet»?¹⁸⁸

Antwoord 1

Ja

Vraag 2

Is het waar dat op basis van de nieuwe uitzend-cao, in tegenstelling tot wat daarover in de Wet flexibiliteit en zekerheid is opgenomen, een uitzendbureau een uitzendkracht zodra hij of zij zich ziek meldt mag ontslaan?

Antwoord 2

Overeenkomstig de bedoeling van artikel 691 lid 2 Boek 7 BW kan in de uitzendovereenkomst worden bedongen dat deze overeenkomst onmiddellijk van rechtswege eindigt, als de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht op verzoek van de opdrachtgever wordt beëindigd. Deze beëindiging van rechtswege vindt plaats ongeacht de reden die aan het verzoek

van de opdrachtgever ten grondslag ligt. Ingevolge het derde lid van genoemd artikel verliest een dergelijk beding zijn kracht indien de werknemer in meer dan 26 weken arbeid voor de uitzendwerkgever heeft verricht. Bij CAO kan de termijn van 26 weken worden verlengd. In de uitzend-cao is de wettelijke termijn verlengd met een halfjaar (fasen 1 en 2 in de CAO). Deze bijzondere regeling is overeenkomstig het advies van de Stichting van de Arbeid inzake Flexibiliteit en zekerheid (april 1996) uitdrukkelijk in de wet opgenomen ten einde gedurende de eerste periode van de uitzendrelatie de bestaande uitzendpraktijk te kunnen handhaven. Daarnaast is in de betreffende uitzend-cao in een aparte bepaling uitdrukkelijk een regeling in geval van ziekte van de uitzendkracht opgenomen, ten einde in bedoelde fasen 1 en 2 een onmiddellijke beëindiging van rechtswege van de uitzendrelatie zeker te stellen, als het desbetreffende beding in de uitzendovereenkomst is opgenomen.

(...)

Vraag 4

Klopt het dat de nieuwe cao voor het uitzendwezen als gevolg van bovengenoemde bepalingen in strijd is met de Wet flexibiliteit en zekerheid?

Antwoord 4

Ik acht de betreffende bepalingen in de uitzend-cao als zodanig niet in strijd met de strekking van de wet. Dit laat echter onverlet dat de rechter in concrete gevallen anders zal kunnen oordelen.

Vraag 5

Indien blijkt dat de nieuwe uitzend-cao inderdaad in strijd is met de Wet flexibiliteit en zekerheid, welke maatregelen zijn dan noodzakelijk om de uitzend-cao en de Wet flexibiliteit en zekerheid met elkaar in overeenstemming te brengen?

Antwoord 5

In het geval de nieuwe uitzend-cao bepalingen bevat die door de rechter strijdig worden geoordeeld met de wet, ligt het in de rede, dat partijen bij deze CAO de betreffende bepalingen alsnog hiermede in overeenstemming brengen.”

9.35. De minister hield dus uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat het (beroep op het) uitzendbeding in een concreet geval in strijd met de wet zou zijn.

Tussenconclusie

9.36. M.i. is de kritiek van Verhulp en Kuip terecht. Art. 7:691 lid 2 BW, dat de wettelijke grondslag vormt voor het cao-uitzendbeding, gaat nadrukkelijk uit van een verzoek van de derde

183 Frikke een Jakimowicz plaatsten vraagtekens bij deze gedachte, zie C.J. Frikkee & C.M. Jakimowicz, 'Arbeids-overeenkomst voor bepaalde tijd met voormalige uitzendkracht: oppassen geblazen', *ArbeidsRecht* 2003/20.

184 F.B.J. Grapperhaus & M. Jansen, *De uitzendovereenkomst (Monografieën Sociaal Recht, nr. 15)*, Deventer: Kluwer 1999, p. 196.

185 Zie de blog van Van der Gaag, *De 50.000 voorbeelden van de uitzendsector*, blog Aart van der Gaag (flexnieuws.nl).

186 Het Parool 6 november 1998.

187 *Aanhangsel van de Handelingen II* 1998/99, nr. 445, p. 907-908.

188 Voetnoot in het origineel: *Parool*, 6 november jl.

(inlener) aan de werkgever (uitzendbureau) om beëindiging van de terbeschikkingstelling. De woorden ‘op verzoek van die derde’ zijn bij amendement (dus weloverwogen) in de wettekst gekomen en dienden ter bescherming van de uitzendkracht (zie onder 9.10). Zonder deze woorden zou de werkgever steeds de uitzendovereenkomst kunnen beëindigen, ook als daar geen verzoek om beëindiging van de inlener aan ten grondslag lag. Dit was nadrukkelijk níet de bedoeling van de wetgever. In het cao-uitzendbeding wordt voorbijgegaan aan de wettekst en eindigt de uitzendovereenkomst ook zonder verzoek van de inlener tot beëindiging van de terbeschikkingstelling. Daarmee overschrijdt het cao-uitzendbeding de wettelijke grenzen.

9.37. Overigens zijn er in de pre-Wwz feitenrecht-spraak geen vraagtekens geplaatst bij de rechtsgeldigheid van het cao-uitzendbeding en is ervan uitgegaan dat ook zonder een verzoek van de inlener, ziekte van de uitzendkracht tot beëindiging van de uitzendovereenkomst leidt.¹⁸⁹ Ook in de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep is dit de vaste lijn (maar zie de kritische noot van Heerma van Voss, geciteerd onder 9.31)¹⁹⁰

9.38. De vraag of ook zonder een beëindigingsverzoek van de inlener de uitzendovereenkomst eindigde bij ziekte van de uitzendkracht, is (pre-Wwz) niet voorgelegd aan de Hoge Raad.

Benadelingshandeling sociale verzekeringen

9.39. Een tweede punt van kritiek heeft te maken met het *effect* van het cao-uitzendbeding. Kuip zet uiteen dat nu op grond van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid de uitzendovereenkomst kwalificeert

als arbeidsovereenkomst, in beginsel het opzegverbod tijdens ziekte geldt.¹⁹¹ Dat betekent dat een zieke werknemer recht heeft op doorbetaling van loon. Weliswaar kan op grond van art. 7:670 lid 7 BW (oud) – later: lid 13 (oud) – bij cao worden afgeweken van het opzegverbod tijdens ziekte. In dat geval zouden echter wel de opzegtermijnen (uit de cao) gelden (één of drie maanden), waardoor het uitzendbureau toch gedurende enige tijd loon moet doorbetalen aan de zieke werknemer. Om dat te ontlopen – en de kosten bij het UWV, dus het collectief neer te leggen – is bedacht om door het opnemen van een ontbindende voorwaarde in de uitzendovereenkomst een ‘einde van rechtswege’ te construeren, zodat er een onmiddellijk einde aan de arbeidsovereenkomst komt bij ziekte van de uitzendkracht en er geen recht op doorbetaling van loon bestaat. Als ‘compensatie’ is door de sociale partners overeengekomen dat het uitzendbureau een suppletie betaalt op de Ziektewetuitkering (zie onder 9.20).

9.40. Volgens Kuip is hiermee in feite sprake van een benadelingshandeling in verzekeringsrechtelijke zin. Dat geldt temeer in het licht van de Wet uitbreiding doorbetalingsplicht bij ziekte, waarmee beoogd werd om de kosten van het eerste – en later ook het tweede – ziektejaar bij de werkgever neer te leggen.

9.41. Tanja ziet dit anders. Tanja wijst erop dat uitzendondernemingen al snel kwalificeren als ‘grote werkgever’ voor de Werkhervattingskas (Whk), zodat de hoogte van de Whk-premie afhankelijk is van de instroom van ex-uitzendkrachten in de Ziektewet (volgens het principe ‘de vervuiler betaalt’). Bovendien zijn volgens Tanja ‘de nodige uitzendondernemingen’ eigenrisico-drager voor de Ziektewet, zodat zij zelf de financiële lasten dragen van de Ziektewetuitkeringen waar uitgestroomde werknemers aanspraak op maken.¹⁹²

9.42. De standpunten van Kuip (anno 1998) enerzijds en Tanja (anno 2020) zijn ingenomen bin-

189 Zie bijv. Ktr. Amsterdam 30 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:9215, *AR-Updates.nl* 2014-0019, rov. 8; Ktr. Groningen 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:6533, *AR-Updates.nl* 2013-0874, rov. 4.7; Ktr. Nijmegen 24 augustus 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB2439, rov. 3.3.9.

190 Zie bijv. CRvB 25 mei 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1616; CRvB 13 juli 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2645, *USZ* 2016/285; CRvB 24 februari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:637; CRvB 4 april 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW3640, *USZ* 2012/138; CRvB 18 april 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BA3299, *USZ* 2007/179; CRvB 16 augustus 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY6577, *USZ* 2006/288; CRvB 16 augustus 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY6619, *USZ* 2006/289, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss.

191 S.W. Kuip, ‘Uitzendovereenkomst onder ontbindende voorwaarde’, *ArbeidsRecht* 1998/62. Vgl. ook H.C. Geugjes & K.U.J. Hopman, *Socialezekerheidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom juridisch 2021/4.3.1: het uitzendbeding beoogt te voorkomen dat de uitzendorganisatie tijdens ziekte het loon moet doorbetalen op grond van art. 7:629 BW.

192 M. Tanja, ‘Het uitzendbeding bij ziekte’, *ArbeidsRecht* 2020/33.

nen een andere juridische context. Het premiedifferentiatiesysteem dat Tanja aanhaalt, bestaat in die vorm pas sinds 1 januari 2020.¹⁹³ Momenteel kent de uitzendsector van alle sectoren de hoogste sectorpremie (4,73%), vanwege de samenstelling van de werknemerspopulatie in deze sector.¹⁹⁴ De mogelijkheid tot eigenrisicodragen in het kader van de Ziektewet is in 2002 geïntroduceerd, nadat deze mogelijkheid in 1996 – met de inwerkingtreding van de Wulbz – was afgeschaft.¹⁹⁵ Binnen de huidige context bestaan er derhalve meer variaties voor wat betreft het ‘afwentelen’ van de arbeidsongeschiktheidsrisico’s op het collectief.

9.43. Voorts meent Tanja dat het cao-uitzendbeding de individuele werknemer niet benadeelt. Door de beëindiging van de uitzendovereenkomst heeft de uitzendwerknemer immers recht op een Ziektewetuitkering, maar dit wordt op grond van de uitzendcao’s door uitzendwerkgevers aangevuld tot minimaal 90% van het laatstverdiende loon, en in het tweede jaar tot 80% (vgl. onder 9.20).¹⁹⁶ Dit is in de basis gelijk aan wat de (regu-

liere) werknemer toekomt op grond van art. 7:629 lid 1 BW (hoewel voor veel (reguliere) werknemers in de cao of individuele arbeidsovereenkomst een gunstigere loondoorbetalingsregeling is opgenomen). Volgens Tanja zou de uitzendkracht hierdoor zelfs *beter* af zijn dan de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die van rechtswege eindigt, nu de werknemer in dat scenario enkel terugvalt op een Ziektewetuitkering van 70% van het dagloon.¹⁹⁷

9.44. Volgens Jansen ziet Tanja over het hoofd dat de zieke werknemer voor wat betreft de re-integratie in het algemeen beter af is bij een werkgever dan bij het UWV. Dit was ook de insteek van de privatiseringsoperatie die in de jaren ’90 heeft plaatsgevonden (zie onder 8.20-8.21). Verder wijst Jansen erop dat voor de loondoorbetalingsverplichting van art. 7:629 BW de mate van arbeidsongeschiktheid van de werknemer geen rol speelt. Dit ligt anders in de Ziektewet: ingevolge art. 19aa ZW geldt dat de verzekerde na 52 weken minimaal 35% arbeidsongeschikt moet zijn, wil hij (nog) aanspraak kunnen maken op een uitkering. Dat de uitzendwerknemer met een uitzendbeding beter af zou zijn dan de werknemer met een tijdelijk contract dat van rechtswege afloopt, is volgens Jansen dan ook niet juist.

Tussenconclusie

9.45. Als het gaat om de *effecten* van het cao-uitzendbeding, kan worden aangenomen dat de zieke uitzendkracht slechter af is dan de zieke werknemer die rechtstreeks in dienst is bij de inlener.

9.46. In de eerste plaats omdat in veel cao’s of arbeidsovereenkomsten de doorbetaling van loon bij ziekte hoger ligt dan 90% (vgl. onder 9.21) van het laatstverdiende loon. Hierbij is tevens te wijzen op de bevindingen in het rapport van de Commissie-Borstlap: de uitzendkracht heeft minder werk- en inkomenszekerheid, heeft meer kans op armoede, is vaker slachtoffer van een arbeidsongeval, heeft minder toegang tot een bedrijfsarts en heeft meer risico om vroegtijdig aan de kant te komen te staan (zie onder 6.16).

193 Besluit van 17 april 2019, houdende wijziging van het Besluit Wfsv in verband met enkele wijzigingen in de differentiatiesystematiek van de premie voor de Werkhervattingskas en tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van enkele onderdelen van de Verzamelwet SZW 2019, *Stb.* 2019, 166. In 2022 bedraagt bij uitzendbedrijven het *aandeel in de loonsom* van ZW-eigenrisicodragers 50% (tegenover 47% bij overige bedrijven). Het *aandeel in aantal* uitzendbedrijven dat ZW-eigenrisicodragers is bedraagt 12,3%. Zie: UWV, *Gedifferentieerde premies WGA en Ziektewet 2023*, 1 september 2022, p. 6, p. 20 en p. 30.

194 UWV, *Gedifferentieerde premies WGA en Ziektewet 2023*, 1 september 2022, p. 6.

195 Wet van 14 november 2002 tot wijziging van de Ziektewet en enkele andere wetten in verband met de invoering van eigenrisicodragen door de werkgever (Wet eigenrisicodragen Ziektewet), *Stb.* 2002, 584; zie tevens *Kamerstukken II 2000/01*, 27 873, nr. 3, p. 1-2 (MvT). In 2022 bedraagt bij uitzendbedrijven het *aandeel in de loonsom* van ZW-eigenrisicodragers 50% (tegenover 47% bij overige bedrijven). Het *aandeel in aantal* uitzendbedrijven dat ZW-eigenrisicodragers is bedraagt 12,3%. Zie: UWV, *Gedifferentieerde premies WGA en Ziektewet 2023*, 1 september 2022, p. 6, p. 20 en p. 30.

196 Tanja spreekt in zijn bijdrage van een aanvullingsverplichting tot minimaal 91% van het laatstverdiende loon in het eerste ziektejaar. Zowel de ABU-cao als de

NBBU-cao spreken echter van een suppletie tot 90% van het laatstverdiende loon in het eerste ziektejaar; zie art. 25 lid 2 NBBU-cao (versies 2019-2021 en 2022-2023), tevens art. 25 lid 2 ABU-cao (versies 2019-2021 en 2022-2023).

197 M. Tanja, ‘Het uitzendbeding bij ziekte’, *ArbeidsRecht* 2020/33.

9.47. In de tweede plaats is de zieke uitzendkracht slechter af omdat het aannemelijk is dat een zieke werknemer meer baat heeft bij re-integratie door de werkgever dan door het UWV (waarbij dan wel is aan te tekenen dat in sommige situaties, waaronder de voorliggende zaak, uitzendbureaus als eigenrisicodragers toch verantwoordelijk kunnen zijn voor de re-integratie van de arbeidsongeschikte uitzendkracht).¹⁹⁸ Een fraudezaak zoals recent in het nieuws was,¹⁹⁹ lijkt ook moeilijk voorstelbaar als de zieke uitzendkracht zich moet melden bij de (arbo-arts van de) werkgever.

9.48. In de derde plaats kan worden aangenomen dat het cao-uitzendbeding in het algemeen leidt tot een verschuiving van sociale lasten van de individuele werkgever naar de collectiviteit. Ook de Commissie-Borstlap heeft dat nadrukkelijk benoemd (zie onder 6.17).

Uitzendbeding ontbindende voorwaarde?

9.49. Een derde punt van kritiek van Kuip en Verhulp ziet op de constructie van het uitzendbeding als ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst. Op dit punt zal hierna worden ingegaan (zie onder 11.1 e.v. en 13.1 e.v.).

Strijd met opzegverbod tijdens ziekte?

9.50. Voor zover ik heb kunnen nagaan is destijds, dus bij de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, niet de principiële vraag opgeworpen of het cao-uitzendbeding te verenigen is met het opzegverbod tijdens ziekte. Dit zal hierna nog uitgebreid worden besproken.

Het uitzendbeding na de inwerkingtreding van de Wwz

9.51. Na de uitspraak van het hof Den Haag waarom het in deze zaak gaat, is opnieuw discussie in de literatuur ontstaan over de rechtsgeldigheid van het uitzendbeding bij ziekte van de uitzendkracht.²⁰⁰ 'Na twintig jaar stilte', zoals Zondag

schrijft, is daardoor de vraag naar de rechtsgeldigheid van het uitzendbeding weer in volle omvang op tafel gelegd.²⁰¹

9.52. De lijn van het hof Den Haag is gevolgd in een uitspraak van de kantonrechter van de rechtbank Midden-Nederland.²⁰² In beide uitspraken werd dus geoordeeld dat de werkgever geen geslaagd beroep op het uitzendbeding toekwam, vanwege de wijziging van art. 7:670 lid 13 BW (oud).

9.53. Er zijn ook rechterlijke uitspraken waarin een andere lijn is gevolgd. In uitspraken van de rechtbank Rotterdam²⁰³ en het hof Den Haag²⁰⁴ staat het vervallen van art. 7:670 lid 13 BW (oud) niet in de weg aan (een geslaagd beroep op) een uitzendbeding dat leidt tot beëindiging van de arbeidsrelatie van een arbeidsongeschikte uitzendkracht. Overigens was in deze zaken – anders dan in de voorliggende zaak – wél een verzoek door de inlener gedaan tot beëindiging van de tewerkstelling van de uitzendkracht.

Strijd met de wet vanwege wijziging art. 7:670 lid 13 BW (oud)?

9.54. Naar aanleiding van de beschikking van het hof Den Haag is in de literatuur besproken of het argument van het hof dat het vervallen van de mogelijkheid om bij cao af te wijken van het opzegverbod tijdens ziekte (art. 7:670 lid 13 BW (oud), zie onder 8.10 e.v.) en het cao-uitzendbeding daarom vernietigbaar is, steekhoudend is.

9.55. Daarbij draait het met name om de vraag of het cao-uitzendbeding eigenlijk wel was gebaseerd op art. 7:670 lid 13 BW (oud). In verschillende commentaren lijkt ervan te worden uitgegaan, net als het hof Den Haag heeft aangenomen, dat dat het geval is. De consequentie is dan dat het

198 Op grond van art. 4a van de Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar voor vangnetters.

199 Zie: <https://www.nrc.nl/nieuws/2022/09/15/uwv-zet-tientallen-uitkeringen-stop-wegens-georganiseerde-fraude-a4142068>

200 Zie over de discussie ook D.M.A. Bij de Vaate, 'Ontslag', in: D.M.A. Bij de Vaate (red.), *De zieke werknemer (MSR nr. 16)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 6.11; de noot van E.C.A. Pronk bij de bestreden in *JAR* 2020/102 en de conclusie van A-G Wattel van 15 de-

cember 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1183, onder 7.1-7.6.

201 W.A. Zondag in zijn noot bij Hof Den Haag 4 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3329, *JAR* 2019/12.

202 Ktr. Utrecht 3 februari 2021, ECLI:NL:RBUMNE:2021:1387, *JAR* 2021/111 m.nt. E.M. Hogeveen.

203 Rb. Rotterdam 8 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:206 en Rb. Rotterdam 20 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5718.

204 Hof Den Haag 7 juni 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:944.

cao-uitzendbeding op dit punt sinds de inwerkingtreding van de Wwz niet meer geldig is.²⁰⁵ 9.56. Onder meer Tanja is het hier niet mee eens.²⁰⁶ Volgens hem hebben cao-partijen nooit beoogd om het uitzendbeding te baseren op art. 7:670 lid 13 BW (oud), en hebben zij dus kennelijk ook niet beoogd om bij cao af te wijken van het opzegverbod tijdens ziekte. De consequentie daarvan is dat het schrappen van deze afwijkingsmogelijkheid bij de Wwz, geen gevolgen kan hebben voor de geldigheid van het cao-uitzendbeding.

9.57. Ik deel dit standpunt. Hiervoor is reeds besproken dat het doel van het cao-uitzendbeding niet was om een uitzondering te maken op het opzegverbod tijdens ziekte; het doel was om de uitzendovereenkomst – die vanaf de Wet Flexibiliteit en Zekerheid als een arbeidsovereenkomst kwalificeerde, met alle juridische gevolgen van dien – tot een onmiddellijk einde te laten komen als de uitzendkracht niet meer wilde, mocht of kon werken bij de inlener. Vandaar dat een ontbindende voorwaarde is opgenomen, die bij vervulling leidt tot een einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst. Ik verwijs naar de nuttige beschouwingen van Kuip hierover (zie onder 9.39).

205 Zie bijv. A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, 2020/12.6.1: “In 2015 is de mogelijkheid om ‘bij cao’ af te wijken van het opzegverbod komen te vervallen. Bijgevolg is de in de uitzendbranche lange tijd gehanteerde praktijk dat ingeval een werknemer niet langer de arbeid kan verrichten wegens arbeidsongeschiktheid, de arbeidsovereenkomst wordt geacht te zijn beëindigd door toedoen van de inlener (uitzendbeding), in strijd met dwingend recht.” Idem E.J.A. Franssen en P.H.E. Voûte, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Commentaar op art. 670a, aant. C.1.1; A.R. Houweling, e.a., *Hoofdstukken ontslagrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020/1.6.1; J. van Drongelen, ‘Over dat o zo lastige uitzendbeding’, *Beloning & Belasting* 2020-0160.

206 M. Tanja, ‘Het uitzendbeding bij ziekte’, *ArbeidsRecht* 2020/33, p. 17; M. Tanja, ‘De uitzendovereenkomst’, in: J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, 2022/5.5.4. Op dezelfde lijn lijken te zitten E.C.A. Pronk, annotatie bij Gerechtshof Den Haag 17 maart 2020, *JAR* 2020/102; E.M. Hoogeveen, annotatie bij Ktr. Utrecht 3 februari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1387, *JAR* 2021/111; M.H.D. Vergouwen, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht artikelsgewijs*, art. 7:691 BW, par. 3.

En inderdaad hebben cao-partijen nooit beoogd om het uitzendbeding te baseren op art. 7:670 lid 13 BW (oud) (zie onder 9.22-9.24).

Strijd met art. 7:691 lid 2 BW?

9.58. In de discussie naar aanleiding van de uitspraak van het hof Den Haag is ook weer teruggegrepen op de kritiek die bij de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is aangevoerd tegen het cao-uitzendbeding. Dat is in de eerste plaats dat de fictie van een verzoek tot beëindiging door de inlener bij ziekte van de uitzendkracht, op gespannen voet staat met art. 7:691 lid 2 BW (zie onder 9.30-9.32). Zie bijvoorbeeld Van Drongelen & Maas, in een noot bij de hofbeschikking.²⁰⁷

“Dat laat echter onverlet dat het Hof iets over het hoofd heeft gezien. (...) Het uitzendbeding mag alleen door de opdrachtgever/inlener worden ingeroepen. Artikel 7:691 lid 2 BW vereist namelijk een actieve handeling van de opdrachtgever/inlener in dezen, namelijk ‘een verzoek’ en dus niet via een fictie in een cao – artikel 13 lid 3 onderdeel a NBBU-cao en ook in artikel 15 lid 1 onderdeel b ABU-cao – dat de uitzendovereenkomst bij ziekte of na een ongeval wordt geacht te zijn beëindigd door de opdrachtgever/inlener. De fictie kan dus helemaal niet, omdat die in strijd is met de regeling van het uitzendbeding in artikel 7:691 lid 2 BW en dat maakt dat die fictie met een beroep op artikel 3:40 lid 2 BW nietig is, daar hier niet (meer) uitsluitend de bescherming van een van de partijen aan de orde is, maar de afspraak zelf.”

9.59. Ook andere auteurs wijzen (opnieuw) op dit punt.²⁰⁸ Zo schrijft Tanja.²⁰⁹

“Men kan zich afvragen of deze cao-regel nog wel overeenkomt met de bedoeling van art. 7:691 lid 2 BW, waar toch duidelijk actie van de kant van de inlener wordt gevraagd om te komen tot een beëindiging van rechtswege.

207 J. van Drongelen & A.P.A.H. Maas, “Mijn tijdelijk uitzendcontract brak eerder dan mijn vliezen” (deel 1), *B&B* 2020-0127. Vgl. J. van Drongelen, ‘De praktijk: het uitzendbeding en wat er mis gaat’, *JutD* 2020-0075 en J. van Drongelen, ‘Over dat o zo lastige uitzendbeding’, *Beloning & Belasting* 2020-0160.

208 Zie R.H.M. Kroese, ‘Het zieke uitzendbeding in de uitzend-cao’, *TRA* 2018/57, p. 9-10; W.A. Zondag, annotatie bij Gerechtshof Den Haag 4 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3329, *JAR* 2019/12.

209 M. Tanja, ‘De uitzendovereenkomst’, in: J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, 2022/5.5.4.

9.60. Hiervoor heb ik al gezegd dat deze kritiek terecht is (zie onder 9.36). De wet gaat uit van een verzoek van de inlener om beëindiging van de terbeschikkingstelling. In het uitzendbeding dat in de uitzendcao's is opgenomen is hieraan voorbij gegaan. Het cao-uitzendbeding is op dit punt in strijd met art. 7:691 lid 2 BW.

Niet toelaatbare ontbindende voorwaarde?

9.61. Ten slotte rijst de meer fundamentele vraag of het cao-uitzendbeding een toelaatbare ontbindende voorwaarde vormt, voor zover daarin is bepaald dat als de uitzendkracht om welke reden dan ook, *daaronder begrepen arbeidsongeschiktheid*, de arbeid niet langer kan verrichten. Hetzelfde geldt voor het beding dat bij ziekmelding door de uitzendkracht, de uitzendovereenkomst van rechtswege tot een einde komt. Deze vraag zal in de paragrafen 11 en 13 worden besproken.

10. Inroepen uitzendbeding bij aan zwangerschap gerelateerde ziekte

10.1. Los van alle principiële discussies over het cao-uitzendbeding is te constateren dat de beëindiging van rechtswege bij *zwangerschap* van de uitzendkracht hoe dan ook niet is toegestaan.²¹⁰ Art. 7:667 lid 8 BW bepaalt dat de ontbindende voorwaarde wegens zwangerschap of bevalling nietig is (vgl. onder 11.2). Het zou ook in strijd zijn met het discriminatieverbod bij zwangerschap, bevalling en moederschap als bedoeld in art. 1 lid 3 jo. art. 5 lid 1 sub c van de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB), art. 1 lid 2 Wet Gelijke Behandeling van Mannen en Vrouwen (WGBMV) en art. 7:646 lid 5 sub b BW.²¹¹

210 Ook is – naar analogie – te wijzen op de voorloper van art. 7:670 lid 13 (oud) BW, art. 7A:1639h lid 7 BW (oud), waarin stond dat bij cao kon worden afgeweken van het opzegverbod tijdens ziekte (zie de hoofdtekst onder 8.10-8.15). Art. 7A:1639h lid 7 BW (oud) hield in de daarop volgende volzin in: “Deze afwijking kan evenwel geen betrekking hebben op opzegging van arbeidsters die zwanger zijn dan wel bevallingsverlof genieten.”

211 Zie tevens: J. van Drongelen & A.P.A.H. Maas, “Mijn tijdelijk uitzendcontract brak eerder dan mijn vliezen” (deel 1); B&B 2020-0127; de masterscriptie van A.P.A.H. Maas, *Het risico van vrouw zijn. Een juridisch onderzoek naar de bestrijding van discriminatie van de zwangere uitzendkracht met een uitzendbeding* (mei 2020). Te vinden op internet.

10.2. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU geldt in elk geval dat (voorzienbare) afwezigheid vanwege zwangerschap- en bevallingsverlof dient te worden gezien als een direct en onlosmakelijk gevolg van de zwangerschap, zodat deze afwezigheid op één lijn dient te worden gesteld met de zwangerschap zelf. Dit geldt ook voor afwezigheid wegens ziekte die optreedt voor het zwangerschapsverlof en die is gerelateerd aan de zwangerschap.²¹²

10.3. Dit betekent dat het inroepen van het uitzendbeding bij ziekte die gerelateerd is aan zwangerschap van de uitzendkracht, in strijd is met het discriminatieverbod. Hetzelfde geldt als het uitzendbeding wordt ingeroepen bij de aankondiging van zwangerschap door een uitzendkracht.²¹³

10.4. Het College voor de Rechten van de Mens (CRM) heeft verschillende uitspraken gewezen waarin het beëindigen van een uitzendovereenkomst vanwege zwangerschap gerelateerde ziekteklachten van de uitzendkracht, als discriminatie van vrouwen is aangemerkt.²¹⁴ Het CRM heeft tevens geoordeeld dat een inlener die de terbeschikkingstelling van een zwangere vrouw op haar eerste werkdag beëindigde, daarmee een verboden onderscheid maakte op grond van geslacht.²¹⁵

11. Ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst

Hoge Raad: ontbindende voorwaarde bij uitzondering toegestaan

11.1. Als in een arbeidsovereenkomst rechtsgeldig een ontbindende voorwaarde is bedongen, dan leidt vervulling van de voorwaarde ertoe dat het dienstverband van rechtswege eindigt, zonder ontslagbescherming voor de werknemer. Daarmee rijst de vraag onder welke voorwaarden het is

212 HvJ EU 8 september 2005, ECLI:EU:C:2005:513 (*North West Health Board/McKenna*).

213 Idem A.P.A.H. Maas, *Het risico van vrouw zijn. Een juridisch onderzoek naar de bestrijding van discriminatie van de zwangere uitzendkracht met een uitzendbeding* (mei 2020).

214 Zie bijvoorbeeld de uitspraken van het College voor de Rechten van de Mens van: 21 december 2021, oordeelnummer 2021-154; 26 november 2020, oordeelnummer 2020-104; 17 december 2021, oordeelnummer 2021-190.

215 CRM 21 mei 2012, oordeelnummer 2012-92.

toegestaan om een dergelijke voorwaarde op te nemen in de arbeidsovereenkomst.²¹⁶

11.2. De wet geeft geen regeling over de arbeidsovereenkomst waarin een ontbindende voorwaarde is opgenomen. Wel is in art. 7:667 lid 7 BW bepaald dat de ontbindende voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wegens het aangaan van een huwelijk of geregistreerd partnerschap, nietig is. En op grond van art. 7:667 lid 8 BW is de ontbindende voorwaarde wegens zwangerschap of bevalling eveneens nietig. ‘Vreemd genoeg’, zo schrijft Heerma van Voss, ‘zijn niet alle ontbindende voorwaarden in verband met opzegverboden uitdrukkelijk uitgesloten als ontbindende voorwaarde. (...) Art. 7:691 BW verklaart een ontbindende voorwaarde in de vorm van een zogeheten ‘uitzendbeding’ binnen zekere grenzen juist wel geldig (...)’.²¹⁷

11.3. Sinds de in 1992 gewezen *Mungra*-beschikking²¹⁸ is het vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat een ontbindende voorwaarde niet onder alle omstandigheden ontoelaatbaar is. Een ontbindende voorwaarde kan, maar hoeft niet noodzakelijk met het wettelijke stelsel onverenigbaar te zijn, zo overwoog de Hoge Raad. Van geval tot geval moet worden gezien in hoeverre de strekking van de wettelijke ontslagregels tot nietigheid van de ontbindende voorwaarde leidt. Dat een ontbindende voorwaarde toelaatbaar kan zijn, strookt ook met het bepaalde in art. 7A:1639e leden 3 en 4 BW (thans art. 7:667 lid 7 en 8, zie de vorige alinea), aldus de Hoge Raad.

11.4. Later is deze rechtspraak aangescherpt en is geoordeeld dat een ontbindende voorwaarde

slechts bij uitzondering kan worden aanvaard. Of een ontbindende voorwaarde in strijd is met het wettelijke ontslagstelsel moet van geval tot geval worden beoordeeld, waarbij moet worden gekeken naar de aard, inhoud en context van de ontbindende voorwaarde. Zie het in 2012 gewezen *HTM*-arrest.²¹⁹

“Bij de beoordeling van het onderdeel wordt voorgegesteld dat de voor de arbeidsovereenkomst kenmerkende bescherming van de werknemer, die onder meer tot uiting komt in het wettelijk stelsel van het ontslagrecht, meebrengt dat de geldigheid van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst slechts bij uitzondering kan worden aanvaard. Een voorwaarde die redelijkerwijs niet met dat wettelijk stelsel is te verenigen, zal niet tot een beëindiging van rechtswege van de arbeidsovereenkomst kunnen leiden. Van geval tot geval moet worden gezien of een voorwaarde als vorenbedoeld is te verenigen met dat wettelijk stelsel. Daarbij komt het mede aan op de aard, inhoud en context van de voorwaarde. (...)”

11.5. Verschillende malen heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een bepaalde ontbindende voorwaarde niet verenigbaar is met het wettelijke systeem van het ontslagrecht. Dat gold bijvoorbeeld voor de afspraak tussen werkgever en werknemer dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij bedrijfsbeëindiging.²²⁰ De ontbindende voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst na drie maanden van rechtswege eindigt indien de werkgever ten gevolge van een van zijn wil onafhankelijke omstandigheid, zijnde een *act of god* (namelijk: een orkaan) langer dan een maand geen gebruik heeft kunnen maken van de diensten van de werknemer, was evenmin rechtsgeldig.²²¹

11.6. De ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst van een directeur van de Antilliaanse Nationale Bank dat zijn arbeidsovereenkomst eindigde wanneer hij bij landsbesluit als directeur werd ontslagen, achtte de Hoge Raad wel toegestaan. Daarbij werd meegewogen dat het ontslagbesluit buiten de bank werd genomen en dat de bank bereid was om een billijke vergoeding

216 Zie hierover ook mijn conclusie voor HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:213, *JAR* 2020/70 m.nt. S.J. Sterk & S.H. Kuiper (*Silver Specialistische Zorg*), onder 3.60-3.69.

217 *Asser/Heerma van Voss* 7-V 2020/342.

218 HR 6 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0535, *NJ* 1992/509 m.nt. P.A. Stein (*Mungra/Van Meir*), rov. 3.3. Herhaald in HR 24 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2082, *NJ* 1996/685 m.nt. P.A. Stein (*Van Zijl/Van Koppen*), rov. 3.4; HR 13 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2575, *NJ* 1998/708 m.nt. P.A. Stein (*Port de Plaisance*), rov. 3.3.2-3.3.3; HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, *NJ* 2002/607 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Monte/De Bank van de Nederlandse Antillen*); HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348, *NJ* 2012/700 (*HTM/werknemer*), rov. 3.4.2.

219 HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348, *NJ* 2012/700 (*HTM/werknemer*), rov. 3.4.2.

220 HR 24 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2082, *NJ* 1996/685 m.nt. P.A. Stein (*Van Zijl/Van Koppen*).

221 HR 13 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2575, *NJ* 1998/708 m.nt. P.A. Stein (*Port de Plaisance*).

toe te kennen.²²² Aldus gaat de toetsing van de geldigheid van een ontbindende voorwaarde in de richting van de toetsing van een normale opzegging, zo schrijft Heerma van Voss.²²³ Ook de ontbindende voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst eindigt indien de subsidie wordt beëindigd die is verstrekt ten behoeve van de re-integratie van een langdurig werkloze, werd toelaatbaar geacht.²²⁴

Ontbindende voorwaarde mogelijk na inwerking-treding Wwz?

11.7. Het HTM-arrest is gewezen in 2012, vóór de inwerkingtreding van de Wwz. In de literatuur is door sommigen betoogd dat een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst sinds de Wwz geen bestaansrecht meer heeft, onder meer omdat het wettelijke stelsel van ontslaggronden veel strenger is geworden.²²⁵

11.8. M.i. is er geen reden om aan te nemen dat het onder de Wwz niet meer toelaatbaar zou zijn om een ontbindende voorwaarde op te nemen in de arbeidsovereenkomst. Het belangrijkste argument hiervoor is dat de ontbindende voorwaarde gebaseerd is op het algemene verbintenissenrecht en vanuit daar het arbeidsrecht ‘invliegt’.²²⁶ Dat geldt onder de Wwz nog steeds.²²⁷ Bovendien zijn onder de Wwz ongewijzigd gebleven de bepalingen

waarin voor enkele specifieke ontbindende voorwaarden is bepaald dat deze nietig zijn (art. 7:667 lid 7 en 8 BW). Het argument uit de *Mungra*-beschikking, dat daaruit is af te leiden dat niet alle ontbindende voorwaarden ontoelaatbaar zijn (zie onder 11.3), geldt dus nog steeds. Opgemerkt zij nog dat het leerstuk van de ontbindende voorwaarde in de wetgeschiedenis van de Wwz in het geheel niet aan bod is gekomen.²²⁸

11.9. Maar doordat het wettelijke ontslagstelsel onder de Wwz is gewijzigd, kan de toets uit het HTM-arrest nu wel anders uitpakken. De beantwoording van de vraag of in een concreet geval een ontbindende voorwaarde, gelet op aard, inhoud en context van die voorwaarde, te verenigen is met het wettelijke stelsel van het ontslagrecht, vindt immers plaats tegen de achtergrond van een gewijzigd wettelijk ontslagstelsel. In zijn algemeenheid geldt dat dit stelsel onder de Wwz strikter is geworden; de wetgever heeft immers beoogd om zo precies mogelijk te benoemen wanneer opzegging (en ontbinding) wel of niet is toegestaan. Het reeds vóór de inwerkingtreding van de Wwz door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt, ‘dat een ontbindende voorwaarde slechts bij uitzondering kan worden aanvaard’, zal onder de Wwz dan ook zeker niet soepeler kunnen worden.

12. Kamervragen naar aanleiding van de uitspraak van het hof Den Haag

12.1. Naar aanleiding van de bestreden uitspraak van het hof Den Haag zijn Kamervragen gesteld.²²⁹ Zie de volgende vragen van het lid Tielen en de daarop gegeven antwoorden door de staatssecretaris van SZW:²³⁰

“Vraag 1

Bent u bekend met het bericht ‘Zieke uitzendkrachten worden ontslagen, terwijl dat wettelijk niet mag’ in dagblad Trouw van 3 november 2021?

Antwoord vraag 1

Ja

Vraag 2

228 Zie hierover ook K. Janssens, ‘De verschuldigheid van de transitievergoeding bij diverse beëindigingsmodaliteiten’, *TvO* 2017/3, par. 9.1.

229 Zie *Kamerstukken II* 2021/22, 2021Z19307 (3 november 2021); *Kamerstukken II* 2021/22, 2021Z19593 (5 november 2021); *Kamerstukken II* 2021/22, 2021Z19603 (5 november 2021).

230 *Aanhangsel bij de Handelingen II* 2021/22, nr. 878.

222 HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, *NJ* 2002/607 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Monte/De Bank van de Nederlandse Antillen*).

223 HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348, *NJ* 2012/700 (*HTM/werknemer*).

224 HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348, *NJ* 2012/700, (*HTM/werknemer*).

225 R. Rietveld, ‘De (niet meer) ontbindende voorwaarde’, *ArbeidsRecht* 2017/27; D.J.B. de Wolff, ‘De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde en de Wet werk en zekerheid’, *TRA* 2017/25; M. van Eck, ‘Over de (on)mogelijkheid van de ontbindende voorwaarde onder de Wwz’, *TvO* 2017/1; J.J.M. de Laat, ‘De ontbindende voorwaarde in het nieuwe ontslagrecht’, *TRA* 2014/100.

226 Zie hierover ook G.C. Boot, ‘Privatisering van het arbeidsrecht?’, *TRA* 2020/89.

227 Idem F.A. Chorus & B.P. Furstner, ‘Na einde van rechtswege: recht op vergoeding? De beëindigingsvergoeding bij de ontbindende voorwaarde onder de WWZ’, *ArbeidsRecht* 2019/18; J.M. van Slooten, ‘Is er onder de Wwz nog plaats voor de ontbindende voorwaarde?’, *TvO* 201/1.

Klopt het dat het aantal uitzendkrachten dat in de Ziektewet is gekomen vorig jaar (12.000) significant veel hoger is dan het jaar ervoor (+33%)? Zo ja, wat is volgens u de verklaring dat dit aantal zo fors is gestegen?

Antwoord vraag 2

Het beroep op de Ziektewet door uitzendkrachten met uitzendbeding is inderdaad gestegen. In 2020 kregen 78.800 uitzendkrachten met uitzendbeding een ZW-uitkering. In 2019 waren dat er 43.000 (Kwantitatieve informatie UWV jaarverslag 2020). Deze stijging komt vooral doordat uitzendbureaus sinds eind 2019 meer uitzendcontracten met uitzendbeding afsluiten en minder contracten zonder uitzendbeding. Voor een deel valt de stijging van het aantal uitzendkrachten met uitzendbeding in de ZW weg tegen de daling van de instroom in de ZW van uitzendkrachten met contracten zonder uitzendbeding.

Vraag 3

Bent u het eens dat het van belang is dat er een eenduidig en gelijk speelveld behoort te zijn tussen werkgevers en uitzenders als het gaat om sociale zekerheid? En bent u het eens dat dit speelveld niet gelijk is als werkenden door uitzenders zonder toets ontslagen kunnen worden als ze ziek zijn, terwijl alle werkgevers een verbod op ontslag bij ziekte kennen?

Antwoord vraag 3

In algemene zin heeft het kabinet de wens uitgesproken dat er een gelijker speelveld moet komen tussen werkgevers die flexibele werknemers in dienst hebben en werkgevers die werken met arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. In dit licht heeft de Commissie Regulering van Werk het advies uitgebracht om het invoeren van het uitzendbeding expliciet te verbieden. Zoals in de technische uitwerking van dat advies al werd geformuleerd, is echter een belangrijk aandachtspunt dat de loondoorbetaling bij ziekte voor sommige groepen beter geregeld zou moeten worden. Ik verwijs hierbij naar antwoord 7.

Vraag 4

Kunt u aangeven waarom het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) in het geval van een uitzendbeding niet oordeelt of een ontslag onterecht is of niet, maar deze automatisch goedkeurt? En hoe kan het dat zieke uitzendkrachten die op basis van het uitzendbeding ontslagen worden «automatisch» een ziekteuitkering krijgen; daar is toch een «niet-automatische» handeling voor

nodig om hen te onderscheiden van niet-ziek uitzendkrachten die ontslagen worden?

Antwoord 4

Standaard beleid is dat het uitzendbeding bij ziekte kan worden ingeroepen. De wet geeft aan dat de arbeidsovereenkomst in beginsel niet mag worden opgezegd bij ziekte. In de jurisprudentie en in de literatuur bestaat verdeeldheid over de vraag of dit verbod ook onverkort geldt voor uitzendkrachten met een uitzendovereenkomst waarin een zgn. uitzendbeding is opgenomen. In een dergelijk beding is doorgaans bepaald dat een uitzendovereenkomst gedurende een bepaalde periode van rechtswege kan eindigen, wanneer de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht op verzoek van de inlener eindigt, om welke reden dan ook. De jurisprudentie lijkt er in hoofdzaak op te wijzen dat beëindiging van een uitzendovereenkomst bij ziekte van de uitzendkracht niet legitiem (meer) is, maar in een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 8 januari 2021 (ECLI:NL:RBROT:2021:206) oordeelde de rechter dat de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigde doordat de inlener de opdracht had beëindigd vanwege ziekte van de uitzendkracht. De meest recente uitspraak op dit terrein is die van het Gerechtshof Den Haag, dat op 20 juli 2021 (ECLI:NL:GHDHA:2021:1511) einduitspraak heeft gedaan (na tussenbeslissingen in deze zaak van 4 december 2018 (ECLI:NL:GHDHA:2018:3329), 17 maart 2020 (ECLI:NL:GHDHA:2020:460) en 29 september 2020 (ECLI:NL:GHDHA:2020:1848)) waarin is geoordeeld dat het in de toepasselijke cao neergelegde uitzendbeding in strijd komt met het wettelijke opzegverbod bij ziekte. Voor zover mij bekend is tegen deze uitspraak beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad. Ik acht het van belang niet op de uitkomst van deze rechtszaak vooruit te lopen.

Het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) past de uitvoeringspraktijk vooralsnog niet aan naar aanleiding van de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag, mede omdat er gewacht wordt op de uitspraak van de Hoge Raad. Dat betekent dat het UWV geen Ziektewetuitkering zal weigeren om deze reden als een uitzendkracht zich bij het UWV meldt. UWV controleert daarbij of de betreffende werknemer op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam was, en of hier een uitzendbeding in opgenomen was. Voorts wordt via triage gekeken of de uitzendkracht direct aanspraak heeft op een Ziektewetuitkering, of dat er nog extra

controle nodig is, zoals bijvoorbeeld het voorleggen aan een arts of er werkelijk sprake is van ziekte.

Vraag 5

“Bent u het eens dat het uitzendbeding een belangrijke rol heeft voor onze wendbare arbeidsmarkt, maar dat het niet bedoeld is om ontslag bij ziekte mogelijk te maken? Zou u dat «misbruik» van het uitzendbeding noemen? Zo nee, waarom niet?”

Antwoord 5

Op dit moment is het beleid dat het uitzendbeding bij ziekte kan worden ingeroepen, mede omdat er gewacht wordt op de uitspraak van de Hoge Raad, zoals benoemd in antwoord 4. Ten aanzien van het belang van het uitzendregime wil ik opmerken dat het voor werkgevers noodzakelijk blijft om zich aan te kunnen passen aan veranderende omstandigheden om voldoende wendbaar te zijn. Flexibiliteit op de arbeidsmarkt is en blijft noodzakelijk. Zoals de Commissie Regulering van Werk al opmerkte, past gezien de allocatiefunctie van uitzendwerk een verlicht arbeidsrechtelijk regime. De Commissie merkte hierbij op dat deze sterker gereguleerd kan worden dan thans het geval is, zodat er meer evenwicht ontstaat in de flexibiliteit voor werkgevers en de termijn van onzekerheid met direct verlies van inkomen voor werknemers. Onder andere adviseerde de Commissie Regulering van Werk om het inroepen van het uitzendbeding bij ziekte te verbieden. Ook de SER adviseerde in zijn middellange termijnadvies een verdere inperking van de termijn waarbinnen een verlicht arbeidsrechtelijk regime geldt. Gezien de demissionaire status van het kabinet kan hier nu geen nieuw beleid op ingezet worden. Daarnaast wacht ik eerst de uitspraak van de Hoge Raad af.

(...)”

12.2. Ik merk op dat het antwoord dat hier wordt gegeven op vraag 5 eigenlijk niet helemaal volledig is: de Commissie-Borstlap (‘Commissie Regulering van Werk’) heeft geconstateerd dat het inroepen van het uitzendbeding bij ziekte ook nu al in strijd is met de wet. Verder heeft de Commissie geadviseerd om dit in de toekomst expliciet te verbieden (zie onder 6.20).

12.3. Zie ook de volgende vragen van kamerlid Van Dijk en daarop gegeven antwoorden door de staatssecretaris:²³¹

“(…)”

Vraag 2

Klopt het dat de stijging van het aantal uitzendkrachten dat in de Ziektewet (ZW) komt doordat steeds meer uitzendbureaus het uitzendbeding in hun contracten opnemen?

Antwoord vraag 2

Zoals in vraag 2 van het lid Tielen over hetzelfde artikel is geantwoord, is het beroep op de Ziektewet door uitzendkrachten met uitzendbeding inderdaad gestegen. Deze stijging komt vooral doordat uitzendbureaus sinds de uitzend-cao van eind 2019 meer uitzendcontracten met uitzendbeding afsluiten en minder contracten zonder uitzendbeding.

Vraag 3

Deelt u de mening dat door uitzendkrachten te ontslaan bij ziekte of arbeidsongeschiktheid er misbruik wordt gemaakt van het uitzendbeding?

Antwoord 3

Zoals op vraag 4 van het lid Tielen is geantwoord zijn de jurisprudentie en de literatuur niet eenduidig over de toelaatbaarheid van het uitzendbeding in geval van ziekte van de uitzendkracht. In de meest recente uitspraak op dit terrein heeft het Gerechtshof Den Haag geoordeeld dat een werkgever de overeenkomst niet kan opzeggen vanwege ziekte, waarbij geen uitzondering geldt als er een uitzendbeding is overeengekomen. Namens het uitzendbureau is tegen deze uitspraak in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad. Ik acht het van belang die uitspraak af te wachten.

Staand beleid is dat het uitzendbeding bij ziekte kan worden ingeroepen. Wel in het advies van de Commissie Regulering van Werk geadviseerd dat aanpassing behoort. Belangrijk aandachtspunt is hier echter bij dat de loondoorbetaling bij ziekte, zoals beschreven op vraag 7 van het lid Tielen, voor sommige groepen beter geregeld zou moeten worden. Hierbij is geen makkelijke oplossing voorhanden.

Vraag 4

Klopt het dat u daarom via de Wet werk en zekerheid uitzendbureaus, maar ook in andere sectoren, heeft verboden om zieke werknemers te ontslaan?

Antwoord 4

Met invoering van de Wet Werk en Zekerheid is geregeld dat niet meer per cao afgeweken kan worden van het beginsel dat de arbeidsovereenkomst tijdens ziekte niet mag worden opgezegd. De bedoeling van de wetgever is hierbij niet geëxpliciteerd. Deze wijziging zag echter niet in het bijzonder op de uitzendsector en het uitzendbeding maar gold voor alle sectoren.

231 Aanhangsel bij de Handelingen II 2021/22, nr. 879.

Vraag 5

Hoe beoordeelt u het dan dat uitzendbureaus, onder leiding van brancheorganisatie Algemene Bond Uitzendondernemingen (ABU), maling hebben aan de wet en rechterlijke uitspraken en nog steeds grote aantallen zieke uitzendkrachten ontslaan en de Ziektewet insturen?

Antwoord 5

Zoals is aangegeven in de beantwoording van vraag 3 en in de beantwoording van vraag 4 van het lid Tielen zijn de jurisprudentie en de literatuur niet eenduidig over de vraag of een uitzendovereenkomst met uitzendbeding kan worden beëindigd in geval van ziekte van de uitzendkracht.

Vraag 6

Kunt u uitleggen hoe het mogelijk is dat artikelen (bijv. artikel 2 in de algemeen verbindende verklaarde (avv-)cao uitzendkrachten 2019–2021, die lijnrecht ingaan tegen de wet en rechterlijke uitspraken, door u algemeen verbindend verklaard zijn? Of is dit specifieke artikel uit de uitzendcao 2019–2021 niet algemeen verbindend verklaard?

Antwoord 6

Artikel 15 van de cao Uitzendkrachten 2019–2021 is algemeen verbindend verklaard voor de periode 11 juli 2020 tot en met 31 mei 2021.

Zoals op vraag 4 is geantwoord is met de Wet Werk en Zekerheid geregeld dat niet meer per cao afgeweken kan worden van het beginsel dat de arbeids-overeenkomst tijdens ziekte niet mag worden opgezegd. De bedoeling van de wetgever is hierbij niet geëxpliciteerd. Deze wijziging zag echter niet in het bijzonder op de uitzendsector en het uitzendbeding, maar gold voor alle sectoren. Zoals op vraag 4 van het lid Tielen is geantwoord, zijn de jurisprudentie en de literatuur niet eenduidig over de toelaatbaarheid van het uitzendbeding in geval van ziekte van de uitzendkracht. Daarom blijft op dit moment het beleid dat het uitzendbeding bij ziekte kan worden ingeroepen. De Hoge Raad buigt zich momenteel nog over de vraag of in geval van ziekte het uitzendbeding kan worden ingeroepen. Ik kan daar dus niet op vooruitlopen.

Vraag 7

Is de verlengde cao uitzendkrachten 2021 inmiddels al algemeen verbindend verklaard? Zo nee, bent u dan bereid om het artikel waarin het uitzendbeding wordt geregeld niet algemeen verbindend te verklaren?

Antwoord 7

De partijen bij de verlengde Cao voor uitzendkrachten 2021 hebben niet verzocht de bepalingen

van deze cao algemeen verbindend te verklaren. Op het moment dat de cao-bepaling voor avv wordt voorgelegd, zal worden beoordeeld of de betreffende cao-bepaling algemeen verbindend kan worden verklaard.

Mocht de Hoge Raad, na eventueel algemeen verbindend verklaren, overigens oordelen dat de betreffende cao-bepaling in strijd is met de wet, dan is deze bepaling niet rechtsgeldig. In het Toetsingskader algemeen verbindend verklaring cao-bepalingen is opgenomen dat voor zover algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen niettemin in strijd met wet en regelgeving blijken, de wet prevaleert. Een desbetreffend dictum is in ieder besluit tot avv opgenomen.

(...)"

12.4. En, ten slotte, de door de staatssecretaris gegeven antwoorden op de onderstaande vragen van kamerlid Van Kent:²³²

"(...) Vraag 2

Deelt u de mening van de rechter dat onder het uitzendbeding zieke uitzendkrachten niet meteen in de Ziektewet mogen belanden?

Antwoord 2

Ik wil niet op de uitkomst van de genoemde rechtszaak vooruitlopen nu deze nog onder de rechter is.

Vraag 3

Wat vindt u ervan dat uitzendbureaus het oordeel van de rechter naast zich neer leggen?

Antwoord vraag 3:

Zoals ook is aangegeven in de antwoorden op vragen van de leden Tielen en Gijs van Dijk zijn de jurisprudentie en literatuur niet eenduidig over de rechtsgeldigheid van het uitzendbeding bij ziekte.

De genoemde uitspraak van het Gerechtshof Den Haag is uitvoerbaar bij voorraad verklaard, wat wil zeggen dat deze meteen ten uitvoer gebracht kan worden. Tegen deze uitspraak is echter beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad. Mocht de Hoge Raad tot een ander oordeel komen dan het Gerechtshof, dan moeten de intussen genomen beslissingen en de daaruit voortvloeiende gevolgen alsnog ongedaan gemaakt worden.

Vraag 4

Wat vindt u ervan dat uitzendbureaus na dit oordeel van de rechter op zoek gaan naar nieuwe constructies om geen zorg te hoeven dragen voor zieke werknemers?

232 Aanhangsel bij de Handelingen II 2021/22, nr. 880.

Antwoord vraag 4:

Nieuwe routes zoeken om verantwoordelijkheid te ontlopen vind ik onwenselijk. Hierbij is relevant dat de Commissie Regulering van Werk heeft geadviseerd om het verlichte arbeidsrechtelijke regime dat voor uitzendwerkgevers geldt sterker te reguleren dan thans het geval is, zodat er meer evenwicht ontstaat in de flexibiliteit voor werkgevers en de termijn van onzekerheid met direct verlies van inkomen voor werknemers. Ook de SER adviseerde in zijn middellange termijnadvies een verdere inperking van de termijn waarop een verlicht arbeidsrechtelijk regime geldt.

Vraag 5

Bent u het met hoofddoent arbeidsrecht Zekić²³³ eens dat het uitzendbeding ervoor zorgt dat zieke medewerkers toch gewoon aan het werk gaan en dat dit onwenselijk is, zeker in de coronapandemie? Antwoord vraag 5:

Niet alleen in tijden van de coronapandemie, maar ook in normale omstandigheden moeten werknemers die ziek zijn, zich ziek kunnen melden om daarvan te herstellen. Dit is ook de achtergrond van de reeds genoemde wetsbepaling.

Vraag 6

Bent u het eens dat collectieve arbeidsovereenkomst (cao)-afspraken die in strijd zijn met de wet nietig moeten worden verklaard en dat hier meteen op gehandhaafd zou moeten worden, ook als er in beroep wordt gegaan? Zo ja, wat gaat u hieraan doen? Zo nee, waarom niet?

Antwoord 6

Zoals in antwoorden op de vragen 6 en 7 van het lid Gijs van Dijk aangegeven, blijft op dit moment het beleid dat het uitzendbeding bij ziekte kan worden ingeroepen, mede omdat, zoals hiervoor aangegeven, de Hoge Raad zich momenteel nog buigt over de vraag of in geval van ziekte het uitzendbeding kan worden ingeroepen. Ik kan daar dus niet op vooruitlopen. Mocht de Hoge Raad, na eventueel algemeen verbindend verklaren, overigens oordelen dat de betreffende cao-bepaling in strijd is met de

wet, dan is deze bepaling niet rechtsgeldig. Algemeen verbindend verklaring doet overigens niet af aan het civielrechtelijke karakter van cao-bepalingen. Een cao een overeenkomst tussen private partijen. De cao-partijen zijn primair verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van de cao. Zo nodig kunnen zij, in laatste instantie, een beroep doen op de civiele rechter.

Vraag 7

Hoe gaat u ervoor zorgen dat uitzendbureaus het oordeel van de rechter volgen zodat zieke uitzendkrachten niet meteen in de Ziektewet terechtkomen maar gewoon in dienst blijven?

Antwoord 7

Zoals ik heb aangegeven, is in deze zaak beroep in cassatie ingediend bij de Hoge Raad. In de tussentijd zal het UWV de uitzendkracht niet de uitkering weigeren, om te voorkomen dat zieke uitzendkrachten tussen wal en schip geraken.”

12.5. Duidelijk is dat de staatssecretaris wacht op een beslissing van de Hoge Raad over de geldigheid van het cao-uitzendbeding.

13. *Cao-uitzendbeding geldige ontbindende voorwaarde?*

Voorvraag: is inderdaad sprake van een ontbindende voorwaarde?

13.1. Voordat beoordeeld moet worden of het uitzendbeding zoals dat in de cao's is opgenomen al dan niet in strijd is met het wettelijke stelsel van ontslagrecht, rijst er eerst een voorvraag. Die voorvraag is of het uitzendbeding zoals dat in de cao's is opgenomen, inderdaad is aan te merken als een ontbindende voorwaarde.

13.2. Hiervoor is al kort genoemd dat bij de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid door Kuip het standpunt werd ingenomen dat het uitzendbeding moet worden aangemerkt als een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst (zie onder 9.49). Volgens Kuip betekent dat dat art. 6:23 lid 2 BW van toepassing is. Daarin is bepaald dat wanneer de partij die bij de vervulling belang had, deze heeft teweeggebracht, de voorwaarde als niet vervuld geldt, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen. Het cao-uitzendbeding is zo vormgegeven, dat 'onwillekeurig de gedachte postvat dat [CAO-partijen] zelf de vervulling van de ontbindende voorwaarde teweeg willen brengen in geval van ziekte van de uitzendkracht', zo schrijft Kuip. Als cao-partijen zelf het vervullen van de ontbindende voorwaarde teweeg kunnen

233 Gedoeld zal zijn op een publicatie in Trouw van 3 november 2021, waarin Zekić als volgt wordt geciteerd: "Je baan verliezen zodra je ziek bent, is een prikkel om ziek naar het werk te gaan, vreest Nuna Zekić, hoofddoent arbeidsrecht aan de Universiteit Tilburg. "Zeker met corona is dat natuurlijk een slecht idee." Zekić maakt zich boos over deze uitzondering in de cao. "Je ziek melden omdat je verdorie gewoon ziek bent, dat zit er als uitzendkracht niet in."

nen brengen, is de consequentie dat art. 6:23 lid 2 BW in de weg staat aan een beroep op het uitzendbeding, aldus Kuip.

13.3. Verhulp stelde zich aanvankelijk op het standpunt dat de uitzendovereenkomst waarin het uitzendbeding is opgenomen kwalificeerde als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.²³⁴ Dit omdat de einddatum objectief bepaalbaar is, namelijk de duur van de terbeschikkingstelling. Ik neem aan dat Verhulp hiermee aansloot bij het flexakkoord van de StvdA; daarin is het voorstel voor een uitzendbeding in de sleutel geplaatst van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.²³⁵ In een latere publicatie schreef Verhulp echter dat hij het eens was met Kuip, en dat opname van het uitzendbeding inderdaad betekent dat dat sprake is van een arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde.²³⁶ Langs beide lijnen is volgens Verhulp sprake van een met de (bedoeling van de) wet strijdig beding.²³⁷

13.4. Kuip en Verhulp reageerden in hun publicaties op Grapperhaus, die zich op het standpunt had gesteld dat het uitzendbeding géén ontbindende voorwaarde behelst. De beëindiging van de uitzendovereenkomst is namelijk niet gekoppeld aan een daadwerkelijke beëindiging door de derde, maar slechts aan een *verzoek* van de derde daartoe aan de uitzendonderneming. De wettekst laat de uitzendonderneming dus de ruimte om het verzoek van de derde al dan niet in te willigen.²³⁸ Volgens Grapperhaus was ook geen sprake van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, omdat het tijdstip van beëindiging door de opdrachtgever onbepaald en onzeker is. Grapper-

haus zag de uitzendovereenkomst dan ook als een arbeidsovereenkomst *sui generis*.

13.5. Overigens lijkt Grapperhaus te erkennen dat beëindiging van rechtswege wel is wat bedoeld is met het wettelijke uitzendbeding. Hij doet namelijk een voorstel voor een andere formulering van art. 7:691 BW, waarmee 'de problematiek zou kunnen worden opgelost' en buiten twijfel zou komen te staan dat de uitzendovereenkomst eindigt als de derde de uitzendkracht niet meer wil inlenen.²³⁹

13.6. Naar aanleiding van deze discussie is tijdens de parlementaire behandeling van de Reparatielwet Flexibiliteit en Zekerheid²⁴⁰ door de VVD-fractie gevraagd of het uitzendbureau het verzoek van de inlener zou kunnen *afwijzen*. De minister heeft hierop als volgt geantwoord:²⁴¹ "r. Artikel 691 lid 2: einde terbeschikkingstelling op verzoek van de opdrachtgever. De schrijver stelt dat de zinsnede 'op verzoek van de opdrachtgever' zou inhouden dat de uitzendonderneming het verzoek zou kunnen afwijzen. Dit is geen reële situatie. Waarom zou men het verzoek afwijzen? Bovendien wordt in de eerste zin gesproken van 'op verzoek van die derde ten einde komt'.

13.7. Heel duidelijk is dit antwoord niet.²⁴² Ik begriep het antwoord zo, dat de minister in theorie onderschrijft dat het verzoek kan worden afgewezen maar dat hij ervan uitgaat dat zich dat in de praktijk niet voordoet.

13.8. Als er vanuit zou moeten worden gegaan dat het uitzendbureau het beëindigingsverzoek zou kunnen afwijzen, zou dat tot consequentie hebben dat een beroep op het uitzendbeding een be-

234 E. Verhulp, 'De uitzendkracht in het Flex(s)t(r)ijdsperk', SR 1998/11, par. 3.5.

235 Stichting van de Arbeid, *Nota 'Flexibiliteit en Zekerheid'*, 3 april 1996, Publikatiennr. 2/96, p. 22.

236 E. Verhulp, 'De ondergeschiktheid, het belemmeren en de ziekte van de uitzendkracht', SR 2001/4, onder 3.2. Zie idem *T&C Arbeidsrecht*, aant. 1 bij art. 7:670 BW (Verhulp).

237 E. Verhulp, 'De uitzendkracht in het Flex(s)t(r)ijdsperk', SR 1998/11, par. 3.5.

238 F.J.B. Grapperhaus, 'De uitzendkracht', *ArbeidsRecht* 1998/50. Vgl. ook F.B.J. Grapperhaus & M. Jansen, *De uitzendovereenkomst* (Monografieën Sociaal Recht, nr. 15), Deventer: Kluwer 1999, p. 51-54. Zie voorts M. Margadant, 'Detacheringsbedrijven geketend aan de ABU-cao?', *ArbeidsRecht* 2003/53.

239 De voorgestelde tekst is de volgende: "In de uitzendovereenkomst kan schriftelijk worden bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de derde als bedoeld in artikel 690 binnen 24 uur na een aanzegging daartoe van die derde aan de werkgever ten einde komt. De werkgever dient de werknemer het eindigen van de terbeschikkingstelling aan te zeggen." Zie F.B.J. Grapperhaus & M. Jansen, *De uitzendovereenkomst* (Monografieën Sociaal Recht, nr. 15), Deventer: Kluwer 1999, p. 55.

240 *Kamerstukken II*, kamerstuknummer: 26 257.

241 *Kamerstukken II*, 26 257 nr. 7, p. 15-16.

242 Vgl. ook N.M.Q. van der Neut & M. Tanja, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:691 BW, aant. 4.4. Overigens is de daar vermelde vindplaats in de parlementaire geschiedenis niet juist.

eindiging oplevert – in de woorden van Verhulp – ‘waarvan het rechtskarakter niet zonder meer duidelijk is nu geen sprake is van een van tevoren als objectief bepaalbare einddatum’.²⁴³

13.9. De vraag of art. 7:691 lid 2 BW de mogelijkheid open laat om het verzoek van de inlener tot beëindiging van de tewerkstelling af te wijzen, is – in ieder geval in deze zaak – slechts van theoretisch belang. Het gaat immers om de vraag of (een beroep op) *het cao-uitzendbeding* toelaatbaar is. Het cao-uitzendbeding is geconstrueerd als een onmiddellijke en automatische beëindiging van de uitzendovereenkomst *indien de inlener om welke reden dan ook de uitzendkracht niet langer wil of kan inlenen, of doordat de uitzendkracht om welke reden dan ook, daaronder begrepen arbeidsongeschiktheid, de bedongen arbeid niet langer wil of kan verrichten*. Daarbij geldt bovendien de fictie dat in geval van ziekte of ongeval van de uitzendkracht, de terbeschikkingstelling direct na de ziekmelding geacht wordt met onmiddellijke ingang te zijn beëindigd op verzoek van de inlener. Er is dus sprake van een ‘automatische beëindiging’ van de uitzendovereenkomst; een verzoek van de inlener is niet nodig.

13.10. Dit betekent dat de vraag of de uitzendwerkgever de mogelijkheid heeft een verzoek van de inlener om beëindiging van de terbeschikkingstelling al dan niet in te willigen, niet ter zake doet voor het cao-uitzendbeding; volgens dit beding eindigt de uitzendovereenkomst bij ziekmelding van de uitzendkracht van rechtswege.

13.11. Hiermee is de vraag of een beroep op het cao-uitzendbeding strandt op art. 6:23 lid 2 BW, evenmin aan de orde. Volgens het cao-uitzendbeding kan de uitzendwerkgever immers geen invloed uitoefenen op het intreden van de voorwaarde (omdat de arbeidsovereenkomst reeds eindigt bij de ziekmelding). Er is dus geen sprake van een situatie waarin de partij bij de overeenkomst (de uitzendwerkgever) het vervullen van de voorwaarde teweeg heeft gebracht.

13.12. In de literatuur lijkt er consensus te bestaan dat als het uitzendbeding in de uitzendovereenkomst is opgenomen, sprake is van een arbeids-

overeenkomst onder ontbindende voorwaarde.²⁴⁴ Ook de staatssecretaris lijkt hiervan uit te gaan, als hij het heeft over het ‘inroepen van het uitzendbeding’ bij ziekte van de werknemer (zie onder 12.4). Ik neem dan ook tot uitgangspunt dat de aanvraag bevestigend moet worden beantwoord. Een arbeidsovereenkomst waarin het cao-uitzendbeding is opgenomen, moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde.

Cao-uitzendbeding strijdig met wettelijke stelsel van ontslagrecht?

13.13. Ten slotte de hamvraag: is de ontbindende voorwaarde die in de uitzendcao’s is opgenomen (het uitzendbeding), verenigbaar met het wettelijke stelsel van het ontslagrecht? M.i. is dat niet het geval. Daartoe geldt het volgende.

13.14. Aan het opzegverbod tijdens ziekte komt in het wettelijke ontslagstelsel veel gewicht toe. Dat was al zo onder het oude recht, maar is nog meer het geval onder de Wwz. Het opzegverbod tijdens ziekte geldt nu immers ook bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter; de eerder geldende ‘vergewisplicht’ werd ontoereikend geacht om de zieke werknemer te beschermen tegen ontslag (zie onder 8.4).

13.15. Dat het opzegverbod tijdens ziekte meer gewicht heeft gekregen onder de Wwz, valt verder ook af te leiden uit het afschaffen van de mogelijkheid om bij cao van deze bepaling af te wijken (zie

²⁴⁴ Zie onder meer E. Verhulp, *T&C Arbeidsrecht*, aant. 2 bij art. 7:691 BW (elfde druk, 2020); Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/456. Zie voorts ook N. Jansen, ‘Hoe vangen we zieke uitzendkrachten op?’, *TvO* 2021/2.4; M. Tanja, ‘Het uitzendbeding bij ziekte’, *ArbeidsRecht* 2020/33, onder 4; M. Tanja, ‘De uitzendovereenkomst’, in: J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, 2022/5.5.4; W.A. Zondag in zijn noot onder de in deze procedure bestreden hofbeschikking, *JAR* 2019/12; R.H.M. Kroese, ‘Het zieke uitzendbeding in de uitzend-cao’, *TRA* 2018/57. Zie ook oudere literatuur: C.J. Frikkee & C.M. Jakimowicz, ‘Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met voormalige uitzendkracht: oppassen geblazen’, *ArbeidsRecht* 2003/20; S.W. Kuip, ‘Uitzendovereenkomst onder ontbindende voorwaarde’, *ArbeidsRecht* 1998/62; D.J.B. De Wolff, *De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999, p. 155; W.J.P.M. Fase, ‘De uitzendkracht wordt een normale werknemer, al duurt het even’, *Arbeid Integraal* 1997/2, p. 12.

²⁴³ E. Verhulp in *T&C Arbeidsrecht*, aant. 2c bij art. 7:691 BW, onder verwijzing naar HR 8 januari 1952, ECLI:NL:HR:1952:182, NJ 1952, 243 (*Steenkampagne-arrest*).

onder 8.18). Ook is te wijzen op de gelding van het opzegverbod tijdens ziekte bij een ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden (zie onder 8.5).

13.16. Bovendien is onder de Wwz sprake van een meer gesloten ontslagstelsel: in de wet is limitatief opgesomd welke ontslaggronden er zijn. Ook is gedetailleerd weergegeven welke opzegverboden er zijn, en wanneer daarop een uitzondering geldt (zie onder 8.4).

13.17. Zoals gezegd, komt het cao-uitzendbeding erop neer dat direct als de uitzendkracht zich ziek meldt, de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt. Dat blijkt zowel uit de bepaling dat de uitzendovereenkomst doordat de uitzendkracht om welke reden dan ook, daaronder begrepen arbeidsongeschiktheid, de bedongen arbeid niet langer wil of kan verrichten, als uit de bepaling dat bij ziekmelding door de uitzendkracht de inlener geacht wordt een verzoek tot beëindiging van de terbeschikkingstelling te hebben gedaan, wat leidt tot het van rechtswege tot een einde komen van de uitzendovereenkomst. In feite fungeert ziekte c.q. ziekmelding dus als een ontbindende voorwaarde die bij vervulling leidt tot het onmiddellijke einde van de uitzendovereenkomst.

13.18. Een dergelijke ontbindende voorwaarde is niet te verenigen met het hiervoor geschetste wettelijke stelsel. De onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer staat immers haaks op het wettelijke stelsel dat ontslag van de zieke werknemer (dus: beëindiging van de arbeidsovereenkomst) nu juist belet. Hierbij is nog aan te tekenen dat het cao-uitzendbeding niet alleen toelaat dat een zieke werknemer tijdens ziekte met een beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt geconfronteerd; de arbeidsovereenkomst wordt onmiddellijk beëindigd *vanwege* het ziek zijn. Dit gaat nog een stap verder.

13.19. Duidelijk is dat ook de *ratio* van het opzegverbod tijdens ziekte door het cao-uitzendbeding wordt doorkruist.²⁴⁵ Die *ratio* is bescherming van de werknemer tegen een ontslag wegens ziekte en tegen verkorting van de termijn voor het vinden

van ander werk, en heeft mede ten doel de werknemer te vrijwaren van de psychische druk die een ontslagaanzegging tijdens zijn ziekte kan veroorzaken (zie onder 8.1 en 8.2). Het cao-uitzendbeding staat haaks op deze *ratio*, omdat de uitzendkracht juist niet wordt beschermd tegen beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens ziekte. De uitzendkracht krijgt ook géén bescherming tegen een verkorting van de termijn (in feite: *geen* termijn) om ander werk te vinden. Ook wordt de uitzendkracht niet beschermd tegen de psychische druk die wordt ondervonden om bij ziekteklachten geen ziekmelding te doen (een ontslagaanzegging is niet aan de orde, het gaat immers om een beëindiging van rechtswege). In dit verband wijs ik nog op Kamervraag 5 van Van Kent, en het daarop door de staatssecretaris gegeven antwoord, waarin melding wordt gemaakt van de situatie dat een uitzendkracht afziet van ziekmelding wegens coronaklachten, omdat hij zijn arbeidsovereenkomst niet wil verliezen (zie hiervoor onder 12.4).

13.20. Eigenlijk komt het erop neer dat een dergelijke bepaling bij elke andere werknemer ondenkbaar zou zijn. Dat is niet goed te begrijpen. Zie ook Zondag:

“Een ontbindende voorwaarde die botst met een opzegverbod (wegens en tijdens ziekte) behoort niet rechtsgeldig te zijn. Ook niet als het is opgenomen in een cao voor uitzendkrachten. Want ook uitzendkrachten zijn mensen. Kwetsbare mensen van vlees en bloed... En die behoeven de juiste bescherming.”

Misschien is het niet eens nodig om op te merken dat ‘ook uitzendkrachten mensen zijn’; volstaan zou kunnen worden met de constatering dat *ook uitzendkrachten werknemers zijn*.

13.21. Tanja stelt hier tegenover dat de rechtsgeldigheid van het cao-uitzendbeding niet kan worden bepaald aan de hand van dezelfde eisen die normaliter aan een ontbindende voorwaarde worden gesteld, omdat het beding is gebaseerd op art. 7:691 lid 2 BW. *“Wat door het wettelijke uitzendbeding toelaatbaar wordt, zou als ontbindende voorwaarde zonder die wettelijke grondslag volstrekt ontoelaatbaar zijn”*, zo schrijft hij.²⁴⁶ Vanwege de bedoeling van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid om een verlicht arbeidsrechtelijk regime te

245 Idem R.H.M. Kroese, ‘Het zieke uitzendbeding in de uitzend-cao’, *TRA* 2018/57; N. Jansen, ‘Hoe vangen we zieke uitzendkrachten op?’, *TvO* 2021/2.4; W.A. Zondag in zijn noot onder de in deze procedure bestreden hofbeschikking, *JAR* 2019/12;

246 M. Tanja, ‘Het uitzendbeding bij ziekte’, *ArbeidsRecht* 2020/33, onder 4.

creëren voor uitzendkrachten en de expliciete bevestiging van de minister tijdens de parlementaire behandeling dat ook ziekte van de uitzendkracht reden kan vormen voor onmiddellijke beëindiging van de uitzendovereenkomst (zie hiervoor onder 9.6), concludeert Tanja dat het cao-uitzendbeding rechtsgeldig is. Dat vindt bevestiging in het feit dat het beding sinds jaar en dag algemeen verbindend is verklaard, zo schrijft hij.

13.22. De redenering van Tanja overtuigt niet erg. Inderdaad is het cao-uitzendbeding gebaseerd op art. 7:691 lid 2 BW, maar een eerste probleem is dat het beding buiten de grenzen van die bepaling is opgerekt (zie onder 9.36). Voor wat betreft het inroepen van het beding bij ziekte: nu art. 7:691 lid 2 BW niets bepaalt over de mogelijkheid om het beding te gebruiken bij ziekte van de uitzendkracht, kan niet zonder meer worden aangenomen dat het in lijn met de wet zou zijn om het beding ook in te roepen bij ziekmelding van de werknemer. De enkele opmerking van de minister bij de parlementaire behandeling van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid maakt dat niet anders. Uit de parlementaire behandeling van art. 7:691 lid 2 BW blijkt ook niet dat onder ogen is gezien dat feitelijk sprake is van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst en dat dat betekent dat de rechtspraak van de Hoge Raad hierover relevant is (de *Mungra*-beschikking was al gewezen).

13.23. Uit het feit dat de minister de ABU-cao algemeen verbindend heeft verklaard (zie onder 5.16), kan uiteraard niet worden afgeleid dat het cao-uitzendbeding *dus* rechtsgeldig is. Ook de staatssecretaris zelf houdt trouwens de mogelijkheid open dat het cao-uitzendbeding, ondanks de algemeen verbindendverklaring, niet rechtsgeldig is (zie onder 12.4, antwoord op vraag 6).

13.24. Hierbij komt dat de juridische en maatschappelijke context de afgelopen tweeëntwintig jaar wezenlijk is veranderd. De bescherming van de zieke werknemer is met de Wwz versterkt (zie onder 8.3-8.6). De rechtspraak over een toelaatbare ontbindende voorwaarde is aangescherpt; nu geldt dat een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst slechts *bij uitzondering* toelaatbaar is (zie onder 11.9). Uitzendwerk heeft een enorme vlucht genomen, wat bepaald niet alleen maar positief is. Er zijn veel misstanden in de uitzendbranche en de uitzendwerknemer is over de hele linie slechter af dan een gewone werknemer (zie onder 6.28).

13.25. De voorliggende zaak biedt een goed voorbeeld van de miserabele positie van uitzendkrachten. Werknemer, van Poolse afkomst, was al bijna twee jaar werkzaam op basis van een uitzendovereenkomst. Als uitzendkracht bediende hij bij de inlener een machine die kartonnen bekertjes produceerde. Hij ontving hiervoor een uurloon van aanvankelijk € 8,80, later opgelopen tot € 9,11.²⁴⁷ Dit is niet conform de CAO Kartonnage.²⁴⁸ Tijdens het werken met de machine (volgens Werknemer bedienden aanvankelijk twee werknemers één machine, terwijl later twee werknemers vijf machines moesten bedienen, terwijl bovendien de snelheid van de machine hoger was gezet²⁴⁹) zijn door een scherpe pen van de machine twee vingers van Werknemer deels geamputeerd. Volgens Werknemer werkte de beveiliging van de machine niet.²⁵⁰ Er is geen rapport van het ongeval opgesteld door de Arbeidsinspectie.²⁵¹ Vanwege het uitzendbeding eindigde de arbeidsovereenkomst toen per direct.²⁵² Na zeven weken is Werknemer weer voor 50% aan de slag gegaan (kennelijk op basis van re-integratie), waarbij hij een Ziektewetuitkering ontving.²⁵³ Volgens Werknemer was het lastig voor hem om een verwijzing

247 Akte Solutions 8 december 2020, p. 2.

248 Het verzoek van Werknemer om betaling conform deze cao is door het hof afgewezen met de volgende overweging (beschikking 4 december 2018, rov. 6): “Ook in hoger beroep is niet aannemelijk geworden dat de CAO Kartonnage van toepassing is op de werknemers van [A] BV. Dat deze CAO wel van toepassing is op het bedrijf [B] BV, en dat dit bedrijf als inlener vermeld is op een deel van de loonstrookjes van [Werknemer] en bovendien gevestigd is op hetzelfde (bezoek- en post)adres als [A] BV, is hiervoor onvoldoende. Vast staat dat [Werknemer] feitelijk niet werkzaam is geweest bij [B] BV maar bij [A] BV. Voor de vraag of de CAO Kartonnage van toepassing is moet dan ook gekeken worden naar het bedrijf [A] BV, en niet naar [B] BV. [Werknemer] heeft onvoldoende feiten of omstandigheden aangevoerd, waaruit de toepasselijkheid van de CAO Kartonnage op [A] BV volgt. (...)”

249 Inleidend verzoekschrift onder 4.4.

250 Inleidend verzoekschrift onder 4.4.

251 Appelschrift onder 9.18.

252 Verweerschrift hoger beroep onder 9.

253 Uit de stukken blijkt dat voor de Werknemer totaal onduidelijk was of hij betalingen van het uitzendbureau op basis van de Ziektewet ontving dan wel als loonbetaling.

naar de bedrijfsarts te krijgen.²⁵⁴ Enkele maanden later is de terbeschikkingstelling bij de inlener geheel beëindigd. Werknemer heeft gedurende enige tijd geen Ziektewetuitkering gekregen, omdat hij niet zou hebben meegewerkt aan zijn re-integratie.²⁵⁵ Als gevolg daarvan heeft hij de huur van zijn woning moeten opzeggen. Zijn vrouw en kind zijn bij zijn ouders in Polen gaan wonen en zelf heeft hij een kamer gehuurd.²⁵⁶ Werknemer heeft blijvend letsel overgehouden aan het arbeidsongeval.²⁵⁷ Onduidelijk is of hij hiervoor schadeloos is gesteld.²⁵⁸

13.26. Los van de slechte rechtspositie van uitzendkrachten geldt dat uitzendwerk steeds meer wordt ingezet voor 'structureel tijdelijk' werk bij een inlener, dus voor werkzaamheden waarvoor uitzendwerk van oorsprong niet is bedoeld. In Europeesrechtelijk opzicht is dit een situatie die wellicht niet houdbaar is (zie onder 7.18-7.27). Van het vervullen van een allocatiefunctie door

de uitzendwerkgever is bovendien in veel gevallen geen sprake, waardoor de slechtere positie van uitzendkrachten niet meer te rechtvaardigen is (zie onder 6.28).

13.27. Hierbij komt nog dat ook het wettelijke systeem, waarin op de werkgever een vergaande inspanningsplicht rust om de zieke werknemer te laten re-integreren en het ziekteverzuim zo kort mogelijk te laten zijn, door het beding wordt doorkruist (zie onder 9.47). In de retorische woorden van Jansen:²⁵⁹

“Want wat blijft er over van de primaire verantwoordelijkheid voor de preventie en aanpak van ziekte, als de re-integratie-verplichtingen via de uitzendconstructie bij het UWV komen te liggen? Het afwentelen van risico's (van loon naar ZW) en verplichtingen op het collectief creëert bovendien een ongelijk speelveld en wat is daarvan de rechtvaardiging?”

13.28. Verder is nog te wijzen op de verschuiving van lasten van werkgevers naar het collectief (zie ook onder 6.17 en 9.48). In de Kamervragen en de daarop door de staatssecretaris gegeven antwoorden over deze kwestie (zie onder 12.4) is te zien dat dit aspect – overheveling van kosten en verantwoordelijkheid van het uitzendbureau naar het UWV (en daarmee overheveling van private kosten naar het collectief) – een belangrijke rol speelt. Gesignaleerd wordt dat het beroep van uitzendkrachten in 2020 op een Ziektewetuitkering met 33% is gestegen, waardoor een 'ongelijk speelveld' (van werkgevers) ontstaat. Met andere woorden, de kwestie raakt niet alleen het belang van uitzendkrachten, maar ook een collectief belang.

13.29. Ten slotte bestaat er in zijn algemeenheid brede consensus dat de balans tussen 'flex' en 'vast' moet worden herijkt. Werknemers die werkzaam zijn op flexcontracten verdienen meer bescherming, al was het maar om te voorkomen dat zij onder het sociaal minimum zakken (vgl. de beschouwingen van de Commissie-Borstlap over de positie van de uitzendkracht en andere flexibele arbeidskrachten onder 6,16).

13.30. De conclusie is dat óók als oog wordt gehouden op art. 7:691 lid 2 BW, de ontbindende voorwaarde dat de uitzendovereenkomst bij ziek-

254 Appelschrift onder 9.37.

255 Zie hierover rov. 13 van de hofbeschikking van 29 september 2020: “Het hof overweegt dat [Werknemer], gelet op de adviezen van de bedrijfsarts en het deskundigenoordeel van het UWV, in beginsel gehouden was om de door de bedrijfsarts geadviseerde uren te werken. Vast staat dat hij dat niet heeft gedaan. [Werknemer] voert in dit verband als verweer aan dat hij, in strijd met het advies van de bedrijfsarts, op 20 september 2016 van Solutions geen 2 maar 8 uur per dag moest werken in het RC Westland. [Werknemer] stelt dat hij dat een paar dagen heeft gedaan maar toen door zijn leidinggevende naar huis is gestuurd omdat zijn vingers helemaal opgezwollen waren, en dat zijn chirurg hem vervolgens heeft geadviseerd om tot de operatie niet meer te werken. Solutions heeft één en ander betwist. Nu de bewijslast op dit punt op [Werknemer] rust, en hij in hoger beroep geen gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan en evenmin een (door hem toegezegde) verklaring van zijn chirurg heeft overgelegd, wordt zijn verweer op dit punt verworpen.”

256 Inleidend verzoekschrift onder 7.2.

257 Inleidend verzoekschrift onder 7.2.

258 In ieder geval nog niet ten tijde van het indienen van het appelschrift door Werknemer, zie onder 9.23. Daar is vermeld dat hij een letselschadeadvocaat in de arm heeft moeten nemen en dat op het moment dat de inlener een aansprakelijkheidsstelling ontving, hij de tewerkstelling van Werknemer (als ik het goed begrijp: op basis van re-integratie) per direct beëindigde.

259 N. Jansen, 'Hoe vangen we zieke uitzendkrachten op?', *TvO* 2021/2.4.

te van de uitzendkracht tot een einde komt, in het licht van het wettelijke stelsel niet aanvaardbaar is.

Nietigheid of vernietigbaarheid?

13.31. Op grond van art. 3:40 lid 2 BW is een rechtshandeling nietig wanneer deze in strijd is met een dwingende wetsbepaling, maar indien de bepaling uitsluitend strekt tot bescherming van één der partijen bij een meersijdige rechtshandeling, leidt strijd met een dwingende wetsbepaling slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit. Hoofddregel bij strijd met een dwingende wetsbepaling is dus nietigheid.²⁶⁰

13.32. Het hof Den Haag heeft in de tussenbeschikking geoordeeld dat de cao-bepaling in strijd is met het opzegverbod tijdens ziekte (art. 7:670 lid 1 BW) en om die reden vernietigbaar is. Daarbij is het hof er kennelijk van uitgegaan dat het wettelijke opzegverbod uitsluitend strekt tot bescherming van de werknemer.

13.33. In een recente conclusie is A-G Valk uitvoerig ingegaan op de wetsgeschiedenis van art. 3:40 lid 2 BW.²⁶¹ Valk bespreekt onder meer waarom bij de invoering van het NBW de term 'nietigheid' zoals die onder meer in het huur-, arbeids- en verzekeringsrecht voorkomt, vaak ongewijzigd is gelaten, ook als een bepaling van dwingend recht in beginsel ter bescherming van niet meer dan een van partijen strekt.²⁶² Regeringscommissaris Snijders zei daarover het volgende:

“Dit is geschied, omdat het onwenselijk is geacht om hier af te wijken van de wijze waarop zij naar huidig recht plegen te worden opgevat, waarbij mede een rol kan spelen dat zich soms ook andere aspecten voordoen dan alleen de bescherming van één partij, aan wie zelf kan worden overgelaten of zij deze bescherming wenst in te roepen. De mogelijkheid blijft derhalve open dat de rechter deze nietigheden ambtshalve toepast (bijv. in verstekzaken), omdat hij meent dat de betreffende partij ook zonder uitdrukkelijk beroep op de bepaling de daardoor verleende bescherming behoeft, of omdat hij de bepaling mede van openbare orde acht of er een vormvoorschrift in ziet.”

260 J. Hijma, *T&C Burgerlijk Wetboek*, aant. 3e bij art. 3:40.

261 Conclusie A-G Valk 8 juli 2022, ECLI:NL:PHR:2022:678.

262 Conclusie onder 4.44.

13.34. Bescherming van de zwakkere partij is dus uitdrukkelijk een gezichtspunt bij de keuze tussen nietigheid en vernietigbaarheid.²⁶³ Overigens beschrijft Valk ook dat de keuze tussen nietigheid en vernietigbaarheid niet digitaal is; er kan, als tussenform, ook gekozen worden voor ambtshalve vernietiging. Dit is bepleit door Hartkamp en Snijders.²⁶⁴

13.35. Gelet op het feit dat het cao-uitzendbeding afbreuk doet aan de rechtsbescherming van de zieke uitzendwerknemer, verdient het m.i. de voorkeur dat wordt aangenomen dat het beding in zoverre nietig is. M.i. sluit dat ook aan bij de rechtspraak van de Hoge Raad, waarin is overwogen dat een ontbindende voorwaarde die in strijd is met het wettelijke ontslagstelsel, nietig is (zie onder 11.3). Dat is in deze kwestie aan de orde. Daarnaast spreekt de wet ook van 'nietig' voor wat betreft de ontoelaatbaarheid van – kort gezegd – huwelijk en zwangerschap als ontbindende voorwaarden in de arbeidsovereenkomst (art. 7:667 lid 7 en lid 8 BW, zie onder 11.2).

13.36. Bovendien is de fictie in het cao-uitzendbeding (de inlener wordt bij ziekmelding geacht een verzoek tot beëindiging te hebben gedaan) in strijd met art. 7:691 lid 2 BW. Ook op dit punt is aan te nemen dat sprake is van nietigheid omdat niet zozeer de bescherming van een van de partijen aan de orde is, maar het beding op zichzelf in strijd is met de wet.²⁶⁵

14. Slotsom

14.1. De slotsom is het volgende. Als het cao-uitzendbeding in een uitzendovereenkomst is opgenomen, is sprake van een arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde. De geldigheid van deze voorwaarde is afhankelijk van de vraag of de voorwaarde te verenigen is met het wettelijke stelsel, waarbij het mede aankomt op de aard, inhoud en context van de voorwaarde (conform het *HTM*-arrest, zie onder 11.4).

263 Conclusie onder 4.45.

264 Conclusie onder 4.46-4.47.

265 J. van Dronghelen, 'De praktijk: het uitzendbeding en wat er mis gaat', *Juridisch up to Date* 2020/0075. NB: van drongelen schrijft: "De fictie kan dus helemaal niet, omdat die in strijd is met de regeling van het uitzendbeding in artikel 7:691 lid 2 BW en dat maakt dat die fictie met een beroep op artikel 3:40 lid 2 BW nietig is, daar hier niet (meer) uitsluitend de bescherming van een van de partijen aan de orde is, maar de afspraak zelf."

14.2 Voor zover het gaat om een onmiddellijke beëindiging van de uitzendovereenkomst bij ziekte van de uitzendkracht, is de voorwaarde niet te verenigen met het wettelijke stelsel. In zoverre is het cao-uitzendbeding dan ook in strijd met het wettelijke stelsel. De ontbindende voorwaarde vormt in zoverre een doorkruising van (de ratio van) het ontslagverbod tijdens ziekte, zoals dat is verankerd in art. 7:670 lid 1 BW.

14.3. Het cao-uitzendbeding is bovendien in strijd met art. 7:691 lid 2 BW, omdat daarin bij wijze van fictie *verondersteld* wordt dat bij ziekmelding door de uitzendkracht, de derde (inlener) een verzoek tot beëindiging van de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht heeft gedaan. Zowel uit de wet als uit de wettekst blijkt echter dat sprake moet zijn van een daadwerkelijk verzoek tot beëindiging door de derde (zie onder 9.36 en 9.60). Ook in zoverre is het beding nietig.

14.4. Het cao-uitzendbeding is ook nietig voor zover het ertoe strekt dat de uitzendovereenkomst eindigt bij aan zwangerschap gerelateerde ziekte van de uitzendkracht (zie onder 10.3).

15. *Bespreking van de cassatieklachten*

15.1. Bij *onderdeel 1* wordt geklaagd dat het onderdeel van het hof in rov. 14 van de tussenbeschikking 17 maart 2020, dat art. 13 lid 3 sub a van de NBBU-cao vanaf 1 juli 2015 in strijd is met het opzegverbod bij ziekte van art. 7:670 lid 1 BW, rechtens onjuist is. Het hof heeft miskend dat wanneer sprake is van een (beroep op) een uitzendbeding, zoals in dit geval art. 13 lid 3 van de NBBU-cao, de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling tot een einde komt. Het opzegverbod tijdens ziekte staat daaraan niet in de weg, zo volgt (ook) uit de wetgeschiedenis van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, aldus het onderdeel.²⁶⁶

15.2. In *onderdeel 2* klaagt Solutions dat de uitleg die het hof in rov. 14 aan art. 13 lid 3 NBBU-cao heeft gegeven, onvoldoende begrijpelijk is. Volgens het hof moet deze bepaling worden aangemerkt als een toepassing van art. 7:670 lid 13 BW (oud), waarin (tot 1 juli 2015) was bepaald dat bij collectieve arbeidsovereenkomst mag worden afgeweken van het opzegverbod tijdens ziekte. Die uitleg vindt geen steun in de bewoordingen van

art. 13 lid 3 NBBU-cao, nu daarin niet wordt geëist over een afwijking van het in art. 7:670 lid 1 BW bepaalde. Maar de door het hof gekozen uitleg is ook onbegrijpelijk in het licht van het in art. 7:691 lid 2 BW en art. 13 lid 2 sub b NBBU-cao verankerde uitgangspunt dat een uitzendovereenkomst *van rechtswege* eindigt, wanneer een beroep wordt gedaan op het uitzendbeding. Tegen die achtergrond is niet in te zien dat sprake is van een afwijking van het opzegverbod tijdens ziekte.

15.3. De klachten slagen voor zover zij gericht zijn tegen de veronderstelling van het hof dat art. 13 lid 3 van de NBBU-cao een toepassing vormde van art. 7:670 lid 13 BW (oud). Dat is niet het geval. Bij beëindiging van de uitzendovereenkomst op grond van het cao-uitzendbeding is geen sprake van *opzegging* van de uitzendovereenkomst, maar van een beëindiging van rechtswege. De redenering van het hof is in zoverre niet valide.

15.4. Het slagen van deze klacht kan Solutions echter niet baten. Het oordeel van het hof dat het uitzendbeding in strijd is met de wet, houdt namelijk op andere gronden wel stand.

15.5. Voor zover art. 13 lid 1 NBBU-cao inhoudt dat bij ziekmelding door 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 de bepaling in strijd met art. 7:691 lid 2 BW. Art. 7:691 lid 2 BW vereist namelijk dat de inlener een verzoek tot beëindiging van de terbeschikkingstelling heeft gedaan. De in het cao-uitzendbeding opgenomen *fictie* van een beëindigingsverzoek bij ziekmelding van de uitzendkracht, is daarmee niet verenigbaar. In zoverre is het cao-uitzendbeding nietig.

15.6. Hierbij komt het volgende. Als het cao-uitzendbeding in de uitzendovereenkomst is opgenomen, is sprake van een arbeidsovereenkomst met een ontbindende voorwaarde.

15.7. Hoewel het op zichzelf niet ondenkbaar is dat een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan onder een ontbindende voorwaarde, kan de geldigheid van zo'n ontbindende voorwaarde slechts *bij uitzondering* worden aanvaard. De reden daarvoor is dat beëindiging van een arbeidsovereenkomst van rechtswege – door het vervullen van de ontbindende voorwaarde – de voor de arbeidsovereenkomst kenmerkende bescherming van de werknemer, die onder meer tot uiting komt in het wettelijk stelsel van het ontslagrecht, ondergraaft. Een voorwaarde die redelijkerwijs niet met dat

²⁶⁶ Verwezen wordt naar *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 16.

wettelijk stelsel is te verenigen, zal niet tot een beëindiging van rechtswege van de arbeidsovereenkomst kunnen leiden. Van geval tot geval moet worden bezien of een ontbindende voorwaarde te verenigen is met het wettelijke stelsel van het ontslagrecht. Daarbij komt het mede aan op de aard, inhoud en context van de voorwaarde.

15.8. Voor zover art. 13 lid 3 van de NBBU-cao tot strekking heeft dat de uitzendovereenkomst ten einde komt als de uitzendkracht de bedongen arbeid als gevolg van ziekte of arbeidsongeschiktheid niet langer kan verrichten, is deze ontbindende voorwaarde in strijd met het wettelijke ontslagstelsel en daarmee niet toelaatbaar. De ontbindende voorwaarde vormt op dit punt een doorkruising van het ontslagverbod tijdens ziekte, zoals dat is verankerd in art. 7:670 lid 1 BW. Aan het belang van het opzegverbod tijdens ziekte komt zodanig veel gewicht toe, dat het niet aanvaardbaar is dat deze beschermende bepaling via een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst wordt omzeild. In zoverre is het beding nietig.

15.9. Hetzelfde geldt voor zover art. 13 lid 3 van de NBBU-cao inhoudt dat bij ziekmelding door 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*. Ook dit is in strijd met het opzegverbod tijdens ziekte, terwijl de fictie bovendien in strijd is met art. 7:691 lid 2 BW. Ook in zoverre is het beding nietig.

15.10. Volledigheidshalve is nog op te merken dat in de voorliggende zaak niet gebleken is van een verzoek van de inlener tot beëindiging van de terbeschikkingstelling van Werknemer.

16. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de beschikking in de zaak 6104483 RP VERZ 17-50372 van de rechtbank Den Haag van 22 augustus 2017;

b. de beschikkingen in de zaak 200.228.162/01 van het gerechtshof Den Haag van 4 december

2018, 17 maart 2020, 29 september 2020 en 20 juli 2021.

(...; red.)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De werknemer heeft als uitzendkracht gewerkt voor het uitzendbureau.

(ii) Op de uitzendovereenkomst is de NBBU-cao voor Uitzendkrachten (hierna: de cao) van toepassing verklaard. Art. 13 lid 3 van de cao, zoals deze luidde van 1 juni 2014 tot 31 mei 2019, houdt het volgende in:

“Bij het einde van de fase 1 en 2 uitzendovereenkomst met uitzendbeding geldt:

a. 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, alsmede door de vervulling van enige voorwaarde in de uitzendovereenkomst. In geval van ziekte of ongeval van de uitzendkracht wordt de terbeschikkingstelling in Fase 1 en 2 direct na de melding als bedoeld in artikel 25 lid 2 geacht met onmiddellijke ingang te zijn beëindigd op verzoek van de inlener.

b. (...)”

Art. 25 lid 2 van de cao houdt in dat de uitzendkracht verplicht is om op de eerste verzuimdag wegens ziekte of ongeval daarvan melding te doen aan de uitzendonderneming en de inlener.

(iii) De werknemer is bij de inlener een arbeidsongeval overkomen. Na het arbeidsongeval heeft de werknemer zich ziek gemeld.

2.2. Voor zover in cassatie van belang verzoekt de werknemer in deze procedure het uitzendbureau te veroordelen tot doorbetaling van loon en tot betaling van ziektegeld over de periode vanaf de ziekmelding tot het tijdstip dat hij als zzp'er is gaan werken. De kantonrechter¹ heeft dat verzoek afgewezen en daartoe overwogen dat de uitzendovereenkomst als gevolg van de ziekmelding is geëindigd op grond van art. 13 lid 3 van de cao.

1 Rechtbank Den Haag 22 augustus 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10292.

2.3. In hoger beroep heeft het hof² de beschikking van de kantonrechter vernietigd en het verzoek van de werknemer toegewezen. Het heeft daartoe overwogen dat artikel 13 lid 3, onder a, van de cao in strijd is met het opzegverbod tijdens ziekte van artikel 7:670 BW.

3. Beoordeling

3.1.1. Het uitzendbureau heeft zijn cassatieberoep ingetrokken (zie hiervoor onder 1). Zolang de Hoge Raad nog geen uitspraak heeft gedaan, kan de verzoeker tot cassatie zijn beroep intrekken zonder daartoe toestemming van de verweerder nodig te hebben. Het uitzendbureau kon zijn cassatieberoep dan ook intrekken. De intrekking maakt geen einde aan de aanhangigheid van de zaak en heeft enkel tot gevolg dat het door het uitzendbureau aangevoerde cassatiemiddel niet meer kan worden onderzocht. Dit betekent dat het cassatieberoep van het uitzendbureau moet worden verworpen.³

3.1.2. Het cassatiemiddel stelde de vraag aan de orde of een zogenoemd uitzendbeding dat inhoudt dat de uitzendovereenkomst ten einde komt “doordat de uitzendkracht om welke reden dan ook, daaronder begrepen arbeidsongeschiktheid, de bedongen arbeid niet langer (...) kan verrichten”, respectievelijk dat in geval van ziekte of ongeval van de uitzendkracht, de uitzendovereenkomst eindigt doordat de terbeschikkingstelling direct na ziekmelding door de uitzendkracht geacht wordt met onmiddellijke ingang te zijn beëindigd op verzoek van de inlener, rechtsgeldig is. Omdat over het antwoord op deze vraag verschillend wordt gedacht en een beding van deze strekking deel uitmaakt van een algemeen verbindend verklaarde cao, ziet de Hoge Raad in het belang van de rechtsontwikkeling en de rechts-eenheid aanleiding om ten overvloede het volgende te overwegen.

3.2.1. De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een

door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde (art. 7:690 BW).

In de uitzendovereenkomst kan schriftelijk worden bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de derde als bedoeld in art. 7:690 BW op verzoek van die derde ten einde komt (art. 7:691 lid 2 BW). Dit zogenoemde uitzendbeding verliest zijn kracht indien de werknemer in meer dan 26 weken arbeid voor de werkgever heeft verricht, zij het dat deze termijn van 26 weken bij (onder meer) cao kan worden verlengd tot ten hoogste 78 weken (art. 7:691 leden 3 en 8 BW).

3.2.2. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat art. 7:691 lid 2 BW de mogelijkheid biedt om overeen te komen dat de uitzendovereenkomst eindigt indien de terbeschikkingstelling ‘om welke reden dan ook’ – waaronder ziekte van de uitzendkracht begrepen – wordt beëindigd:

“De leden van de fractie van GroenLinks vroegen in hoeverre de redelijkheid en billijkheid de afspraak dat de uitzendovereenkomst na beëindiging van de terbeschikkingstelling van rechtswege eindigt, kunnen beperken. Met name vroegen deze leden of het redelijk is af te spreken dat de terbeschikkingstelling en daarmee de uitzendovereenkomst, eindigen op het moment dat de werknemer ziek, zwanger of lid van een vakbond zou worden of in het huwelijk zou treden. Zij vroegen of de regering heeft overwogen om een minimale motiveringsplicht aan deze regeling toe te voegen.

De voorgestelde regeling maakt het mogelijk dat partijen overeenkomen, dat indien gedurende de eerste 26 weken een terbeschikkingstelling door de derde, de uitzendwerkgever dan wel de uitzendwerknemer om welke reden dan ook wordt beëindigd, daarmee ook de uitzendovereenkomst wordt beëindigd. Gelet op het specifieke karakter van de uitzendrelatie, waarbij partijen alleen en voor zover nodig gebruik maken van elkaars diensten, menen wij, dat een verplichte motiveringsplicht bij beëindiging van de terbeschikkingstelling niet nodig is als ter zake geen beperkingen zijn gesteld. Na afloop van de termijn van 26 weken geldt in beginsel het reguliere arbeidsovereenkomstenrecht.”⁴

2 Gerechtshof Den Haag 17 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:460 en 20 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1511.

3 HR 16 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2056, rov. 3.1.

4 Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 6, p. 16.

3.2.3. In art. 7:691 lid 2 BW zijn de woorden “op verzoek van die derde” bij amendement ingevoegd. Uit de toelichting op dit amendement blijkt dat daarmee werd beoogd de positie van de uitzendkracht te verbeteren door niet het uitzendbureau de mogelijkheid te geven de uitzendovereenkomst steeds onmiddellijk te beëindigen, maar in plaats daarvan het einde van de uitzendovereenkomst te koppelen aan de beëindiging van de terbeschikkingstelling door de inlener:

“(…) Artikel 691 creëert voor een relatief korte periode (26 weken) een bijzonder regime, waarin de huidige uitzendpraktijk zo veel mogelijk wordt gecontinueerd. Daarin is sprake van arbeidsverhoudingen tussen uitzendbureau en uitzendkracht voor de duur van de opdracht. Bij beëindiging van de opdracht door de inlener eindigt ook de relatie tussen uitzendbureau en uitzendkracht (einde opdracht = einde van rechtswege). Het wetsvoorstel spreekt echter van «einde terbeschikkingstelling = einde van rechtswege». Dit zou neerkomen op een permanent proeftijdbeding in de eerste 26 weken. Het uitzendbureau krijgt dan in feite de mogelijkheid de overeenkomst steeds onmiddellijk van rechtswege te beëindigen. In het amendement wordt gesteld dat de uitzendovereenkomst beëindigd kan worden ten aanzien van de uitzendkracht die tussentijds door de opdrachtgever wordt teruggestuurd, terwijl de (raam)overeenkomst van opdracht zelf doorloopt. (...)”⁵

3.3.1. Art. 7:670 lid 1 BW bepaalt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet kan opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte, tenzij, kort gezegd, de ongeschiktheid ten minste twee jaar heeft geduurd of een aanvang heeft genomen nadat de werkgever aan het UWV toestemming voor ontslag heeft verzocht. Dit opzegverbod beoogt de werknemer te beschermen tegen een ontslag wegens ziekte en tegen verkorting van de termijn voor het vinden van ander werk, en heeft mede ten doel de werknemer te vrijwaren van de psychische druk die een ontslagaanzegging tijdens zijn ziekte kan veroorzaken.⁶ Op het opzegverbod tijdens ziekte maakt de wet een aantal uitzonderingen, zoals in geval van

ontslag tijdens de proeftijd en ontslag op staande voet (art. 7:670a leden 1 en 2 BW). Voorts is het opzegverbod niet van toepassing als de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, bijvoorbeeld door het verstrijken van de periode waarvoor de overeenkomst is gesloten (art. 7:667 lid 1 BW).

3.3.2. Tot 1 juli 2015 bestond de mogelijkheid om bij cao af te wijken van het opzegverbod tijdens ziekte en van het opzegverbod tijdens militaire dienstplicht (art. 7:670 lid 13 (oud) BW). Met de inwerkingtreding van (een gedeelte van) de Wet werk en zekerheid op die datum geldt die afwijkingmogelijkheid niet langer voor het opzegverbod tijdens ziekte (art. 7:670 lid 14 BW). De parlementaire geschiedenis bevat geen inhoudelijke toelichting op deze wijziging.⁷

3.4.1. Bedingen die inhouden dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wegens het aangaan van een huwelijk of een geregistreerd partnerschap door de werknemer of wegens zwangerschap of bevalling van de werknemster, zijn nietig (art. 7:667 leden 7 en 8 BW). In het algemeen geldt dat de voor het arbeidsrecht kenmerkende bescherming van de werknemer, die onder meer tot uiting komt in het wettelijke stelsel van het ontslagrecht, meebrengt dat de geldigheid van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst slechts bij uitzondering kan worden aanvaard. Een voorwaarde die redelijkerwijs niet met dat wettelijke stelsel is te verenigen, zal niet tot een beëindiging van rechtswege van de arbeidsovereenkomst kunnen leiden. Van geval tot geval moet worden bezien of een voorwaarde als vorenbedoeld is te verenigen met dat wettelijke stelsel. Daarbij komt het mede aan op de aard, inhoud en context van de voorwaarde.⁸

3.4.2. Een uitzendbeding dat inhoudt dat, in de in art. 7:691 lid 3 BW bedoelde periode, de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt indien op verzoek van de inlener de terbeschikkingstelling eindigt, ook wegens of tijdens ziekte van de uitzendkracht, is niet in strijd met het wettelijke stelsel van het ontslagrecht en het opzegverbod tijdens ziekte. Bij de totstandkoming van art. 7:691 lid 2 BW heeft de wetgever bewust een uitzendbeding van deze strekking mogelijk gemaakt

5 Kamerstukken II 1997/98, 25263, nr. 42, p. 1-2.

6 Vgl. HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:276, rov. 3.3.1.

7 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 101.

8 HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348, rov. 3.4.2.

(zie hiervoor in 3.2.2 en 3.2.3). Bij gelegenheid van de wijzigingen nadien van het ontslagrecht heeft de wetgever er geen blijk van gegeven hiervan terug te komen, ook niet bij gelegenheid van de afschaffing van de mogelijkheid om bij cao af te wijken van het opzegverbod tijdens ziekte (zie hiervoor in 3.3.2). Voorts is bij beëindiging van een uitzendovereenkomst op grond van een uitzendbeding als bedoeld in art. 7:691 lid 2 BW geen sprake van opzegging van de uitzendovereenkomst, maar van een beëindiging van rechtswege, doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer aan een derde op verzoek van die derde eindigt. Daarop is het opzegverbod tijdens ziekte niet van toepassing.

3.5. Art. 13 lid 3, onder a, tweede zin, van de cao houdt in dat in geval van ziekte of ongeval van de uitzendkracht de terbeschikkingstelling wordt geacht direct na de ziekmelding met onmiddellijke ingang te zijn beëindigd op verzoek van de inlener. De bepaling verbindt daarmee de beëindiging van de uitzendovereenkomst in geval van ziekte of ongeval aan een fictief verzoek van de inlener tot beëindiging van de terbeschikkingstelling. Dit strookt niet met art. 7:691 lid 2 BW, omdat die bepaling slechts de mogelijkheid biedt een uitzendbeding overeen te komen waarin het einde van de uitzendovereenkomst wordt verbonden aan het einde van de terbeschikkingstelling op verzoek van de inlener. Uit hetgeen hiervoor in 3.2.3 is overwogen, volgt dat het vereiste van een verzoek van de inlener tot beëindiging van de terbeschikkingstelling in de wet is opgenomen met name ter verbetering van de positie van de uitzendkracht. Die beoogde verbetering wordt tenietgedaan indien een zodanig verzoek van de inlener in geval van ziekmelding van de uitzendkracht geacht wordt te zijn gedaan direct na die ziekmelding. Het desbetreffende deel van art. 13 lid 3, onder a, van de cao is dus in strijd met de wet. Ook voor zover art. 13 lid 3, onder a, eerste zin, van de cao inhoudt dat de uitzendovereenkomst ten einde komt “doordat de uitzendkracht om welke reden dan ook, daaronder begrepen arbeidsongeschiktheid, de bedongen arbeid niet langer (...) kan verrichten”, is het in strijd met de wet; ook hier ontbreekt een verzoek van de inlener tot beëindiging van de terbeschikkingstelling als voorwaarde voor de beëindiging van de uitzendovereenkomst. De omstandigheid dat art. 13 lid 3, onder a, van de cao gedeeltelijk in strijd is met art. 7:691 lid 2 BW, maakt de cao-bepaling in

zoverre nietig (vgl. hiervoor in 3.4.1). Voor zover art. 13 lid 3, onder a, van de cao inhoudt dat de uitzendovereenkomst ten einde komt “doordat de inlener om welke reden dan ook de uitzendkracht niet langer wil of kan inlenen” – waarmee klaarblijkelijk wordt bedoeld op het geval dat de terbeschikkingstelling eindigt op verzoek van de inlener – is de cao-bepaling niet in strijd met de wet. Voor zover het beding inhoudt dat de uitzendovereenkomst ten einde komt “doordat de uitzendkracht om welke reden dan ook (...) de bedongen arbeid niet langer wil verrichten” strookt het beding met de bepaling dat indien een uitzendbeding is overeengekomen, de werknemer de uitzendovereenkomst onverwijld kan opzeggen (art. 7:691 lid 2 BW.) Deze delen van de cao-bepaling staan niet in onverbreeklijk verband met de nietige delen en blijven dus in stand (art. 3:41 BW).

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verworpt het beroep;
- veroordeelt Solutions in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] begroot op € 350,- aan verschotten en € 2.200,- voor salaris.

NOOT

Sinds jaar en dag is in de landelijke cao's voor uitzendkrachten tussen de grote vakbonden en de ABU en NBBU afgesproken dat de arbeidsovereenkomst tussen uitzendkracht en uitzendbureau in respectievelijk fase A en fase 1-2 van rechtswege eindigt direct na de ziekmelding van de uitzendkracht. De wettelijke basis voor deze beëindiging van rechtswege vormt art. 7:691 lid 2 jo. lid 3 BW. Op grond hiervan kan in de uitzendovereenkomst schriftelijk worden bedongen dat de arbeidsovereenkomst van de uitzendkracht gedurende de eerste 26 weken waarin de uitzendkracht arbeid verricht van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer aan de opdrachtgever op verzoek van de opdrachtgever eindigt. Die termijn van 26 weken is in de uitzendcao's uitgebreid tot 52 weken (tot 3 januari 2022 was deze 78 weken). 'Op verzoek van die derde' zegt art. 7:691 lid 2 BW. Daardoor is de in de uitzendcao's overeengekomen koppeling van de beëindiging van

rechtswege gebaseerd op een fictief verzoek van de opdrachtgever tot beëindiging van de terbeschikkingstelling op het moment dat de uitzendkracht zich ziekmeldt 'dus' in strijd met de wet, zo overweegt de Hoge Raad. De afspraak in de uitzendcao's dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt 'doordat de inlener om welke reden dan ook de uitzendkracht niet langer kan of wil inlenen' is naar het oordeel van de Hoge Raad niet nietig omdat de Hoge Raad uit deze woorden afleidt dat hiermee wel wordt bedoeld op een beëindiging van de terbeschikkingstelling op verzoek van de opdrachtgever. Als de opdrachtgever de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht beëindigt nadat deze zich ziekmeldt, eindigt de arbeidsovereenkomst van de uitzendkracht dus nog steeds van rechtswege. De opdrachtgever zal dat doen wanneer met het uitzendbureau is afgesproken dat het aan de uitzendkracht doorbetaalde loon tijdens ziekte in rekening wordt gebracht bij de opdrachtgever. Anders zou de opdrachtgever immers dubbel betalen: het loon van de zieke uitzendkracht en de vergoeding voor de uitzendkracht die de zieke uitzendkracht vervangt. Als het uitzendbureau eigenrisicodragers is in de zin van de Ziektewet kan dat anders zijn. Hier draagt het uitzendbureau zelf de financiële lasten van de Ziektewetuitkering en heeft hij een actieve hand in een snelle re-integratie van de zieke uitzendkracht. Daardoor bestaat geen noodzaak voor een directe beëindiging van de arbeidsovereenkomst na een ziekmelding en hoeft dit binnen de afspraken tussen opdrachtgever en uitzendbureau niet mee te brengen dat een opdrachtgever dan dubbel moet betalen. Zeker binnen de huidige krappe arbeidsmarkt kan het uitzendbureau er bovendien baat bij hebben de zieke uitzendkracht in dienst te houden om deze na betermelding weer in te kunnen zetten bij de opdrachtgever (of een andere opdrachtgever). Vanuit rechtssystematisch oogpunt valt wel wat in te brengen tegen dit op de tekst van de wet gebaseerde oordeel van de Hoge Raad. Feitelijk komt het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst als de opdrachtgever de terbeschikkingstelling beëindigt na de ziekmelding van de uitzendkracht er nog steeds op neer dat de arbeidsovereenkomst van de uitzendkracht per direct kan worden opgezegd wegens en tijdens ziekte. Dat gaat rechtstreeks in tegen de wettelijk steeds steviger verankerde ontslagbe-

scherming tijdens ziekte van de 'gewone' werknemer. Niet alleen kan sinds de inwerkingtreding van de Wwz in 2015 niet meer bij cao worden afgeweken van het opzegverbod tijdens ziekte, ook is toen de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst van de zieke werknemer op te zeggen wegens bedrijfseconomische redenen sterk ingeperkt. Daarbuiten kan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst alleen ontbinden wanneer het ontbindingsverzoek geen verband houdt met de arbeidsongeschiktheid van de werknemer of wanneer de omstandigheden van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst in het belang van de werknemer behoort te eindigen. De na dit arrest van de Hoge Raad nog steeds bestaande kloof tussen de ontslagbescherming van de uitzendkracht en de 'gewone' werknemer – dus tussen flex en vast – bij ziekte zou dus moeten worden gedicht door de wetgever. De commissie-Borstlap heeft om die reden geadviseerd art. 7:691 BW zo aan te passen dat het niet meer mogelijk is het uitzendbeding in te roepen – en daarmee de arbeidsovereenkomst tussen de uitzendwerknemer en de uitzendwerkgever te beëindigen – bij ziekte.

Wellicht hebben de partijen bij de uitzendcao's met dit advies van de commissie-Borstlap in het achterhoofd (of omdat zij rekening hielden met een meer bij de rechtssystematiek aansluitend oordeel van de Hoge Raad) besloten deze kloof tussen de ontslagbescherming van de uitzendkracht en de 'gewone' werknemer zelf alvast een klein beetje te dichten. In art. 15 lid 1 van de nieuwe ABU en NBBU-cao's die vanaf 1 juli 2023 gaan gelden is namelijk afgesproken dat de arbeidsovereenkomst met uitzendbeding gedurende arbeidsongeschiktheid van de uitzendkracht niet van rechtswege eindigt wanneer de uitzendkracht de bedongen arbeid niet verricht in verband met arbeidsongeschiktheid en ook de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht niet eindigt gedurende arbeidsongeschiktheid van de uitzendkracht (een uitzendbeding zal bovendien vanaf 1 september 2023 schriftelijk moeten worden overeengekomen in de arbeidsovereenkomst van de uitzendkracht. Per die datum vervalt namelijk art. 10 lid 1 sub b ABU en NBBU-cao's waarin is bepaald dat de uitzendkracht in fase A of fase 1-2 steeds werkzaam is op basis van een uitzendovereenkomst met uitzendbeding, tenzij uitdrukkelijk en schriftelijk bij de uitzendovereenkomst is overeengekomen dat het uitzendbeding niet van

toepassing is). Als de terbeschikkingstelling echter meer dan 26 gewerkte weken heeft geduurd, dan – zo lijkt te volgen uit art. 15 lid 2 van de nieuwe ABU en NBBU-cao's – eindigt de arbeidsovereenkomst van de uitzendkracht nog wel wanneer de opdrachtgever de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht beëindigt als deze zich ziek heeft gemeld of zich daarna ziekmeldt. Tot slot eindigt op grond van art. 15 van de nieuwe ABU en NBBU-cao's de arbeidsovereenkomst van de arbeidsongeschikte uitzendkracht ook nog steeds wanneer de in de uitzendovereenkomst overeengekomen einddatum is bereikt. Dat betekent dat het uitzendbureau dat ook na 1 juli 2023 gedurende fase A of fase 1-2 niet het risico wil lopen op loondoorbetaling tijdens arbeidsongeschiktheid van de uitzendkracht, telkens kortdurende uitzendovereenkomsten (bijvoorbeeld van een week of twee weken) kan sluiten met de uitzendkracht. Die kunnen dan (zolang de uitzendkracht niet ziek wordt) gedurende fase A of fase 1-2 onbepaald (stilzwijgend) worden verlengd. De kloof tussen de ontslagbescherming tijdens ziekte van de uitzendkracht en de gewone werknemer is dus niet gedicht met het arrest van de Hoge Raad en ook niet in de nieuwe ABU en NBBU-cao's. Uitzendbureaus hebben nog genoeg mogelijkheden hieromheen te contracteren. Als de wetgever alsnog zou overgaan tot het dichten van deze kloof is te hopen dat hij daarbij voor een vanuit rechtssystematisch oogpunt zuiverdere uitwerking kiest dan bij de laatste maal waarin de scherven moesten worden opgeruimd van een tekstuele wetsuitleg van de regeling van de uitzendovereenkomst door de Hoge Raad. Ik doel hierbij op het *Care4Care*-arrest waarin de Hoge Raad oordeelde dat de uitzendwerkgever geen allocatiefunctie hoeft te vervullen omdat de wet die eis niet stelt. Naar aanleiding van dit arrest besloot de wetgever niet tot het alsnog opnemen van de allocatiefunctie in de wettelijke definitie van de uitzendovereenkomst, maar tot de introductie in art. 7:692 BW van de payrollovereenkomst in de vorm van een bijzondere uitzendovereenkomst waarop het uitzendregime niet van toepassing is. Die oplossing is echter in strijd met het dwingendrechtelijke karakter van de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst in Titel 7.10 BW omdat hierbij op grond van de door het payrollbedrijf met de payrollwerknemer gesloten schriftelijke overeenkomst een arbeidsovereen-

komst wordt aangenomen tussen payrollbedrijf en payrollwerknemer.

mr. dr. J.P.H. Zwemmer
Universiteit van Amsterdam