

# Moeilijker handhaving van op sociale dialoog gebaseerde regulering?

De Raamovereenkomst arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en het *Kücük*-arrest

Prof. mr. F.J.L. Pennings\*

Het *Kücük*-arrest betreft een griffieassistent die in elf jaar dertien arbeidscontracten voor bepaalde tijd heeft gekregen en toen nog niet in vaste dienst werd genomen. De Raamovereenkomst voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (gebaseerd op art. 139 lid 2 EG-Verdrag, nu art. 155 lid 2 VWEU) beoogt misbruik van dit type contracten tegen te gaan. Welke consequenties vindt het Hof van Justitie dat de Raamovereenkomst in deze zaak moet hebben?

*Hof EU 26 januari 2012, zaak C-586/10, Bianca Kücük/Land Nordrhein-Westfalen, n.n.g. De advocaat-generaal heeft ervan afgezien een conclusie in deze zaak in te dienen.*

## De Raamovereenkomst arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd

In het arbeidsrecht wordt de overeenkomst voor bepaalde tijd als uitzondering beschouwd op de algemene rechtsfiguur die gebruikt wordt om arbeidsrelaties te regelen: de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.<sup>1</sup> De overeenkomst voor onbepaalde tijd geeft immers meer bescherming dan de overeenkomst voor bepaalde tijd; de laatste loopt van rechtswege af, terwijl bij de overeenkomst voor onbepaalde tijd ontslagbescherming geldt. Bovendien zijn er soms voordelen verbonden aan een overeenkomst voor onbepaalde tijd, zoals opname in een pensioenfonds en faciliteiten voor scholing en ander verlof. De laatste jaren wordt evenwel juist van de overeenkomst voor bepaalde tijd veel gebruik gemaakt, aan-

gezien de genoemde nadelen voor de werknemer weer voordelen kunnen zijn voor de werkgever. Of anders geformuleerd: de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt vaak gebruikt om tegemoet te komen aan de behoefte aan flexibiliteit van de werkgever en is goedkoper.

In termen van sociale politiek wordt de laatste jaren steeds sterker onderkend, dat als men meer ruimte wil geven voor flexibiliteit, de positie van de 'flexwerkers' (waaronder bepaaldetijdcontractanten) verbeterd moet worden. Ook de Europese Werkgelegenheidsstrategie beschouwt een soepel werkende en flexibele arbeidsmarkt als essentieel. Verbetering van de positie van de flexibele arbeidskrachten staat daarom al enige tijd op de EU-agenda.<sup>2</sup>

Voor regelgeving op dit terrein werd met name gebruik gemaakt van de bevoegdheden die zijn opgenomen in artikel 139 lid 2 EG-Verdrag, nu artikel 155 lid 2 VWEU, hetgeen een zeer bijzondere manier is om tot EU-regelgeving te komen. Artikel 154 VWEU bepaalt namelijk dat om de sociale partners op EU-niveau bij het sociale beleid te betrekken, de Commissie, alvorens voorstellen op het gebied van de sociale politiek in te dienen, de sociale partners raadpleegt over de mogelijke richting van een optreden van de Unie. De sociale partners kunnen de Commissie vervolgens in kennis stellen van hun wens om het in artikel 155 VWEU (art. 139 EG-Verdrag oud) bedoelde proces in te leiden.

Artikel 155 VWEU bepaalt dat de dialoog tussen de sociale partners op het niveau van de Unie, indien de sociale partners zulks wensen, kan leiden tot contractuele betrekkingen, met inbegrip van overeenkomsten. Deze kunnen ook tot bindend EU-recht worden als het gaat om de onderwerpen van sociale politiek die vermeld zijn in artikel 153 VWEU. De sociale partners kunnen dan de Europese Commissie namelijk verzoeken een instrument voor te stellen, bijvoorbeeld een concep-

257

\* Prof. mr. F.J.L. Pennings is werkzaam als hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Utrecht. <[www.franspennings.org](http://www.franspennings.org)>.

1. Zie ook C. Vignieu e.a., *Fixed-term work in the eu*, Stockholm 1999.

2. Zie bijv. <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=102&langId=en>>.

trichtlijn, om de overeenkomst om te zetten in bindend EU-recht. De Raad beslist over dit voorstel, het Europees Parlement wordt hiervan in kennis gesteld.

Dit is derhalve een zeer speciale wijze van regulering, aangezien deze een bijzondere ruimte geeft aan niet-publieke instanties, en daarnaast de medewetgever, het Europees Parlement, op een zijspoor zet.<sup>3</sup> Overigens werd het instrument tot dusver alleen maar aangewend voor flexibele overeenkomsten,<sup>4</sup> en is het al weer zo'n dertien jaar geleden dat de laatste overeenkomst via deze procedure gesloten is.<sup>5</sup>

In 1999 hebben de Europese sociale partners een *Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd* gesloten, en deze is vervolgens, conform de mogelijkheid van artikel 139 lid 2 EG-Verdrag, door Richtlijn 1999/70/EG (hierna: de Richtlijn) omgezet in bindende regelgeving.<sup>6</sup> De Richtlijn bepaalt dat de lidstaten de Raamovereenkomst moeten implementeren, die als bijlage bij de Richtlijn is opgenomen. Inhoudelijke bepalingen staan alleen in de overeenkomst en deze zijn als gevolg van de Richtlijn dus bindend voor de lidstaten.

De Raamovereenkomst gaat, gelet op het belang van adequate bescherming van werknemers, uit van het uitzonderingskarakter van de overeenkomst voor bepaalde tijd. Aangezien de Raamovereenkomst gebaseerd is op onderhandelingen van sociale partners die, gelet op de aard van het onderwerp en het niveau van de onderhandelingen, niet veel druk op elkaar konden uitoefenen, is de uitwerking van dit uitgangspunt evenwel beperkt. Zo geldt geen voorwaarde voor het aangaan van een eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Wel beoogt de Raamovereenkomst misbruik te voorkomen dat zich kan voordoen als arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd steeds maar weer worden aangeboden aan dezelfde werknemer.

Clausule 5 van de Raamovereenkomst bepaalt dat ten-einde misbruik als bedoeld te voorkomen, de lidstaten een of meer van de volgende maatregelen invoeren:

a. ze kunnen objectieve redenen vaststellen die een vernieuwing van dergelijke overeenkomsten of verhoudingen rechtvaardigen;

3. Zie voor een grondige analyse, A. Veldman, 'The Quasi-legislative Powers of the European Social Dialogue: Imperfect Delegation of Power or Ambivalent Recognition of Contractual Autonomy?', in: L. Besselink, F. Pennings en S. Prechal, *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 187 e.v.

4. Evenzo kwam er een Raamovereenkomst inzake deeltijd tot stand, neergelegd in Richtlijn 97/81/EG betreffende deeltijdwerk, *Pb. EG* 1998, L 14/9. Onderhandelingen over uitzendwerk mislukten, de Commissie kwam toen zelf met een voorstel voor de Uitzendrichtlijn, die inmiddels aangenomen is (Richtlijn 2008/104/EG, *Pb. EU* 2008, L 327/9).

5. Wel zijn er nog een aantal vrijwillige procedures gesloten, die niet omgezet zijn via een richtlijn.

6. Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, gesloten op 18 maart 1999, opgenomen in de bijlage bij Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *Pb. EG* 1999, L 175/43.

b. ze kunnen de maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd vaststellen;

c. ze kunnen het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten of verhoudingen mogen worden vernieuwd vaststellen.

De lidstaten hebben dus de keuze uit deze mogelijkheden.

## Eerdere jurisprudentie van het Hof van Justitie

### Het arrest Adeneler

Een eerste arrest over de Raamovereenkomst was het arrest *Adeneler*.<sup>7</sup> Inzet van het geschil was een Griekse regeling, die regelde dat er met name een objectieve reden (de methode derhalve van clausule 5a van de Raamovereenkomst) bestaat wanneer de sluiting van een overeenkomst voor bepaalde tijd wordt opgelegd door een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling. Tenzij de werknemer het tegendeel bewijst, wordt aangenomen dat een objectieve reden bestaat in de sectoren die zich daartoe lenen wegens de aard ervan of het werk dat erin wordt verricht.

Het Hof van Justitie overwoog dat het begrip *objectieve redenen* aldus moet worden opgevat dat het ziet op precieze en concrete omstandigheden welke een bepaalde activiteit kenmerken, zodat zij kunnen rechtvaardigen dat in die bijzondere context gebruik wordt gemaakt van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Die omstandigheden kunnen met name voortvloeien uit de bijzondere aard van de taken waarvoor dergelijke overeenkomsten zijn gesloten en uit de inherente kenmerken ervan, of het nastreven van een rechtmatige doelstelling van sociaal beleid van een lidstaat. Een nationaal voorschrift, dat zich ertoe zou beperken via een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling in het algemeen en op abstracte wijze de mogelijkheid te creëren gebruik te maken van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, zou niet voldoen aan de vereisten.

## De Küçük-casus

### De casus

Bianca Küçük was van 2 juli 1996 tot en met 31 december 2007 in dienst bij het Land Nordrhein-Westfalen op grond van in totaal dertien arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Zij werkte als griffieassistente bij de dienst civiele zaken van het Amtsgericht Köln.

De overeenkomsten voor bepaalde tijd werden steeds gesloten ter vervanging van vaste griffieassistenten die

7. HvJ EG 4 juli 2006, zaak C-212/04, *Adeneler*, *Jur.* 2006, p. I-6057. Zie ook het *Angelidaki*-arrest, HvJ EG 23 april 2009, zaak C-387/07, *Jur.* 2009, p. I-3071.

met tijdelijk verlof waren. Zij werkte dus bij het ambtenarengerecht als permanente invaller. Op 18 januari 2008 wendde ze zich tot het arbeidsgerecht met de vordering dat haar laatste overeenkomst er een voor onbepaalde tijd had moeten zijn.

### De rechtsvraag

In het Duitse recht, dat van toepassing was op de casus, wordt een objectieve reden verlangd voor verlenging, mogelijkheid (a) uit clause 5 van de Raamovereenkomst derhalve. Küçük stelde dat bij in totaal dertien opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in een ononderbroken tijdvak van elf jaar, niet kan worden gesproken van een tijdelijke behoefte aan vervangend personeel.

De verwijzende rechter had uiteengezet dat het gebruik van een overeenkomst voor bepaalde tijd wanneer een werknemer wordt vervangen, naar Duits recht gerechtvaardigd wordt door het feit dat de werkgever reeds een rechtsbetrekking heeft met de werknemer die zijn taken tijdelijk niet kan verrichten en op de terugkeer van deze werknemer rekent. Die rechtvaardiging houdt in dat de werkgever voorziet dat de behoefte aan vervangend personeel ophoudt zodra de vervangen werknemer terugkeert. De vraag is derhalve of er grenzen zijn aan de mogelijkheid om behoefte aan vervangend personeel aan te voeren als objectieve reden in de zin van de Raamovereenkomst. Bestaat de objectieve reden ook wanneer er een permanente behoefte aan vervangend personeel bestaat, ofschoon de behoefte aan vervangend personeel ook kan worden opgevangen door de betrokken werknemer voor onbepaalde tijd in dienst te nemen?<sup>8</sup>

## Het Küçük-arrest

### Permanente behoefte aan vervanging en de objectieve reden

Het Hof van Justitie plaatst het begrip objectieve redenen, evenals in het *Adeneler*-arrest, in de context van de doelstelling om misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te voorkomen. Dit verlangt de formulering van precieze en concrete omstandigheden welke een bepaalde activiteit kenmerken. Een bepaling zoals de Duitse, op basis waarvan overeenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden vernieuwd ter vervanging van andere werk-

nemers die tijdelijk hun taken niet kunnen verrichten, is op zich niet in strijd met de Raamovereenkomst.

In een administratie die over een aanzienlijk personeelsbestand beschikt, zoals de deelstaat, komt het immers onvermijdelijk vaak voor dat personeel tijdelijk moet worden vervangen, met name omdat werknemers met ziekteverlof, moederschapsverlof, ouderschapsverlof of andere soorten verlof gaan en dus onbeschikbaar zijn, aldus het Hof van Justitie (r.o. 31).

In die omstandigheden kan de tijdelijke vervanging van werknemers een objectieve reden in de zin van clause 5, punt 1, sub a, van de Raamovereenkomst vormen, mits de vereisten van de Raamovereenkomst worden nageleefd. Dit geldt te meer wanneer de nationale regeling die de tijdelijke vervanging regelt rechtmatige doelstellingen van sociaal beleid nastreeft (zoals zwangerschaps- en ouderschapsverlof).

Ook al is er een objectieve reden, dan nog moeten de bevoegde instanties erop toezien dat de concrete toepassing ervan, gelet op de bijzondere kenmerken van de betrokken activiteit en de voorwaarden voor de uitoefening ervan, overeenstemt met de vereisten van de Raamovereenkomst. Hiervoor moeten, volgens het Hof van Justitie, objectieve en transparante criteria bestaan of de vernieuwing van dergelijke overeenkomsten beantwoordt aan een werkelijke behoefte, geschikt is om de nagestreefde doelstelling te bereiken, en daartoe noodzakelijk is (r.o. 34).

Het Hof van Justitie formuleert hier derhalve een aantal criteria voor een objectieve rechtvaardigingsgrond. De overeenkomsten werden gegeven voor een tijdelijke behoefte aan personeel, gedefinieerd als vervanging bij zwangerschap, ziekte en verlof. Belangrijker is echter dat ook voor de vernieuwing van de contracten zelf een objectieve rechtvaardigingsgrond gegeven moet worden. Opmerkelijk is dan de overweging dat in een organisatie met een aanzienlijk personeelsbestand het onvermijdelijk vaak voorkomt dat het personeel moet worden vervangen. In die omstandigheden kan de tijdelijke vervanging van werknemers een objectieve rechtvaardigingsgrond zijn, aldus het Hof van Justitie.

Dit is juist natuurlijk, maar ook in kleine organisaties is er behoefte aan vervanging door tijdelijke arbeidskrachten. De verwijzing naar de frequente noodzaak van vervanging in een grote organisatie zou eerder de vraag doen rijzen of de vervanging niet zo vaak nodig is, dat de vervanger (of ten minste een aantal van de vervangers of de vervanger nadat deze ten minste een x aantal dienstjaren heeft gewerkt) vast kan worden aangesteld. Voor het werk waar het hier om gaat – griffiewerk – zou dat goed denkbaar zijn.

De rechter zou dan van de werkgever mogen verwachten dat deze aantoont waarom – na zo'n lange periode van tijdelijke contracten – geen vast contract kan worden aangeboden. Een omgekeerde bewijslast dus, nu er een vermoeden bestaat van een permanente behoefte. Het onderhavige arrest laat het echter volledig aan de nationale rechter om een toets uit te werken.

8. De vraag luidde: '1) Is het in strijd met clause 5, punt 1, van de raamovereenkomst [...], die is opgenomen in de bijlage bij richtlijn 1999/70 [...], wanneer een nationale bepaling als § 14, lid 1, punt 3, [TzBfG], volgens welke de omstandigheid dat een werknemer ter vervanging van een andere werknemer in dienst wordt genomen, een objectieve reden is om de duur van een arbeidsovereenkomst herhaaldelijk te beperken, aldus wordt uitgelegd en toegepast dat de objectieve reden ook bestaat wanneer er een permanente behoefte aan [vervangend personeel] bestaat, hoewel de behoefte aan [vervangend personeel] ook kan worden opgevangen door de betrokken werknemer voor onbepaalde tijd in dienst te nemen en hem met de betreffende vervanging van een van de regelmatig afwezige werknemers te belasten, maar de werkgever zich het recht voorbehoudt, steeds opnieuw te beslissen hoe hij op de concrete afwezigheid van werknemers reageert?'

### Duidt de herhaalde verlenging op misbruik?

De Europese Commissie had aangevoerd dat de herhaalde verlenging, het sluiten van talrijke opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, alsmede de duur van het tijdvak waarin de betrokken werknemer in dienst is geweest, op misbruik in de zin van de Raamovereenkomst wijzen. De van de betrokken werknemer vereiste prestatie is dan geen louter tijdelijke behoefte.

Het Hof van Justitie antwoordde hierop dat vernieuwing van arbeidsovereenkomsten om te voorzien in behoeften die permanent en blijvend<sup>9</sup> zijn, niet gerechtvaardigd is in de zin van de Raamovereenkomst. De enkele omstandigheid dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn gesloten om in een permanente behoefte van de werkgever aan vervangend personeel te voorzien, kan echter op zich niet volstaan om uit te sluiten dat elk van deze overeenkomsten afzonderlijk beschouwd is gesloten met het oog op een tijdelijke vervanging. De behoefte aan vervangend personeel blijft immers tijdelijk, aangezien de vervangen werknemer geacht wordt zijn activiteit na zijn verlof, dat de reden is waarom hij zijn taken tijdelijk niet zelf kan verrichten, weer op te nemen (r.o. 38).

Dat lijkt me niet de juiste redenering. Van belang is immers niet dat de vervangen werknemer terugkeert (dat is de vraag naar de tijdelijkheid van de behoefte). Het ging nu echter juist om de vraag of de behoefte permanent is. Met andere woorden, kan de vervanger steeds ingezet worden om iemand te vervangen? Daarbij kunnen zich natuurlijk problemen voordoen met betrekking tot de planning (sluiten de vervangingsperiodes mooi op elkaar aan?) en inhoudelijk (kan de vervanger steeds de taken verrichten die verlangd worden?). Het is binnen een grote organisatie echter heel goed denkbaar dat er een pool gevormd kan worden van vervangers voor dit type werk (griffieassistent), die gedeeltelijk uit vaste contracten (voor hen die dit werk al lang doen) en gedeeltelijk uit tijdelijke contracten (de nieuwkomers) kan bestaan, waardoor flexibiliteit mogelijk blijft. Deze aspecten komen in het arrest ten onrechte niet aan de orde.

Het Hof van Justitie had de nationale rechter kunnen antwoorden dat in dit geval de werkgever moet aantonen dat een alternatief met vaste contracten niet haalbaar is. Het Hof van Justitie volgt die benadering echter in het geheel niet.

### De criteria voor de toets of er sprake is van misbruik

Het Hof van Justitie vervolgt door te overwegen dat alle instanties van de betrokken lidstaat in concreto moeten nagaan of een bepaling niet in werkelijkheid wordt gebruikt om te voorzien in permanente en blijvende personeelsbehoeften van de werkgever. Het staat aan die instanties om in elk concreet geval alle omstandigheden van de zaak te onderzoeken, met name rekening houdend met het aantal opeenvolgende overeenkomsten dat met eenzelfde persoon of voor het verrichten van een-

zelfde werk is gesloten, om uit te sluiten dat de werkgevers misbruik maken van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd, zelfs indien deze overduidelijk worden gesloten om in een behoefte aan vervangend personeel te voorzien. Het aantal en de duur van opeenvolgende overeenkomsten die in het verleden met dezelfde werkgever zijn gesloten kunnen relevant blijken in het kader van dat globale onderzoek (r.o. 40).

Ofschoon deze opdracht aan de nationale rechter weinig gespecificeerd lijkt, is dit wellicht toch het gedeelte waar de Duitse rechter het meest aan heeft. Duitsland en het Bundesarbeitsgericht hadden zich namelijk op het standpunt gesteld dat nu Duitsland gekozen had voor methode (a) van artikel 5, methoden (b) en (c) – de duur van de keten of het aantal malen van de vernieuwing – daarom niet van belang waren. Het Hof van Justitie zegt nu expliciet dat de duur en het aantal malen van de vernieuwing wél meegenomen moeten worden. Dat zou kunnen betekenen dat de Duitse rechter toch tot het oordeel kan komen dat *in casu* sprake is van misbruik. Welk gewicht de duur van de overeenkomsten en het aantal malen van vernieuwing moeten hebben, blijft echter nog open.

Meer in het algemeen geldt dus dat bij de beoordeling of er sprake is van misbruik de criteria van alle drie de methoden van artikel 5 een rol kunnen spelen.

### Als behoefte door een vaste kracht kan worden opgevangen, is er dan een objectieve reden?

De Duitse rechter had ook gevraagd of het feit dat de behoefte aan vervangend personeel in werkelijkheid permanent of terugkerend is en dat de werkgever die behoefte ook kan opvangen door een werknemer voor onbepaalde tijd in dienst te nemen, niet uitsluit dat een behoefte aan vervangend personeel een objectieve reden in de zin van clause 5, punt 1, sub a, van de Raamovereenkomst vormt.

Het Hof van Justitie wil hier echter niet aan. Het herinnert eraan dat volgens punt 10 van de algemene overwegingen van de Raamovereenkomst het aan de lidstaten en de sociale partners is overgelaten om de wijze van toepassing van de daarin vermelde beginselen en normen vast te stellen en om ervoor te zorgen dat deze in overeenstemming zijn met het nationale recht (r.o. 47).

Het bestaan van een objectieve reden in de zin van de Raamovereenkomst sluit in beginsel uit dat er sprake is van misbruik, behoudens wanneer uit een globaal onderzoek van de omstandigheden van de vernieuwing van de betrokken arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd blijkt dat de van de werknemer vereiste prestaties niet beantwoorden aan een louter tijdelijke behoefte (r.o. 51).

De enkele omstandigheid dat een behoefte aan vervangend personeel kan worden opgevangen door gebruik te maken van overeenkomsten voor onbepaalde tijd, betekent niet dat een werkgever die beslist gebruik te maken van overeenkomsten voor bepaalde tijd zich schuldig maakt aan misbruik, zelfs niet indien deze tekorten

9. Het Hof houdt dit pleonasme consequent vol.

steeds terugkeren of permanent zijn, aldus het Hof van Justitie (r.o. 56).

Het is teleurstellend dat het Hof van Justitie niet wat meer zegt over de toets die gehanteerd moet worden. In menig arrest stelt het immers zeer zware eisen aan het bestaan van een objectieve rechtvaardigingsgrond, terwijl hier erg onduidelijk blijft welke maatstaven gehanteerd moeten worden.

Het is begrijpelijk dat het Hof van Justitie geen automatische aanname van misbruik aanneemt als de behoefte aan vervangend personeel kan worden opgevangen door overeenkomsten voor onbepaalde tijd, maar het Hof maakt zich er nu wel erg gemakkelijk van af. Als inderdaad de behoefte kan worden opgevangen door contracten voor bepaalde tijd zijn er wel heel duidelijke aanwijzingen dat er een (te) royaal gebruik wordt gemaakt van de contracten voor bepaalde tijd. Het zou dan voor de hand liggen de werkgever de bewijslast te geven om aan te tonen waarom het voor hem onmogelijk is de organisatie zo in te richten dat betrokkene een contract voor onbepaalde tijd krijgt.

Conclusie: het Hof van Justitie noemt vooral redenen die *niet* automatisch moeten leiden tot de aanname van misbruik. De nationale rechter moet volgens het Hof van Justitie naar alle omstandigheden van het geval kijken, maar welke rol die moeten spelen is onduidelijk. Wel noemt het Hof van Justitie onder die omstandigheden het aantal en de totale duur van de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die in het verleden met dezelfde werkgever zijn gesloten. Dat laatste is wel een verduidelijking, aangezien dit niet met zoveel woorden in de Raamovereenkomst staat. De Duitse rechter zou daarom kunnen besluiten dat in dit geval wel sprake is van misbruik, nu hij deze factoren mee moet nemen. De feiten in deze zaak zijn zodanig dat er alle aanleiding is om zo te beslissen. Uit de commentaren op het arrest en de krantenberichten tot dusverre is die conclusie echter nog niet getrokken.<sup>10</sup> De uitspraak van de Duitse rechter is nog niet bekend.

## Nederland

Heeft dit arrest consequenties voor Nederland?<sup>11</sup> Aangezien het Hof van Justitie zo soepel is in zijn benadering zou men op grond daarvan al geneigd zijn te denken van niet. Bovendien heeft de Nederlandse wetgever geen gebruik gemaakt van een stelsel met objectieve gronden, maar van de andere mogelijkheden van artikel 5, en wel een mengvorm van (b) en (c): vaststelling van het aantal malen dat overeenkomsten mogen worden vernieuwd en vaststelling van de maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Dit is neergelegd in artikel 7:668a BW. Enerzijds geldt dat de totale keten niet langer dan 36 maanden mag duren (tenzij de onderbreking langer is dan

drie maanden), anders geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd (het duurcriterium). Anderzijds geldt dat bij meer dan drie voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten de laatste arbeidsovereenkomst geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd (het verlengingscriterium). Lid 5 bepaalt dat van beide methoden slechts bij collectieve arbeidsovereenkomst ten nadele van de werknemer mag worden afgeweken. Belangrijk is nu de afwijking die dit lid toestaat.<sup>12</sup> Deze afwijkingsmogelijkheid bij cao is gegeven om rekening te kunnen houden met de specifieke kenmerken en behoeften van een bepaalde bedrijfstak of onderneming. Deze afwijking is evenwel niet verder gereguleerd.

Het moge duidelijk zijn dat als afwijking bij cao zonder enig nader criterium (genoemd in art. 5 van de Raamovereenkomst) is toegestaan, Nederland in feite geen enkele methode hanteert van de in artikel 5 van de Raamovereenkomst genoemde. In verband met de ongeclausuleerde afwijkingsmogelijkheid van artikel 7:668a lid 5 BW kan men zeggen dat Nederland niet aan de richtlijn voldoet.

Uit het *Adeneler*-arrest, in het *Kücük*-arrest herhaald, blijkt immers dat de criteria voor vernieuwing van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in de wettelijke regeling zelf moeten staan. De regering kan voor deze taak dus niet verwijzen naar de criteria die in de cao worden opgenomen.

Uit een onderzoek van een aantal jaren geleden blijkt overigens dat in 2006 in een aantal cao's de ketenbepaling geheel buiten werking was gesteld.<sup>13</sup> Er is geen recent onderzoek bekend. In 2006 was er derhalve duidelijk strijd met de richtlijn, zodat dit geen theoretische discussie is.

Het Hof van Justitie heeft duidelijk gemaakt dat als er geen transparante en scherpe criteria voor de vernieuwing zijn, dat dan niet voldaan is aan de richtlijn.

Dat betekent dat in lid 5 van artikel 7:668a BW de criteria moeten worden neergelegd die afwijking toestaan. Dat zou kunnen door een maximumtermijn te verbinden aan de verlenging als gebruik wordt gemaakt van de afwijkingsmogelijkheid. Het zou ook kunnen door te bepalen dat verlenging mogelijk is in bepaalde omstandigheden (bijvoorbeeld uitzendwerk, of vervanging wegens ziekte of moederschap).

### Het wetsontwerp Ontslagrecht van Koşer Kaya

In het voorontwerp Wijzing ontslagrecht, ingediend door het D66 Kamerlid Koşer Kaya, is een wijziging voorgesteld op artikel 7:668a lid 5 BW. Bij cao kan tot ten hoogste 36 maanden en tot drie voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten worden afgeweken (de wettelijke mogelijkheden zelf zijn verkort, zodat de voorgestelde wijziging van lid 5 een verlenging zou bete-

10. Zie de literatuur in de volgende twee noten.

11. Zie ook D.J.B. de Wolff, 'Hoe permanent mag tijdelijk zijn?', *Tijdschrift recht en arbeid* 2012, nr. 36.

12. Aldus ook E. Knipschild, noot bij het *Kücük*-arrest in *JAR* 2012/76 en S.S.M. Peters, '11 jaar en 13 bepaalde tijdcontracten verder... en nog steeds een tijdelijke arbeidsrelatie', *Tijdschrift recht en arbeid* 2012, nr. 51.

13. W. Smits en A. van den Ameel, *De Wet flexibiliteit en zekerheid*, Den Haag: Ministerie SZW 2007, p. 8.

kenen). Hier werd dus een plafond gesteld voor verlengsmogelijkheden.<sup>14</sup>

In het later ingediende wetsontwerp<sup>15</sup> is dit onderdeel echter geheel verdwenen. De wijzing van lid 5 komt dus niet meer voor.<sup>16</sup>

Ter toelichting op het verdwijnen van de bepaling die de afwijking bij cao beperkt, schrijft de memorie van toelichting<sup>17</sup> dat de Algemene Bond uitzendondernemingen had opgemerkt dat de bepaling onduidelijk was over de toepassing op uitzendwerk. Uitzendovereenkomsten kunnen immers heel vaak gewijzigd worden, zodat men snel aan het eind van de keten is.<sup>18</sup> Op p. 25 van de memorie van toelichting schrijft de indiensterner dat het punt niet meer speelt, nu het voorstel van wet, anders dan het voorontwerp, geen beperking bevat in de mogelijkheid bij cao af te wijken. Het wetsvoorstel neemt daarbij tot uitgangspunt dat marktpartijen met deze ruimte prudent omgaan.

Waar dit uitgangspunt op gebaseerd is, is onduidelijk. Uit het eerder genoemde onderzoek<sup>19</sup> mag toch juist twijfel over de prudentie volgen. Een gemiste kans derhalve.

Opmerkelijk is dat noch bij het opnemen van de bepaling over de afwijking in het voorontwerp, noch bij het schrappen ervan enige opmerking is gemaakt over het EU-recht. Kennelijk is dit toch nog een ‘ver van mijn bed’-show.

Het *Küçük*-arrest heeft in ieder geval wel bevestigd dat een lidstaat een combinatie van de instrumenten van artikel 5 van de Raamovereenkomst mag hanteren. Het lijkt erop dat een combinatie van deze mogelijkheden het meest geschikt is om artikel 7:668a lid 5 BW beter vorm te geven. Zo zouden in dit artikel of in een hierop gebaseerde regeling objectieve gronden genoemd kunnen worden wanneer verlenging bij cao mogelijk is, bij voorkeur ook met opname van een maximumtermijn voor de totale duur dat men op een tijdelijke overeenkomst werkt.

14. Voorstel van wet van het lid Koşer Kaya tot wijziging van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, het Burgerlijk Wetboek, de Wet melding collectief ontslag en de Faillissementswet met als doel een rechtvaardig niveau van rechtsbescherming bij ontslag, 1 juli 2011. <[http://site.d66.nl/d66nl/document/voorontwerp\\_van\\_een\\_voorstel\\_van/f=virdjcl324c.pdf](http://site.d66.nl/d66nl/document/voorontwerp_van_een_voorstel_van/f=virdjcl324c.pdf)>.

15. *Kamerstukken II* 2011/12, nr. 33 075, nr. 2.

16. De beperking van de wettelijke mogelijkheden zal waarschijnlijk leiden tot een nog groter gebruik van de afwijkingmogelijkheden bij cao, dus het is de vraag of de voorgestelde bepaling niet juist een averechts effect zou hebben.

17. *Kamerstukken II* 2011/12, nr. 33 075, nr. 3, p. 24.

18. Overigens zondert het huidige art. 7:691 BW de uitzendovereenkomst gedurende 26 weken van toepassing van art. 7:668a BW uit. Het gaat dus enkel over de afwijkingmogelijkheid na deze periode. Het wetsvoorstel was hierover onduidelijk. Het luidde dat aan artikel 7:691 lid 7 BW wordt toegevoegd: bij de toepassing van dit artikellid blijft artikel 668a, lid 5, buiten toepassing. Artikel 7 luidt dat van de termijnen bedoeld in de leden 1 (...) slechts bij cao ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken. Als art. 668, lid 5 nieuw buiten toepassing blijft, zou dat betekenen dat de beperking van dit artikel niet geldt, en dat er dus weer onbeperkte uitbreiding mogelijk is. Het is wel wat onhandig opgeschreven.

19. W. Smits en A. van den Ameele, *De Wet flexibiliteit en zekerheid*, Den Haag: ministerie SZW 2007, p. 8.

## Conclusie

Een conclusie van de advocaat-generaal ontbreekt bij het arrest, wellicht was het Hof van Justitie daardoor wat onthand. In ieder geval is het een wat onbevredigend arrest.<sup>20</sup> De casus was immers nogal extreem, namelijk elf jaar op dertien tijdelijke contracten. Dat het Hof van Justitie geen automatische overgangen naar overeenkomsten voor bepaalde tijd wil en dat ook een automatische aanname dat er in dit geval geen objectieve reden is, wordt afgewezen, valt te billijken. Op zijn minst had de nationale rechter echter wel als richtsnoer kunnen krijgen dat de werkgever in deze zaak, een grote deelstaat, en zelfs het gerechtelijk apparaat daarvan, de zware bewijslast moet krijgen om aan te tonen dat het onmogelijk was, gelet op de organisatie en gelet op de aard van de werkzaamheden, om een contract voor onbepaalde tijd te geven. Met dit arrest wordt noch veel duidelijkheid geschapen over de Raamovereenkomst zelf, noch wordt de nationale rechter veel geholpen. Wellicht is een belangrijke reden voor de terughoudendheid van het Hof van Justitie het speciale karakter van de Raamovereenkomst, die immers gebaseerd is op onderhandelingen van sociale partners. Vandaar de titel van deze bijdrage.

Zoals bekend zijn onderhandelingen tussen sociale partners op EU-niveau vaak nogal gecompliceerd, aangezien de belangen en tradities erg uiteen kunnen lopen, en er weinig onderhandelingsmacht voor vakbonden is op dit niveau. Terwijl het Hof van Justitie tot dusver in het algemeen de Uniewetgever nog wel eens wil ‘helpen’ door aan vage termen of weinig uitgewerkte bepalingen een krachtige betekenis toe te kennen, vond het dit wellicht ongepast bij dit product van sociale partners. Het beroept zich immers voor de terughoudende interpretatie erop dat een andere uitleg ‘verder zou gaan dan de doelstellingen van de Raamovereenkomst en geen rekening zou houden met de beoordelingsmarge die deze de lidstaten en in voorkomend geval de sociale partners laten’ (r.o. 54).

Of inderdaad het karakter van de overeenkomst, of enkel de tekst ervan de reden is, valt echter moeilijk vast te stellen. M.i. had het karakter van de Raamovereenkomst er niet aan in de weg gestaan dat het Hof van Justitie verder was gegaan, en omkering van de bewijslast aan de werkgever had opgelegd in een aantal situaties die wijzen op een te royaal gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De werkgever moet dan aantonen dat het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd onvermijdelijk is, gelet op de organisatie van zijn bedrijf. Zo’n situatie doet zich voor als de werkgever de behoefte aan vervangers ook kan opvangen door personen met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ook kan men denken aan het gebruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd voor langer dan een bepaalde termijn, bijvoorbeeld vijf jaar. Dat sluit immers perfect aan

20. Ook annotator M.R. Mok, in *NJ* 2012, 165 noemt het een ‘niet zeer bevredigende “je ziet maar”-beslissing’.

bij het doel van de Raamovereenkomst om misbruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd te voorkomen, en de werkgever is nog steeds in staat aan te tonen dat er een objectieve rechtvaardiging bestaat voor het gebruik van overeenkomsten voor bepaalde tijd.

Nu het Hof van Justitie anders heeft besloten ligt het voor de hand dat de (Europese) sociale partners de handschoen oprapen en de regelgeving verfijnen. *Noblesse oblige*, zou men kunnen zeggen. Nu ze de Raamovereenkomst hebben aangenomen, moet deze ook worden ontwikkeld. Als de sociale partners het niet doen, ligt er een taak voor de Europese Commissie om een wijziging van de richtlijn voor te stellen. We betreden dan het door Veldman<sup>21</sup> geanalyseerde (onbekende en gecompliceerde) terrein van wijzigingen van op basis van artikel 153 VWEU aangenomen instrumenten.

21. A. Veldman, 'The Quasi-legislative Powers of the European Social Dialogue: Imperfect Delegation of Power or Ambivalent Recognition of Contractual Autonomy?', in: L. Besselink, F. Pennings en S. Prechal, *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 187 e.v.