



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Hoe vangen we zieke uitzendkrachten op?

Jansen, N.

DOI

[10.5553/TvO/254253152021005002004](https://doi.org/10.5553/TvO/254253152021005002004)

Publication date

2021

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Ontslagrecht

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Jansen, N. (2021). Hoe vangen we zieke uitzendkrachten op? *Tijdschrift voor Ontslagrecht*, 2021(2), 65-70. <https://doi.org/10.5553/TvO/254253152021005002004>

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.

Hoe vangen we zieke uitzendkrachten op?

mr. dr. Niels Jansen*

1. Inleiding

Een jaar geleden oordeelde het hof Den Haag dat een uitzendovereenkomst niet met toepassing van het uitzendbeding kan eindigen in geval van ziekte van de uitzendkracht. Het opzegverbod tijdens ziekte zou aan die beëindiging in de weg staan.¹ Deze overwegingen van het hof werden aan het begin van dit kalenderjaar niet gevolgd door de kantonrechter Rotterdam. Sterker, de kantonrechter kwam tot een volledig tegengesteld oordeel. Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid (Wfz), waarmee het uitzendbeding een wettelijke basis kreeg, oordeelde de kantonrechter dat het uitzendbeding meebrengt dat uitzendwerkgever en uitzendkracht mogen afspreken dat de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht op verzoek van de inlener eindigt en dat een inlener om welke reden dan ook de inlening mag beëindigen, dus ook vanwege ziekte.²

De botsende uitspraken in de recente rechtspraak vormen een fraaie weerspiegeling van de discussie die over dit onderwerp in de literatuur (al langer) wordt gevoerd.³ Onlangs begreep ik dat zolang de Hoge Raad zich over deze kwestie niet heeft uitgelaten, het UWV aan zieke uitzendkrachten in elk geval ‘gewoon’ een ziektebewijstuitkering blijft betalen indien een beroep op een overeengekomen⁴ uitzendbeding wordt gedaan. Dat is niet omdat het UWV de lijn van hof Den Haag niet zou volgen, want daarover is mij niets bekend, maar dat is vanwege de omstandigheid dat zieke uitzendkrachten anders mogelijk in een onzekere inkomenspositie komen te verkeren.

In deze bijdrage evalueer ik de uitspraken van het hof en de rechtbank alsmede de argumenten die over dit onderwerp in de literatuur naar voren zijn gebracht en probeer ik een antwoord te geven op de vraag of het uitzendbeding bij ziekte toelaatbaar is. De lezer die houdt van duidelijkheid moet ik teleurstellen, want mijn antwoord is: nee, tenzij. Gebruik van het beding bij ziekte is niet toelaatbaar, tenzij het uitzendwerk voorziet in een tijdelijke en dringende personeelsbehoefte, want alleen in dat geval bestaat er naar mijn mening voldoende rechtvaardiging voor uitzonderingen die wringen met toch tamelijk fundamentele uitgangspunten van het (Nederlandse) arbeidsrecht.

2. De recente rechtspraak nader beschouwd

Op grond van artikel 7:691 lid 2 en 3 BW kan in de uitzendovereenkomst worden bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht door de uitzendwerkgever op verzoek van de inlener ten einde komt. Een beroep op dit zogeheten ‘uitzendbeding’ kan worden gedaan zolang in nog geen 26 weken arbeid voor de uitzendwerkgever is verricht. In de NBBU-cao alsmede in de ABU-cao is het zogenoemde uitzendbeding geregeld en in deze cao's is onder meer bepaald dat in geval van arbeidsongeschiktheid van de uitzendkracht de uitzendovereenkomst met uitzendbeding direct na de ziekmelding met onmiddellijke ingang van rechtswege geacht wordt te zijn beëindigd op verzoek van de inlener.⁵ Overigens is in beide cao's de wettelijke termijn van 26 weken opgerekt naar 78 weken, maar dat terzijde. Kortom, in de NBBU-cao en in de ABU-cao is ziekte gelijkgesteld aan een inlenersverzoek tot beëindiging van de terbeschikkingstelling en via het uitzendbeding leidt ziekte van de uitzendkracht dan tot een einde van rechtswege van de uitzendovereenkomst.

Ik begin de beschouwing van de recente rechtspraak over het uitzendbeding bij ziekte met de uitspraak van de kantonrechter en daarna volgt de uitspraak van het hof.

2.1 Kantonrechter Rotterdam 8 januari 2021

Kantonrechter Rotterdam oordeelde dat uit de wetsgeschiedenis van artikel 7:691 lid 2 BW blijkt dat een

65

* Niels Jansen is Universitair Docent arbeidsrecht bij de UvA en als onderzoeker verbonden aan het multidisciplinaire onderzoeksinstituut AIAS-HSI.

1. Hof Den Haag 17 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:460.

2. Rb. Rotterdam 8 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:206.

3. E. Verhulp, 'De uitzendkracht in het Flex(s)t(ri)jdperk', *SR* 1998/11; E. Verhulp, 'De ondergeschiktheid, het belemmeren en de ziekte van de uitzendkracht', *SR* 2001/4; S.W. Kuip, 'Uitzendovereenkomst als ontbindende voorwaarde', *ArbeidsRecht* 1998/11; R.H.M. Kroese, 'Het zieke uitzendbeding in de uitzend-cao', *TRA* 2018/57; M. Tanja, 'Het uitzendbeding bij ziekte', *ArbeidsRecht* 2020/33; Noot W.A. Zondag bij Hof Den Haag 4 december 2018, *JAR* 2019/12; noot E.C.A. Pronk bij Hof Den Haag 17 maart 2020, *JAR* 2020/102.

4. Zie in dit verband CRvB 18 april 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BA3299.

5. ABU, CAO voor Uitzendkrachten 2019-2021, art. 15 en NBBU-cao voor uitzendkrachten 2019-2021, art. 15.

inlener om welke reden dan ook de inlening mag beëindigen, dus ook vanwege ziekte. De uitzendovereenkomst is weliswaar een arbeidsovereenkomst, maar bij wet kan worden bepaald dat de bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht niet, of op andere wijze, op de uitzendovereenkomst van toepassing zijn. Van die situatie is sprake bij artikel 7:691 BW (zie Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 6, p. 16), aldus de kantonrechter.⁶

De uitspraak van de kantonrechter roept de vraag op wat er precies in de wetsgeschiedenis ten aanzien van het gebruik van het uitzendbeding (bij ziekte) is overwogen. Aan de Wfz ging een advies van de Stichting van de Arbeid (hierna: ‘de Stichting’) vooraf. De voorstellen die de Stichting deed, werden nagenoeg geheel overgenomen door de regering en daarom lijkt het verstandig een analyse van de wetsgeschiedenis te beginnen bij het advies van de Stichting.⁷

Over het uitzendbeding en het gebruik daarvan is niet veel, maar wel iets te vinden in het advies van de Stichting. Zo overwoog zij onder meer dat de allocatiefunctie van het uitzendwezen meebrengt dat partijen een optimale keuzevrijheid moeten hebben wat betreft het aangaan en verbreken van onderlinge relaties in het kader van de tewerkstelling van de uitzendkracht.⁸ In het licht hiervan stelde de Stichting voor om, specifiek voor uitzendrelaties van korte duur, bij wet te bepalen dat door beëindiging van de opdracht de uitzendovereenkomst tussen uitzendkracht en uitzendbureau van rechtswege kan eindigen.⁹ In het advies werd niet gesproken over de redenen van de beëindiging van de opdracht. Ter uitvoering van het advies was toen al een convenant overeengekomen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties in de uitzendsector dat de basis zou gaan vormen voor een cao. In het convenant was het uitzendbeding uitgewerkt in artikel 5.1 en daarin was geregeld dat de uitzendovereenkomst van rechtswege zou eindigen indien de inlening tot een einde kwam. In dit convenant werden nog geen redenen van de beëindiging van de terbeschikkingstelling genoemd en werd arbeidsongeschiktheid dus ook (nog) niet op een lijn gesteld met het eindigen van de inlening.¹⁰

In de memorie van toelichting bij de Wfz (die volgde op het advies van de Stichting) is door de minister overwogen dat het bijzondere karakter van de uitzendovereenkomst is gelegen in het feit dat de allocatieve functie van de uitzendovereenkomst impliceert dat partijen een zekere vrijheid (moeten) hebben ter zake van het aangaan en verbreken van hun arbeidsrelatie. ‘Het is derhalve verantwoord dat deze vrijheid groter is dan bij gewone dienstverbanden tussen twee partijen.

Tegelijkertijd vormt deze vrijheid een onzekere factor voor de werknemer voor wat betreft zijn arbeid en inkomen. Derhalve is een begrenzing van de duur van deze situatie gewenst. In het wetsvoorstel wordt, conform het advies van de Stichting van de Arbeid, een termijn van 6 maanden opgenomen, die bij c.a.o. (...) kan worden verlengd.’, aldus de minister.¹¹ En aansluitend overwoog de minister dat de bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst alleen geldt voor die werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen.¹² Over de redenen van de inlener om de terbeschikkingstelling te beëindigen in relatie tot het uitzendbeding is in de memorie van toelichting niets gezegd, maar de rechtvaardiging van het bijzondere arbeidsrechtelijke regime (waarvan het uitzendbeding deel uitmaakt) werd wel gebaseerd op de allocatiefunctie van het uitzendwezen.

De kantonrechter verwees in zijn vonnis van 8 januari jl. met betrekking tot de wetsgeschiedenis expliciet naar de nota naar aanleiding van het verslag. In deze nota is door de regering opgemerkt dat het uitzendbeding de mogelijkheid creëert dat wanneer ‘een terbeschikkingstelling (...) om welke reden dan ook (cursief, NJ) wordt beëindigd, daarmee ook de uitzendovereenkomst wordt beëindigd’. Een motiveringsplicht bij het uitzendbeding vond de minister niet nodig, omdat ter zake geen beperkingen worden gesteld.¹³ Deze opmerkingen van de minister volgde op de vraag uit de Tweede Kamer of en in hoeverre de redelijkheid en billijkheid het gebruik van het uitzendbeding kunnen beperken en met name of het redelijk is af te spreken dat de terbeschikkingstelling en daarmee de uitzendovereenkomst eindigen op het moment dat de werknemer ziek of zwanger zou worden, of lid van een vakbond zou worden of in het huwelijk zou treden.

Twee jaar na invoering van de Wfz bleek dat – zoals thans nog steeds het geval – in de uitzend-cao de arbeidsongeschiktheid van de uitzendkracht was gelijkgesteld aan een inlenersverzoek tot beëindiging van de terbeschikkingstelling. Over deze cao-bepaling zijn vervolgens Kamervragen gesteld aan de minister. De strekking van een van de vragen was of de cao op dit punt in strijd was met de Wfz. De minister antwoordde daarop dat hij de bepaling niet in strijd achtte met de strekking van de wet. ‘Dit laat echter onverlet dat de rechter in concrete gevallen anders kan beslissen’, aldus de minister.¹⁴ Kantonrechter Rotterdam heeft naar deze Handelingen niet verwezen in zijn vonnis, maar ze ondersteunen wel zijn denkrichting.

De wetsgeschiedenis lijkt er dus op te duiden dat gebruik van het uitzendbeding bij ziekte toelaatbaar is. Ik wijs in dit verband op de combinatie van de zinsdelen uit de nota naar aanleiding van het verslag ‘om welke

6. Rb. Rotterdam 8 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:206, r.o. 5.3.

7. Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 3, p. 2.

8. Nota Flexibiliteit en Zekerheid, Stichting van de Arbeid 3 april 1996 (2/96), p. 20.

9. Nota Flexibiliteit en Zekerheid, Stichting van de Arbeid 3 april 1996 (2/96), p. 22.

10. Convenant van 2 april 1996, artikel 5.1 (bijlage bij Nota Flexibiliteit en Zekerheid, Stichting van de Arbeid 3 april 1996 (2/96)).

11. Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 3, p. 10.

12. Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 3, p. 10.

13. Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 6, p. 15.

14. Aanhangsel van de Handelingen, Tweede Kamer 1998/99, 445, p. 907 en 908.

reden dan ook' en 'ter zake geen beperkingen zijn gesteld' en de opmerking van de minister in de Handelingen dat hij de cao niet in strijd acht met de wet. Toch is hierop nog wel wat af te dingen.

In de eerste plaats zijn de opmerkingen in de wetsgeschiedenis over de toepassing van het uitzendregime gemaakt tegen de achtergrond van de allocatieve functie van uitzenden. De allocatiefunctie, en meer concreet de inzet van uitzendwerk bij 'piek en ziek', rechtvaardigt een bijzonder regime, althans zo was de gedachte. En hoewel voor die gedachte misschien ook best wat te zeggen is, volgt uit recent onderzoek dat uitzendwerk tegenwoordig in belangrijke mate wordt gebruikt om structureel werk te verrichten. De allocatiefunctie van uitzendwerk is nog niet geheel verdampt, maar zij is zeker niet meer in alle gevallen waarbij uitzendwerk wordt ingezet aanwezig of aan de orde.¹⁵ 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.¹⁶ In het verlengde daarvan komt de vraag op hoeveel waarde dan nog aan deze wetsgeschiedenis kan worden ontleend.

In de tweede plaats wijs ik op de opmerking van de minister dat de rechter in concrete gevallen anders kan beslissen. In lijn hiermee heeft de Hoge Raad in het Care4Care-arrest overwogen dat de rechter in voorkomend geval het beroep op de regels van artikel 7:691 BW, waaronder dus een beroep op het uitzendbeding, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan oordelen.¹⁷ Daarmee is dus niet uitgesloten dat beperkingen kunnen worden gesteld aan (het gebruik van) het uitzendbeding. Ter ondersteuning hiervan kan ook worden gewezen op een uitspraak van rechtbank Leeuwarden van 2 maart 1999, waarin de rechtbank oordeelde dat het einde van de terbeschikkingstelling door de inlener onder bijzondere omstandigheden misbruik van bevoegdheid kan opleveren.¹⁸ Uit het voorgaande volgt dat niet zonder meer opgaat dat er geen belemmeringen gelden bij gebruik van het uitzendbeding. Die belemmeringen kunnen wel degelijk – en zowel aan de zijde van de inlener als aan de zijde van de uitzendwerkgever – bestaan.

Tot slot laat de kantonrechter onbesproken hoe het uitzendbeding bij ziekte zich verhoudt tot het opzegverbod tijdens ziekte. Die verhouding is op zijn zachtst gezegd moeizaam en dit punt komt hieronder uitgebreid aan de orde bij het bespreken van de uitspraak van hof Den Haag.

15. *Driehoeksrelaties. De relatie met de Wet Allocatie Arbeidskrachten door Intermediairs (Waadi) en de Wet Flexibiliteit en Zekerheid (Wfz), De Beleidsonderzoekers/SEO/UvA, 12 februari 2020.*
16. *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp van de regulering van werk.* Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk, 23 januari 2020.
17. HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356.
18. Rb. Leeuwarden 2 maart 1999, KG 1999/108.

2.2 Hof Den Haag 17 maart 2020

Hof Den Haag oordeelde dat het met inwerkingtreding van de Wwz per 1 juli 2015 niet langer is toegestaan bij cao af te wijken van het opzegverbod tijdens ziekte dat is geregeld in artikel 7:670 lid 1 BW. Volgens het hof moet de bepaling in de NBBU-cao (de in casu toepasselijke cao), die ziekte van de uitzendkracht gelijkstelt aan de beëindiging van de terbeschikkingstelling op verzoek van de inlener, worden beschouwd als een niet langer toelaatbare afwijking van artikel 7:670 lid 1 BW. Het gevolg hiervan is volgens het hof dat het uitzendbeding in de NBBU-cao, voor zover daarin is geregeld dat met de ziekte van de uitzendkracht de terbeschikkingstelling wordt geacht te zijn beëindigd op verzoek van de inlener, sinds 1 juli 2015 in strijd is het opzegverbod tijdens ziekte. '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.', aldus het hof.¹⁹

Een lastige stap in de redenering van het hof is dat bij gebruikmaking van het uitzendbeding geen opzeggings-handeling van de uitzendwerkgever nodig is. De inlener stopt de inlening en het gevolg daarvan is dat de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt. Het uitzendbeding is dus in juridische zin te kwalificeren als een ontbindende voorwaarde en niet als een opzegging.²⁰ Wat in de kern dus ter discussie staat, is of het opzegverbod bij ziekte in de weg staat aan het intreden van de ontbindende voorwaarde. In deze bijdrage is geen plaats voor een uitvoerige bespreking van de toelaatbaarheid van de ontbindende voorwaarde in het arbeidsrecht, dus ik volsta met de opmerking dat volgens de Hoge Raad zo'n voorwaarde in elk geval niet toelaatbaar is indien zo'n voorwaarde redelijkerwijs niet met het wettelijke stelsel (van het ontslagrecht) te verenigen is. 'Van geval tot geval moet worden bezien of een voorwaarde (...) is te verenigen met dat wettelijk stelsel. Daarbij komt het mede aan op de aard, inhoud en context van de voorwaarde.', aldus de Hoge Raad.²¹ Op basis van deze overweging van de Hoge Raad kan de toelaatbaarheid van het uitzendbeding bij ziekte volgens mij niet eenvoudigweg worden gebaseerd op de omstandigheid dat het uitzendbeding een in de wet toegestane ontbindende voorwaarde is. Het komt volgens de Hoge Raad namelijk mede aan op de aard, inhoud en context van de voorwaarde. En in dit verband lijkt het mij logisch te onderzoeken hoe (en of) het uitzendbeding bij ziekte zich verhoudt tot de ratio van het opzegverbod

19. Hof Den Haag 17 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:460, r.o. 14.

20. Zie ook: E. Verhulp, 'De ondergeschiktheid, het belemmeren en de ziekte van de uitzendkracht', *SR* 2001/4, p. 105 en S.W. Kuip, 'Uitzendovereenkomst als ontbindende voorwaarde', *ArbeidsRecht* 1998/11, 62.

21. HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348. Zie ook: J.M. van Slooten, 'Is er onder de Wwz nog plaats voor de ontbindende voorwaarde?', *TvO* 2017/1, p. 2-3; M. van Eck, 'Over de (on)mogelijkheid van de ontbindende voorwaarde onder de Wwz', *TvO* 2017/1, p. 4-8; R.D. Rietveld, 'De (niet meer) ontbindende voorwaarde', *ArbeidsRecht* 2017/27.

tijdens ziekte. Helaas ontbreken overwegingen daarover in het arrest van het hof.

Het opzegverbod tijdens ziekte is in 1953 in de wet gekomen en heeft sinds die tijd een zekere ontwikkeling doorgemaakt. Die ontwikkeling brengt mee dat ook de ratio enigszins is ontwikkeld. Het startpunt van de bespreking van de ratio is de uitspraak van de Hoge Raad uit 1986, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het opzegverbod de zieke werknemer beoogt te vrijwaren van de psychische druk die een ontslaanzaeging tijdens ziekte kan veroorzaken.²² In zijn noot bij dit arrest heeft Stein erop gewezen dat in de literatuur ook andere doelen van het opzegverbod zijn benoemd (mede bij gebreke van een duidelijke motivering in de wetgeschiedenis), zoals het verbod van een opzegging *wegens* ziekte. Om bewijsproblemen te vermijden is een opzegverbod *tijdens* ziekte ingevoerd. Een andere ratio die Stein benoemt in zijn noot is dat de zieke werknemer onvoldoende gebruik kan maken van de opzegtermijn voor het vinden van ander werk. En weer een andere ratio is dat een zieke werknemer niet behoorlijk voor zijn recht kan opkomen.²³ Met de uitbreiding van de loondoorbetalingsplicht voor de werkgever (Wulbz), is een belangrijk doel toegevoegd aan het opzegverbod tijdens ziekte, namelijk preventie en een effectieve aanpak van ziekteverzuim, doordat werkgevers en werknemers daarvoor samen eerstverantwoordelijk zijn gemaakt.²⁴ De verlengde loonbetaling – en in het verlengde daarvan de verlenging van de duur van het opzegverbod – zorgt voor prikkels die ertoe moeten leiden dat verzuim wordt voorkomen en aangepakt. Samengevat kan gezegd worden dat de volgende doelen aan het opzegverbod tijdens ziekte ten grondslag liggen: geen beëindiging van arbeidsovereenkomst wegens ziekte, bescherming van de werknemer tegen psychische druk, het waarborgen van een eerlijk proces, het gunnen van een redelijke termijn aan zieke werknemers om een nieuwe baan te vinden en tot slot preventie en aanpak van ziekteverzuim.

Toelaatbaarheid van het uitzendbeding bij ziekte houdt zich niet (goed) tot de hiervoor genoemde doelen van het opzegverbod tijdens ziekte. Voor een zieke uitzendkracht geldt immers net zo goed dat hij bescherming verdient tegen psychische druk en dat hem tijd moet worden gegund om een nieuwe baan te vinden. Daarnaast geldt dat wanneer een werknemer beschermd moet worden tegen ontslag wegens ziekte, dat ook geldt voor een uitzendkracht. Ik breng nog maar in herinnering dat een uitzendkracht toch ook gewoon een werknemer is. En ten aanzien van de aanpak van het ziekteverzuim en de primaire verantwoordelijkheid van werkgevers kan worden opgemerkt dat niet goed valt in te zien waarom uitzendwerkgevers gemakkelijk aan deze verantwoordelijkheid kunnen ontkomen door gebruikmaking van het uitzendbeding. Op deze moeizame ver-

houding tussen het uitzendbeding bij ziekte en de doelen van het opzegverbod kom ik terug in paragraaf 4, waarin ik de voor- en tegenargumenten met betrekking tot de toelaatbaarheid van het uitzendbeding bij ziekte bespreek. In de volgende paragraaf bespreek ik eerst de overwegingen die in de literatuur naar voren zijn gebracht.

3. De literatuur en het uitzendbeding bij ziekte

3.1 Een verzoek ontbreekt

In de literatuur is door Verhulp,²⁵ Kroese²⁶ en Zondag²⁷ benadrukt dat het uitzendbeding slechts zijn werking kan hebben indien er daadwerkelijk een verzoek van de inlener is om de terbeschikkingstelling te beëindigen. Nu in de NBBU-cao en de ABU-cao het einde van rechtswege is gekoppeld aan de arbeidsongeschiktheid van de uitzendkracht, zonder dat een inlenersverzoek is vereist, zijn zij van mening dat aan deze cao-bepalingen geen waarde toekomt. Zij baseren dit standpunt op de wetgeschiedenis en meer specifiek op het amendement Bakker.²⁸ Naar aanleiding van dit amendement is in de wet opgenomen dat de terbeschikkingstelling op verzoek van de derde (de inlener) ten einde komt. Ik twijfel of de wijziging of toevoeging meebrengt dat er daadwerkelijk een verzoek van de inlener moet zijn. De strekking van het amendement Bakker (en de toevoeging in de wet) was dat van het uitzendbeding geen gebruik zou moeten kunnen worden gemaakt indien de terbeschikkingstelling door de uitzendwerkgever wordt beëindigd. Als dat wel mogelijk zou zijn, dan zou dat neerkomen op een permanente proeftijd en dat vond de minister ongewenst. Uitgangspunt van het amendement is dat het initiatief van de beëindiging niet bij de uitzendwerkgever mag liggen en daarom is de koppeling met het initiatief van de inlener gemaakt. In de uitzend-cao's is arbeidsongeschiktheid gelijkgesteld aan het inlenersverzoek. Die gelijkstelling op zichzelf beschouwd lijkt mij niet bezwaarlijk, omdat de beëindiging in geen geval kan worden gebaseerd op een initiatief van de uitzendwerkgever.²⁹ Overigens heeft Verhulp opgemerkt dat dit potentiële probleem eenvoudig kan worden opgelost door de praktijk. 'De uitzendwerkgever kan met de derde/opdrachtgever overeenkomen dat de derde ook gedurende de periode dat de terbeschikking gestelde uitzendkracht arbeidsongeschikt is het overeengekomen bedrag door dient te betalen, tenzij de derde verzoekt de terbeschikkingstelling te eindigen. De keuze

22. HR 24 oktober 1986, NJ 1987/292.

23. Noot P.A. Stein bij HR 24 oktober 1986, NJ 1987/292.

24. Kamerstukken II 1995/96, 24439, nr. 3 en Kamerstukken II 2003/04, 29231, nr. 3.

25. E. Verhulp, 'De uitzendkracht in het Flex(s)t(r)ijdperk', SR 1998/11, p. 326 en E. Verhulp, 'De ondergeschiktheid, het belemmeren en de ziekte van de uitzendkracht', SR 2001/4, p. 104.

26. R.H.M. Kroese, 'Het zieke uitzendbeding in de uitzend-cao', TRA 2018/57, p. 9 en 10.

27. Noot W.A. Zondag bij Hof Den Haag 4 december 2018, JAR 2019/12.

28. Kamerstukken II 1997/98, 25263, nr. 42.

29. Zie ook M. Tanja, 'Het uitzendbeding bij ziekte', *ArbeidsRecht* 2020/33, par. 3.

ligt dan bij de derde: hij dient het initiatief tot beëindiging te nemen', aldus Verhulp.³⁰

3.2 Strijdig met de ontbindende voorwaarde

In de vorige paragraaf heb ik al stilgestaan bij de vraag hoe het uitzendbeding bij ziekte zich verhoudt tot de ontbindende voorwaarde in het arbeidsrecht. Ook in de literatuur is dit aan de orde gesteld. Kroese heeft onderstreept dat het gebruik van de ontbindende voorwaarde in het arbeidsrecht niet ongelimiteerd kan plaatsvinden. Hij ziet in de omstandigheid dat bij cao niet (langer) van het opzegverbod bij ziekte kan worden afgeweken een belangrijke beperking voor het gebruik van het uitzendbeding bij ziekte als ontbindende voorwaarde. Anders gezegd, Kroese koppelt aan de wetwijziging per 1 juli 2015 het gevolg dat het uitzendbeding bij ziekte niet langer een toegestane ontbindende voorwaarde is.³¹ Zondag onderschrijft deze opvatting.³² Tanja heeft in dit verband opgemerkt dat cao-partijen de regeling in de cao over het uitzendbeding bij ziekte nooit hebben gezien als een afwijking van het opzegverbod en dat de wetwijziging daarom ook niet van invloed is op de toelaatbaarheid van dat beding.³³ Tanja gaat met die opmerking echter voorbij aan de vraag of en zo ja, wat de invloed is van de wetwijziging (cao-afwijking is niet langer toegestaan) op de toelaatbaarheid van het uitzendbeding bij ziekte als ontbindende voorwaarde. Daarover stelt Tanja niet veel meer dan dat het uitzendbeding niet moet worden getoetst aan de eisen die gelden voor de ontbindende voorwaarde in het arbeidsrecht (en voortvloeien uit de rechtspraak), omdat het uitzendbeding is gebaseerd op een wettelijke bepaling. Dit standpunt houdt geen stand. In de vorige paragraaf heb ik al besproken dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat steeds moet worden beoordeeld of een ontbindende voorwaarde redelijkerwijs met het wettelijke stelsel (van het ontslagrecht) te verenigen is en dat het daarbij mede aankomt op de aard, inhoud en context van de voorwaarde. Die toets geldt naar mijn mening voor iedere ontbindende voorwaarde in het arbeidsrecht, ongeacht de grondslag of herkomst. In lijn met de overweging van de Hoge Raad ligt het dus voor de hand het uitzendbeding bij ziekte te toetsen aan de doelen van het opzegverbod tijdens ziekte en in dat kader is de wetwijziging per 1 juli 2015 wel degelijk relevant. Want daar waar cao-partijen voor 1 juli 2015 het opzegverbod tijdens ziekte konden wegcontracteren, zodat ook een ontbindende voorwaarde niet getoetst hoefde te worden aan deze wettelijke norm, kan dat nu niet meer en geldt steeds een volle toets.

3.3 Bedoeling van de wetgever

Over de bedoeling van de wetgever heb ik in paragraaf 2 al veel gezegd, maar nog niet alles. Tanja heeft, in aan-

vulling op hetgeen ik al aan de orde heb gesteld in deze bijdrage, gewezen op de overweging van de minister in de memorie van toelichting van de Wet stimulering arbeidsparticipatie. Daarin werd door de minister overwogen dat denkbaar is dat gebruik wordt gemaakt van een uitzendovereenkomst met uitzendbeding omdat in dat geval bij ziekte van de werknemer op grond van de cao geen loon hoeft te worden doorbetaald en voor de uitzendkracht aanspraak op ziekgeld bestaat.³⁴ Volgens Tanja volgt hieruit dat de regering in elk geval uitgaat van de toelaatbaarheid van het uitzendbeding bij ziekte. In dat kader wijst hij ook op de omstandigheid dat de cao-bepaling waarin het uitzendbeding bij ziekte is geregeld sinds jaar en dag algemeen verbindend wordt verklaard.³⁵ Tanja heeft hier zeker een punt en ter ondersteuning van Tanja's betoog kan ook worden gewezen op de wetsgeschiedenis bij de wetgevingsoperatie die heeft geleid tot de privatisering van de Ziektewet. Bij de verlenging van de loonbetalingsverplichting naar twee jaar (Wet verlenging loonbetalingsverplichting bij ziekte 2003), werd aan de rechtspositie van de zieke uitzendkracht specifiek aandacht geschonken. Vanwege de verlenging van de loonbetalingsverplichting werd ook de ziektewetuitkering (vangnet) verlengd tot 104 weken. Dat verlengde vangnet ging onder meer gelden voor de zieke uitzendkracht, waarbij de minister opmerkte dat bij de meeste vormen van uitzendwerk het contract van rechtswege vervalt bij ziekte en het UWV verantwoordelijk wordt voor de verzuimbegeleiding en re-integratie.³⁶

Hoewel de regering zich op verschillende momenten heeft uitgesproken voor de toelaatbaarheid van het uitzendbeding bij ziekte, blijven de bedenkingen die ik in paragraaf 2 reeds heb besproken met betrekking tot de opmerkingen in de wetsgeschiedenis onverminderd van kracht.

3.4 Gevolgen en praktijk

Tanja heeft opgemerkt dat het in de huidige praktijk lood om oud ijzer is voor uitzendkrachten of zij bij ziekte aanspraak op loon hebben van de uitzendwerkgever, of recht op ziekgeld van het UWV. In dit verband wijst hij erop dat de uitzend-cao's een loonaanvullingsverplichting bij ziekte kennen. Tanja laat hierbij ten onrechte buiten beschouwing dat een zieke werknemer wat betreft de re-integratie in het algemeen beter af is bij een werkgever dan bij het UWV. Dat was namelijk ook de hele insteek van de privatiseringsoperatie. En geldt dit (het beter af zijn) ook niet juist bij een uitzendwerkgever die er immers toch zijn onderneming van maakt om werknemers aan het werk te helpen? Daarnaast speelt bij ziekte in het kader van artikel 7:629 BW de mate van arbeidsongeschiktheid geen rol, terwijl dat in de Ziektewet na 52 weken wel een rol speelt (art. 19aa ZW). In de Ziektewet geldt namelijk dat na 52 weken een verzekerde niet alleen ongeschikt moet zijn voor het

30. E. Verhulp, 'De uitzendkracht in het Flex(s)t(ri)jdperk', *SR* 1998/11, p. 327.

31. R.H.M. Kroese, 'Het zieke uitzendbeding in de uitzend-cao', *TRA* 2018/57, p. 11 en 12.

32. Noot W.A. Zondag bij Hof Den Haag 4 december 2018, *JAR* 2019/12.

33. M. Tanja, 'Het uitzendbeding bij ziekte', *ArbeidsRecht* 2020/33, par. 3.

34. *Kamerstukken II* 2007/08, 31577, nr. 3, p. 8.

35. M. Tanja, 'Het uitzendbeding bij ziekte', *ArbeidsRecht* 2020/33.

36. *Kamerstukken II* 2003/04, 29231, nr. 3, p. 14.

eigen werk, maar ook minstens 35% arbeidsongeschikt moet zijn waarbij de schatting van de WIA van toepassing is. Deze systematiek kent artikel 7:629 BW niet, waardoor de aanspraak van een zieke uitzendkracht op de Ziektewet eerder kan stoppen dan een aanspraak op artikel 7:629 BW.

4. Een weging van argumenten

In zijn slotbeschouwing wijst Tanja erop dat in de huidige systematiek de uitzendkracht met uitzendbeding beter af is dan de werknemer met een tijdelijk contract wiens arbeidsovereenkomst tijdens ziekte afloopt en die dan terugvalt op alleen een ziektewetuitkering van 70%. ‘Niet bestaande problemen behoeven geen oplossingen’, aldus Tanja.³⁷ Het is misschien mooi gevonden, maar de vergelijking klopt niet. Want geldt voor de uitzendkracht met het tijdelijke contract dan ook niet gewoon de aanvulling uit de uitzend-cao’s? En worden uitzendwerkgevers onder druk van een eventuele verhaalsanctie (art. 39a ZW) niet gedwongen werk te maken van de re-integratie van een zieke uitzendkracht die gewoon in dienst is, waardoor zij in het kader van de re-integratie toch echt beter af zijn dan de uitzendkracht met uitzendbeding die bij ziekte direct in het vangnet kukelt en voor zijn re-integratie is aangewezen op de inspanningen van het UWV? Als inleners en uitzendwerkgevers via de uitzendconstructie kunnen ontkomen aan allerlei re-integratie-inspanningen waaraan ‘reguliere’ werkgevers zich te houden hebben, dan komt de vraag natuurlijk wel op wat daarvan dan precies de rechtvaardiging is. 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?

Het gaat bij de vraag over de toelaatbaarheid van het uitzendbeding bij ziekte uiteindelijk dus in de kern om de rechtvaardiging van het bijzondere arbeidsrechtelijke regime. Als uitzendwerk echt wordt ingezet voor het opvangen van ziek en piek, dan voorziet uitzendwerk in een dringende tijdelijke³⁸ personeelsbehoefte en dan is het fijn dat er uitzendbureaus zijn. Ik kan me dan zelfs ook voorstellen dat voor die dringende en tijdelijke personeelsbehoefte een bijzonder arbeidsrechtelijk regime geldt. Maar als die belangrijke functie van uitzendwerk komt te ontbreken en uitzendwerk wordt gebruikt voor het vervullen van structurele werkzaamheden, dan is er ook geen reden voor gebruikmaking van een bijzonder regime, ook al biedt de wet die mogelijkheid (nog) wel.

Met deze afrondende bespiegelingen kom ik bij de beantwoording van de vraag of het uitzendbeding bij ziekte toelaatbaar is. De ratio van het opzegverbod wijst in de richting van een nee. De opvattingen van de wetgever wijzen in de richting van een ja, maar die opvattingen zijn wel gestoeld op de bijzondere functie van uitzendwerk. Het antwoord lijkt daarmee dus te moeten zijn: nee, tenzij. Gebruik van het uitzendbeding bij ziekte is niet toelaatbaar, tenzij het uitzendwerk voorziet in een tijdelijke en dringende personeelsbehoefte, want alleen in dat geval bestaat voldoende rechtvaardiging voor de inbreuk op het opzegverbod tijdens ziekte. Die inbreuk op het opzegverbod is slechts gerechtvaardigd indien het uitzendwerk een redelijk doel dient en niet verder gaat dan noodzakelijk.

Tot slot verdient opmerking dat ik niet blind ben voor de realiteit. Uitzendwerkgevers die niet het risico willen lopen dat een uitzendbeding bij ziekte mogelijk niet bruikbaar is, zullen (in de eerste 78 weken) hun toevlucht zoeken tot tijdelijke contracten voor hele korte duur. Hopelijk is deze route vanwege premies zo onaantrekkelijk dat deze route eigenlijk geen alternatief is, maar ik ben daar niet gerust op.³⁹ Mijn antwoord op de centrale vraag van deze bijdrage in combinatie met de enigszins teleurstellende slotopmerking onderstreept denk ik een belang van de herziening van het huidige uitzendregime, maar daarover lijkt iedereen het inmiddels wel eens.

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

38. Dat uitzendarbeid tijdelijk moet zijn, wordt ook benadrukt in de Uitzendrichtlijn (Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid) en de rechtspraak van het Hof van Justitie (HvJ 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823).

39. Het is overigens de vraag of deze route Europeesrechtelijk wel toelaatbaar is (Richtlijn 1999/70/EG betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd).