

RECHTSPRAAK

Uitzendgroep WERK! B.V./werkneemster

Toepassing ABU-CAO op uitzendkracht. ABU-CAO gedurende gedeelte looptijd arbeidsovereenkomst algemeen verbindend verklaard. Bepalingen arbeidsovereenkomst wijken van CAO af. Loondoorbetaling bij ziekte (tijdens derde ziektejaar). Toepassing Beenen/Vanduh.

Feiten

Werkneemster is in november 2011 in dienst getreden van Uitzendgroep WERK! B.V. (hierna: Werk) en heeft in dat kader bij derden gewerkt. Werk is geen lid van een werkgeversorganisatie die partij is bij de ABU-CAO. De ABU-CAO is tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst afwisselend wel en niet algemeen verbindend verklaard. In de arbeidsovereenkomst is een ander loonbedrag opgenomen dan in de ABU-CAO. Sinds 17 maart 2014 is werkneemster ziek. De arbeidsovereenkomst tussen partijen is geëindigd per 22 augustus 2017. Werkneemster heeft in eerste aanleg kort gezegd een aantal verklaringen voor recht gevorderd die er in de kern op neerkomen dat werkneemster recht heeft op voldoening van het salaris conform de ABU-CAO, alsmede veroordeling van Werk tot betaling van bedragen als achterstallig loon, toeslagen voor onregelmatige werktijden en overwerk. De kantonrechter heeft de vorderingen toegewezen. Partijen twisten ook in hoger beroep over de vraag of de ABU-CAO van toepassing is gedurende het gehele dienstverband en over de vraag welk loon verschuldigd is.

Oordeel

Periode tot 17 maart 2014

De ABU-CAO was gedurende de periode 1 april 2012 tot 17 september 2013 *niet* algemeen verbindend verklaard. Over de periodes 14 november 2011 tot 1 april 2012 en 17 september 2013 tot 17 maart 2014 dient de ABU-CAO dan ook als grondslag. Voor de periode daar tussenin geldt de arbeidsovereenkomst als basis voor de vraag welk loon werkneemster toekomt. Voor de periodes waarin de ABU-CAO tussen partijen geldt, dient beoordeeld te worden welk salaris uit deze cao voor werkneemster voortvloeit. Partijen twisten in dat verband over de vraag hoe artikel 19 lid 5 sub b van de ABU-CAO, waarin de inlenersbeloning is geregeld, dient te worden uitgelegd en toegepast. Het hof overweegt in dat kader dat uit voornoemd artikel

volgt dat de inlenersbeloning voor werkneemster geldt op het moment dat zij gedurende 26 weken voor één inlener heeft gewerkt. Nu door werkneemster slechts is betwist dat de inlenersbeloning van toepassing is, maar zij niet concreet heeft aangevoerd dat zij minder salaris heeft ontvangen dan waarop zij op grond van de inlenersbeloning recht zou hebben, gaat het hof ervan uit dat het door Werk uitbetaalde salaris (naar zij stelt conform de Horeca-cao) overeenkomt met de inlenersbeloning van artikel 19 lid 5 sub b BW. Dit betekent dat, anders dan werkneemster aanvoert, er geen sprake van is dat de inlenersbeloning pas achteraf is toegepast, zodat er niet is gehandeld in strijd met artikel 22 lid 7 laatste zin van de ABU-CAO. Voor de periodes waarin de ABU-CAO van toepassing was en werkneemster nog niet gedurende 26 weken ten behoeve van één opdrachtgever had gewerkt, heeft zij aanspraak op het loon conform de ABU-CAO. Werk heeft in productie 11 berekend dat werkneemster in dit verband nog aanspraak heeft op € 2.051,67 bruto. Dit bedrag is door werkneemster niet betwist, zodat het hof dit bedrag zal toewijzen. Voor de periode waarvoor de ABU-CAO niet algemeen verbindend was verklaard (1 april 2012 tot 17 september 2013) geldt dat Werk op grond van artikel 8 lid 1 Waadi gehouden was het loon en de vergoedingen te betalen die gelden voor de onderneming waar werkneemster ter beschikking was gesteld. Nu zij, naar hiervoor is overwogen, is uitbetaald conform de Horeca-cao heeft werkneemster geen loon over deze periode te vorderen.

Periode vanaf 17 maart 2014

Ten tijde van de ziekmelding op 17 maart 2014 was de ABU-CAO algemeen verbindend verklaard. Daarmee staat vast dat werkneemster op grond van deze cao aanspraak verkreeg op doorbetaling van het salaris conform artikel 33 van de ABU-CAO. Het aldus verkregen recht wordt niet aangetast doordat in de loop van het tijdvak waarvoor de doorbetalingsverplichting geldt de cao ophoudt algemeen verbindend te zijn (HR 28 januari 1994, NJ 1994, 240 (Beenen/Vanduh)). Werkneemster heeft dus gedurende het eerste ziektejaar recht op uitbetaling van 91% en gedurende het tweede ziekte jaar recht op 80% van het geldende loon. Wat betreft het derde ziektejaar, waarvoor het UWV aan Werk een loonsanctie heeft opgelegd, oordeelt het hof dat Werk op grond van artikel 7:629 BW gehouden is om 70% van het geldende loon door te betalen. Partijen verschillen van inzicht over de vraag op basis van welk salaris de loonvordering tijdens de ziekteperiode berekend dient te worden. De ABU-CAO geeft geen definitie van het begrip 'geldend loon'. Conform de arbeidsovereenkomst geldt als uitgangspunt dat wordt aangesloten bij de gemiddelde arbeidsomvang in de drie direct voorafgaande maanden van de arbeidsongeschiktheid. Gezien de gemiddelden acht het hof de arbeidsomvang van 45,56 in de periode van drie maanden voorafgaande aan 17 maart 2014 niet representatief en oordeelt het hof het redelijk om voor de berekening van de loonvordering tijdens ziekte uit te gaan van het door Werk gehanteerde aantal van 41,5 uur per week.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:8568

Zaaknummer: 200.216.569

Rechters: I.A. Katz-Soeterboek, A.E.F. Hillen en R.S. de Vries

Advocaten: J. van der Voet en A.L. van Onna

Wetsartikelen: 7:629 BW en 19 ABU-CAO