

oo-zaak.³ Een bestuursfunctie is in de regel een functie die ten dienste staat van de onderneming. Een bestuurder zal dan ook in de regel niet deelnemen aan de 'productie' van de onderneming, zeker bij een zo grote onderneming als De Volksbank. Dat geldt temeer voor de CFO-rol. Maar, zoals het hof Arnhem-Leeuwarden ook zelf aangeeft, er zijn ook niet bijzonder veel factoren voor 'gezag' van De Volksbank in het onderhavige geval. Het kwartje had dus ook zo maar de andere kant op kunnen vallen.

Of het *Participatieplaats*-arrest ook zo moet worden gelezen dat als een overeenkomst voldoet aan (de elementen van) art. 7:610 lid 1 BW, de rechter deze moet kwalificeren als arbeidsovereenkomst vraag ik me af. De arbeidsovereenkomst staat omschreven in lid 1 van art. 7:610 BW. Lid 2 van art. 7:610 BW onderkent dat er overeenkomsten kunnen bestaan die zowel aan de omschrijving van lid 1 voldoen als aan de omschrijving van een andere bijzondere overeenkomst. En in dat geval zijn zowel de bepalingen voor de arbeidsovereenkomst als die van de andere bijzondere overeenkomst van toepassing. De bepalingen voor de arbeidsovereenkomst gaan wel voor. Het oordeel van het hof Arnhem-Leeuwarden had dus ook kunnen zijn dat de overeenkomst van opdracht die partijen waren aangegaan zodanig is ingekleed en daaraan uitvoering is gegeven dat deze ook voldoet aan de omschrijving van art. 7:610 lid 1 BW, zodat op grond van art. 7:610 lid 2 BW op deze opdrachtovereenkomst met voorrang ook de regels van Boek 7, Titel 10 BW van toepassing zijn.

Conclusie

Eigenlijk gaat deze zaak niet zozeer over de uitleg van de overeenkomst. De contractuele bepalingen van de overeenkomst zijn slechts ten dele en zijdelings van belang in deze zaak. De kern van deze zaak is of de overeenkomst kwalificeert als arbeids- of als opdrachtovereenkomst en dus of de CFO veel of weinig ontslagbescherming toekomt. Maar zonder uitleg geen kwalificatie.

Bij de uitleg van overeenkomsten waar op zijn minst één contractpartij stelt dat er sprake is van een bijzondere overeenkomst dient er na de uitlegfase conform het *Haviltex*-criterium kwalificatie plaats te vinden conform het *Participatieplaats*-arrest. In de uitlegfase dient beoordeeld te worden wat de zuiver taalkundige uitleg tot resultaat heeft, wat de bedoeling was van elke contractpartij bij het aangaan van de overeenkomst en of en in hoeverre de wederpartij de bedoeling van de ander ook redelijkerwijs heeft kunnen begrijpen. Daarna dient gekeken te worden hoe partijen uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst. Als slotstuk van de uitlegfase dient er dan, mijns inziens, een conclusie getrokken te worden. In dit geval had de conclusie volgens mij moeten zijn dat partijen zowel taalkundig als gelet op hun bedoelingen en de kenbaarheid daarvan over en weer en de uitvoering van het overeengekomene een opdrachtovereenkomst waren aangegaan.

Gezag is een indicatie voor het element 'in dienst van', maar moet daar niet mee gelijk gesteld worden. De opdrachtovereenkomst die partijen bedoelden aan te gaan, voldoet ook aan de omschrijving van art. 7:610 lid 1 BW, met name omdat de bestuurder/CFO-functie in zijn algemeenheid en in deze zaak in het bijzonder ten dienste van en ingebed in de onderneming is, zodat aan het element 'in dienst van' is voldaan, hoewel er weinig gezag over de CFO was.

De kwalificatie van de overeenkomst tussen De Volksbank en de CFO door het hof Arnhem-Leeuwarden als arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW is conform het *Participatieplaats*-arrest. Maar het hof Arnhem-Leeuwarden had ook kunnen concluderen dat de opdrachtovereenkomst die partijen bedoelden aan te gaan en waaraan zij uitvoering gaven, ook aan de omschrijving van art. 7:610 lid 1 BW voldoet zodat op grond van art. 7:610 lid 2 BW de CFO ook de bescherming van Boek 7, Titel 10 BW toekwam. Maakt dat veel uit? Misschien niet. Maar het doet meen ik wel meer recht aan de feiten in deze zaak, waarin de CFO wist dat hij een opdrachtovereenkomst aanging of dat in elk geval redelijkerwijs zo had moeten begrijpen.

mr. W.M. Blom
Eversheds Sutherland

122

Uitsluiting opvolgend werkgeverschap in cao niet in strijd met de wet of Richtlijn 1999/70/EG

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
20 juni 2022, nr. 200.305.303, ECLI:NL:GHARL:2022:5128
(mr. Giesen, mr. Van Rossum, mr. Dil)
Noot mr. F.L. Bakker en mr. B. Leeuwestein

Cao NU. Ketenregeling. Afwijking bij cao.

[BW art. 7:668a]

Essentie: De afwijking in de cao Nederlandse Universiteiten op het opvolgend werkgeverschap conform art. 7:668a lid 2 jo. 7:668a lid 6 BW is niet in strijd met de wet. Geen sprake van misbruik van recht.

Samenvatting: Werkneemster is vanaf 2012 op basis van verschillende dienstverbanden werkzaam geweest bij Stichting Alliantie Voeding Gelderse Vallei, Driessen en Randstad. Vanaf 2014 was zij ook mede werkzaam voor Wageningen Universiteit (hierna: WU). De Alliantie is een samenwerkingsverband tussen WU en Ziekenhuis Gelderse Vallei (ZGV). Werkneemster hield zich vanaf 2012 in dienst van ZGV bezig met het opbouwen van een database met behulp van gegevens uit de patiëntendossiers van ZGV ten behoeve van een gezamenlijk onderzoek van WU en ZGV. Vanaf 15 september 2014 is werkneemster een deel van haar tijd gedetacheerd bij WU. Vanaf 15 september 2015 is werkneemster – via Driessen – volledig werkzaam geworden bij WU en is zij onder andere met een promotietraject gestart. Vervolgens is werkneemster op grond van een schriftelijke arbeidsovereenkomst waarin een duur is bepaald van 1 februari 2020 tot 1 april 2021 in dienst getreden van WU. WU heeft voorafgaand aan de totstandkoming van deze overeenkomst gezegd dat er een nieuwe keten zou gaan lopen en dat deze overeenkomst dus zou aflopen op 1 april 2021. Op de arbeidsovereenkomst is de cao Nederlandse Universiteiten van toepassing. WU heeft op 1 januari 2021 aan werkneemster laten weten dat de arbeidsovereenkomst niet zal worden verlengd. Werkneemster is naar de kantonrechter gestapt om voor recht te verklaren dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

3 Parket bij de Hoge Raad 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578.

De kantonrechter heeft dit verzoek toegewezen. WU heeft verzocht de beschikking van de kantonrechter te vernietigen.

De kern van het geschil vormt de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Werkneemster stelt zich op het standpunt dat op grond van art. 7:668a lid 2 BW WU de opvolgend werkgever is van Randstad zodat de arbeidsovereenkomst tussen WU en werkneemster, die is aangegaan voor de periode 1 februari 2020 tot 1 april 2021, is geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het hof is van oordeel dat WU wel een beroep op art. 2.3.11 van de cao NU toekomt. In dit artikel staat opgenomen dat dienstverbanden tussen werknemer en verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn buiten beschouwing worden gelaten. Het hof is van oordeel dat deze bepaling niet in strijd is met de wet. In art. 7:668a lid 6 BW is bepaald dat bij collectieve arbeidsovereenkomst ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken van art. 7:668a lid 2 BW waarin het opvolgend werkgeverschap is geregeld. Deze afwijkingmogelijkheid is volgens de tekst van deze bepaling onbegrensd. Uit de wetsgeschiedenis leidt het hof af dat de wetgever ervoor heeft gekozen om wat betreft de invulling van de afwijkingmogelijkheid het primaat bij de sociale partners te leggen, waarbij de wetgever ervan is uitgegaan dat de sociale partners op een verantwoorde wijze met de afwijkingmogelijkheid zullen omgaan. De cao-onderhandelingen hebben ertoe geleid dat het opvolgend werkgeverschap volledig is uitgesloten. Uit de toelichting op het onderhandelingsakkoord leidt het hof kort gezegd af dat tijdens de onderhandelingen is stilgestaan bij het zo veel mogelijk omzetten van tijdelijke in vaste banen, maar dat er, voor zover noodzakelijk, gewerkt zal worden met een flexibele schil die meebeweegt met de vraag en de bekostiging. Dat er door de sociale partners niet op een verantwoorde wijze met de afwijkingmogelijkheid is omgegaan, blijkt hieruit niet. Het hof ziet onder ogen dat de wijze waarop in de cao uitvoering is gegeven aan de afwijkingmogelijkheid kan schuren met de strekking van Richtlijn 1990/70/EG om misbruik van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd tegen te gaan. Werkneemster bereikt binnen vier jaar de AOW-gerechtigde leeftijd en zij is vanaf 2012 in dienst geweest van ZGV, Driessen/Randstad en WU met het doel te voorkomen dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou ontstaan. Dit betreft het hof in zijn overweging, maar deze omstandigheden rechtvaardigen niet de conclusie dat het beroep van WU op de cao misbruik van recht of handelen in strijd met goed werkgeverschap oplevert, dan wel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De arbeidsovereenkomst die op 1 februari 2020 is aangegaan, is dus een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd doordat opvolgend werkgeverschap in de cao is uitgesloten.

De publiekrechtelijke rechtspersoon Wageningen Universiteit/Wageningen University, gevestigd te Wageningen, verzoekster in hoger beroep, in eerste aanleg: verweerster, tevens verzoekster in het zelfstandig tegenverzoek, hierna: WU, advocaat: mr. C.I. van Gent, tegen [verweerder], wonende te [woonplaats1], verweerder in hoger beroep, in eerste aanleg: verzoekster, verweerster in het zelfstandig tegenverzoek,

hierna: [verweerder], advocaat: mr. R.H.G. Evers.

1. De procedure bij de kantonrechter

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in de beschikking van 18 oktober 2021 van de kantonrechter in de rechtbank Gelderland, locatie Arnhem.

2. De procedure bij het hof

2.1. Het verloop van de procedure is als volgt:

- het beroepschrift (met producties) van 14 januari 2022, ter griffie ontvangen op 17 januari 2022;
- het verweerschrift tevens incidenteel appel alsmede vermeerdering van eis met producties;
- het verweerschrift tegen incidenteel appel en de vermeerdering van eis;
- de producties 11 tot en met 14 van [verweerder];
- de op 18 mei 2022 gehouden mondelinge behandeling, waarbij beide partijen pleitnotities hebben overgelegd en waarvan een proces-verbaal is opgemaakt.

2.2. Na afloop van de mondelinge behandeling heeft het hof beschikking bepaald op 4 juli 2022 of zoveel eerder als mogelijk is.

2.3. WU heeft in hoger beroep verzocht om bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad:

- a. de bestreden beschikking te vernietigen;
- b. voor recht te verklaren dat [verweerder] de functie van promovendus heeft, althans als promovendus in de zin van artikel 2.3.8 cao-NU heeft te gelden;
- c. voor recht te verklaren dat de arbeidsovereenkomst van [verweerder] tot 1 april 2021 er een voor bepaalde tijd was;
- d. een einddatum voor de arbeidsovereenkomst voor [verweerder] te bepalen;
- e. te bepalen dat, als die einddatum voor 1 april 2022 is gelegen dat de opvolgende arbeidsovereenkomst van [verweerder] er een is voor bepaalde tijd tot 1 april 2022 voor 0,7 fte, die van rechtswege eindigt op 31 maart 2022;
- f. met veroordeling van [verweerder] in de kosten van beide instanties.

2.4. [verweerder] heeft in incidenteel hoger beroep verzocht om bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad:

- primair:* WU niet-ontvankelijk te verklaren in haar appel dan wel het te verwerpen met veroordeling van WU in de kosten van de procedure;
- subsidiar:* voor het geval het hof de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst mocht beëindigen:
- a. bij het bepalen van de einddatum rekening te houden met de opzegtermijn van WU;
 - b. WU te veroordelen tot betaling aan [verweerder] van de wettelijk verschuldigde transitievergoeding, vermeerderd met de wettelijke rente indien betaling niet binnen een maand na einde dienstverband heeft plaatsgevonden;
 - c. WU te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding van € 100.000,- bruto althans een door het hof in goede justitie te bepalen billijke vergoeding;
 - d. WU te veroordelen in de kosten van deze procedure, een bedrag aan salaris van de advocaat daaronder begrepen;
 - e. WU te veroordelen om binnen een maand na einde dienstverband aan [verweerder] een schriftelijke en deugdelijke bruto/netto specificatie te verstrekken betreffende de betaling van de voorgaande vergoedingen, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom.

3. De feiten

3.1. [verweerder] is vanaf 2012 op basis van de volgende dienstverbanden werkzaam geweest bij:

- Stichting Alliantie Voeding Gelderse Vallei, vanaf 15 september 2012 tot en met 14 september 2013;
- Stichting Alliantie Voeding Gelderse Vallei, vanaf 15 september 2013 tot en met 14 september 2014;
- Stichting Alliantie Voeding Gelderse Vallei, vanaf 15 september 2014 tot en met 14 september 2015;
- Driessen vanaf 15 september 2015 tot 1 januari 2018;
- Randstad vanaf 1 januari 2018 tot en met 14 maart 2018;
- Randstad vanaf 15 maart 2018 tot en met 14 september 2018;
- Randstad vanaf 15 september 2018 tot en met 1 februari 2020.

In genoemde periode was zij vanaf 2014 (ook) mede werkzaam voor WU.

3.2. De Alliantie is een samenwerkingsverband tussen WU en Ziekenhuis Gelderse Vallei (ZGV). [verweerder] hield zich aanvankelijk vanaf 2012 als stafmedewerker in dienst van ZGV bezig met het opbouwen van een database met behulp van gegevens uit de patiëntendossiers van ZGV ten behoeve van een gezamenlijk onderzoek (PanDeMics) voor WU en ZGV. Vanaf 15 september 2014 is [verweerder] een deel van haar tijd gedetacheerd bij WU. Vanaf 15 september 2015 is [verweerder] – via Driessen – volledig werkzaam geworden bij WU en is zij onder andere met een promotietraject gestart onder begeleiding van prof. [naam1]. Haar functiebenaming luidde ‘onderzoeker/onderzoeksmidewerker’ en later ‘projectondersteuner’.

3.3. Vervolgens is [verweerder] op grond van een schriftelijke arbeidsovereenkomst waarin een duur is bepaald van 1 februari 2020 tot 1 april 2021 in dienst getreden van WU. WU heeft [verweerder] voorafgaand aan de totstandkoming van deze overeenkomst gezegd dat er een nieuwe keten zou gaan lopen en dat deze overeenkomst dus zou aflopen op 1 april 2021. In de overeenkomst staat als functie genoemd ‘Onderwijs-/onderzoeksmidewerker’ op de afdeling Human Nutrition&Health voor 38 uur per week (1 fte) tegen een salaris van € 3.123,00 bruto per maand vermeerderd met emolumenten.

3.4. Op de arbeidsovereenkomst is de cao-NU van toepassing verklaard.

In artikel 2.3.8 cao-NU staat:

‘Voor het dienstverband met een promovendus en een student-assistent als bedoeld in artikel 10.1 lid 2 gelden geen beperkingen ten aanzien van duur en aantal opvolgende dienstverbanden.’

In artikel 2.3.11 cao-NU staat:

‘Bij de bepaling in deze cao van de totale duur en van het totale aantal opvolgende dienstverbanden blijven dienstverbanden tussen werknemer en verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn, buiten beschouwing.’

3.5. WU heeft op 1 januari 2021 aan [verweerder] laten weten dat de arbeidsovereenkomst, die afloopt op 1 april 2021, niet zal worden verlengd.

3.6. In een emailbericht van 12 maart 2021 heeft [naam1] aan [verweerder] laten weten: ‘Maar dat betekent dat je nu alleen tlv MS fonds en Becanex kan werken en dat er nu eerst maar 7 fte (schaal 10) beschikbaar is en dat is dan toch een teruggang voor jou.’

[verweerder] is vanaf 1 april 2021 voor 1 fte blijven werken. In een brief van WU van 9 april 2021 aan [verweerder] staat:

‘Conform hetgeen meerdere keren door uw leidinggevende, prof. [naam1], met u is besproken wordt uw dienstverband, wat per 1 april 2021 van rechtswege zou eindigen, voortgezet voor de periode van 1 april 2021 tot 1 april 2022 waarbij de omvang van het dienstverband 0,7 fte bedraagt. (...) Nu de omvang van het nieuwe dienstverband bij WU 0,3 fte minder bedraagt dan uw eerdere dienstverband bij WU (tot 1 april 2021), ontstaan hierdoor wellicht aanspraken op een WW-uitkering. (...)’

In de zomer van 2021 heeft [verweerder] zich ziek gemeld en tot op heden is zij volledig arbeidsongeschikt.

4. De beoordeling

4.1. De kern van het geschil vormt de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. [verweerder] stelt zich op het standpunt dat op grond van artikel 7:668a lid 2 BW WU de opvolgend werkgever is van Randstad zodat de arbeidsovereenkomst tussen WU en [verweerder], die is aangegaan voor de periode 1 februari 2020 tot 1 april 2021, is geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

4.2. WU heeft op zichzelf niet betwist dat aan de voorwaarden van artikel 7:668a lid 2 BW is voldaan en dat zij de opvolgend werkgever is van Randstad. Omdat hier echter de uitzondering van artikel 7:668a lid 6 BW (afwijking bij cao) geldt, is er geen sprake van conversie in de door [verweerder] bedoelde zin. Dit houdt volgens WU in dat de arbeidsovereenkomst die op 1 februari 2020 is gesloten, van rechtswege eindigt op 1 april 2021. Daarnaast heeft WU een beroep gedaan op artikel 2.3.8 cao-NU op grond waarvan, kort gezegd, voor een promovendus geen beperkingen gelden ten aanzien van duur en aantal opvolgende dienstverbanden.

4.3. De kantonrechter heeft geoordeeld dat artikel 2.3.11 cao-NU, gelet op de wetsgeschiedenis van artikel 7:668a lid 6 BW, in strijd met de wet en dus nietig is. Daarnaast heeft zij geoordeeld dat [verweerder] geen promovendus is zodat WU evenmin een beroep op artikel 2.3.8 cao-NU toekomt. De kantonrechter heeft overeenkomstig het primaire verzoek van [verweerder] de opzegging vernietigd, voor recht verklaard dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen niet (deels) is geëindigd per 1 april 2021 en dat er vanaf 1 april 2021 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen partijen bestaat en, kort gezegd, WU veroordeeld [verweerder] in staat te stellen haar werkzaamheden te verrichten en het salaris door te betalen op basis van een fulltime aanstelling.

De beslissing van het hof

4.4. Het hof is van oordeel dat WU wel een beroep op artikel 2.3.11 cao-NU toekomt. Deze cao-bepaling is niet nietig wegens strijd met de wet. Evenmin is het beroep van WU op die bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar of in strijd met goed werkgeverschap. Ook levert het geen misbruik van recht op. Het hof legt dit oordeel uit en zal daarbij ingaan op de omstandigheden die partijen hebben aangevoerd.

4.5. In artikel 7:668a lid 6 BW is bepaald dat bij collectieve arbeidsovereenkomst ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken van artikel 7:668a lid 2 BW waarin het opvolgend werkgeverschap is geregeld. Deze afwijkingsmogelijkheid is volgens de tekst van deze bepaling onbegrensd. Onder de voor 1 juli 2015 geldende wetgeving golden aanzienlijk ruimere mogelijkheden om bij cao ten nadele van de werknemer af te wijken van artikel 7:668a BW dan onder de sinds 1 juli 2015 geldende Wet werk en zekerheid (WWZ). Onder de

WWZ zijn de mogelijkheden om ten nadele van de werknemer af te wijken van artikel 7:668a lid 1 BW beperkt in tijd, aantal en bepaalde gevallen. Alleen de onbegrensde mogelijkheid om bij cao ten nadele van de werknemer af te wijken van artikel 7:668a lid 2 BW is blijven bestaan. Door de wetgever is kennelijk, zo stelt het hof tegen de achtergrond van het voorgaande vast, bewust ervoor gekozen om deze onbegrensde afwijkingmogelijkheid te handhaven.

4.6. In de wetgeschiedenis, waar partijen allebei naar verwijzen, staat onder meer het volgende: 'Op¹ grond van artikel 7:668a, zesde lid, BW is ongelimiteerde afwijking bij cao mogelijk van de bescherming die artikel 7:668a, tweede lid, BW de werknemer biedt (opvolgend werkgeverschap). De VAAN vraagt of de regering het aanvaardbaar acht dat (de cao het mogelijk maakt dat) werknemers telkens na twee jaar voor korte duur via een andere rechtspersoon of een detacheringsbureau worden ingehuurd om daarna weer van voren af aan te beginnen met het opbouwen van werkzekerheid. Uit de bij nota van wijziging aangebrachte wijziging van de definitie van opvolgend werkgever in artikel 7:668a en de hierop gegeven toelichting kan worden afgeleid dat de regering het niet aanvaardbaar acht indien dergelijke afspraken worden gemaakt met het vooropgezette doel om de regeling van de ketenbepaling te omzeilen. De regering gaat ervan uit dat de mogelijkheid tot afwijking van de desbetreffende bepaling in de ketenbepaling niet op deze wijze door cao-partijen misbruikt zal worden en dat zij op een verantwoorde wijze met deze afwijkingmogelijkheid om zullen gaan.

Het² antwoord op de betreffende vraag van de VAAN moet worden gelezen in de context waarin die is gesteld, namelijk in het kader van het aanpassen van het begrip opvolgend werkgever om de ketenbepaling te omzeilen. De regering gaat ervan uit dat de cao-partijen bij van de wettelijke regeling afwijkende afspraken niet tevens zullen afwijken van het begrip opvolgend werkgever als thans in het wetsvoorstel gedefinieerd en in die zin op een verantwoorde wijze met de mogelijkheid tot afwijking van de cao zullen omgaan. Andere voorbeelden van afspraken van een niet verantwoorde wijze van omvang met de mogelijkheid tot afwijking zijn, het bijvoorbeeld geheel buiten toepassing verklaren van de regeling van opvolgend werkgeverschap en afspraken op grond waarvan na een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bij een reguliere werkgever en een daarop volgende uitzendovereenkomst, de uitzendwerkgever voor de toepassing van de regeling niet als opvolgend werkgever wordt aangemerkt.'

4.7. Uit deze wetgeschiedenis leidt het hof af dat de wetgever, net als onder de voor de WWZ geldende wetgeving, ervoor heeft gekozen om wat betreft de invulling van de afwijkingmogelijkheid het primaat bij de sociale partners te leggen waarbij de wetgever ervan is uitgegaan dat de sociale partners op een verantwoorde wijze met de afwijkingmogelijkheid zullen omgaan. De cao-onderhandelingen hebben ertoe geleid dat het opvolgend werkgeverschap volledig is uitgesloten. In de onderhandelingsakkoord van de cao die tot 31 maart 2022 gold staat:

'Er dient ingezet te worden op het wegnemen van onzekerheden en ervaren druk, door waar mogelijk het structureel inzetten op vaste banen en het omzetten van bestaande tijdelijke contracten in vaste banen. Uitgangspunt is dat universiteiten iedere wetenschapper die onderwijs en onderzoek combineert

(vertaald naar UD/UHD/Hoogleraar) een vaste baan aanbiedt (...). Daarnaast zal er voor zover noodzakelijk gewerkt worden met een flexibele schil van docenten en onderzoekers die meebeweegt met de vraag en de bekostiging. (...) Cao-partijen zijn van mening dat de flexibele schil van wetenschappelijk personeel onder met name docenten en onderzoekers bij de universiteiten niet groter dient te zijn dan noodzakelijk en uitlegbaar is. Cao-partijen spreken daarom af dat dit onderwerp van gesprek wordt in het Lokaal Overleg van de individuele universiteiten, daarbij rekening houdend met lokale omstandigheden.

Uit deze toelichting leidt het hof kort gezegd af dat tijdens de onderhandelingen is stilgestaan bij het zoveel mogelijk omzetten van tijdelijke in vaste banen maar dat er voor zover noodzakelijk gewerkt zal worden met een flexibele schil die meebeweegt met de vraag en de bekostiging. Dat er door de sociale partners niet op een verantwoorde wijze met de afwijkingmogelijkheid is omgegaan, blijkt hieruit niet. Verder is van belang dat, zoals WU ter zitting onbestreden heeft aangevoerd, artikel 2.3.11 cao-NU in de nieuwe cao, die nog moet worden vastgesteld, ondanks de kritiek in de literatuur en de rechtspraak op cao's waarin opvolgend werkgeverschap volledig wordt uitgesloten, vooralsnog ongewijzigd blijft en zoals het ernaar uitziet dus ook in de toekomst zal gelden. Ten slotte hecht het hof betekenis aan het feit dat de cao-NU algemeen verbindend is verklaard zodat ervan moet worden uitgegaan dat de minister deze afspraken vindt passen binnen het wettelijk kader.

4.8. Een ander aspect waar het hof betekenis aan toekent is het volgende. In de wetgeschiedenis is als voorbeeld gegeven de klassieke draaideurconstructie waarin een werknemer voor een bepaalde periode wordt ingehuurd via een uitzendbureau en daarna weer in dienst komt bij de werkgever, een en ander met het vooropgezette doel om de regeling van de ketenbepaling te omzeilen. Het hof is van oordeel dat de situatie in deze zaak een andere is. WU heeft uiteengezet dat in het geval van [verweerder] op voorhand bekend was dat er geen structurele financiering (van vier jaar) voor de onderzoekswerkzaamheden en het promotietraject van [verweerder] was. Het was steeds weer afhankelijk van het verkrijgen van financiering (subsidies) via fondsen of de werkzaamheden van [verweerder] konden worden voortgezet. Als die financiering niet werd verkregen, hield het op en werd [verweerder] ook niet door een andere werknemer vervangen die in haar plaats de werkzaamheden voortzette. Dit heeft [verweerder] niet betwist. Hoewel het onverlet laat dat WU, zo blijkt ook wel uit diverse emails in het dossier, heeft willen voorkomen dat [verweerder] in vaste dienst zou komen bij WU, is de achtergrond daarvan gelegen in de op voorhand bekende steeds weer bestaande onzekerheid over beschikbare middelen.

4.9. [verweerder] heeft gewezen op de Richtlijn³, die voortvloeit uit de Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en waarmee artikel 2.3.11 cao-NU volgens [verweerder] in strijd is. Met de Richtlijn is beoogd een kader vast te stellen om misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te voorkomen. De Richtlijn is in artikel 7:668a BW geïmplementeerd. In die bepaling is neergelegd bij welke maximale duur of bij welk maximum aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tussen dezelfde werkgever en de werknemer de arbeidsovereenkomst heeft te gelden als een voor bepaalde tijd. Verder is in die be-

1 Eerste Kamer, vergaderjaar 2013-2014, 22818, p. 105

2 Kamerstukken I 2013-2014 33818 p. 4 en 5

3 1999/70/EG

paling geregeld in welke gevallen er objectieve redenen zijn om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te rechtvaardigen. In artikel 7:668a lid 2 BW is bepaald wanneer sprake is van opvolgend werkgeverschap. Daarmee is voldaan aan implementatie van de richtlijn. Dat in artikel 7:668a lid 6 BW is geregeld dat van het tweede lid bij cao ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken, laat dit op zichzelf onverlet.

4.10. Het hof ziet wel onder ogen dat de wijze waarop in de cao-NU uitvoering is gegeven aan de afwijkingsmogelijkheid die artikel 7:668a lid 6 BW kan schuren met de strekking van de richtlijn om misbruik van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd tegen te gaan. Ook de leeftijd van [verweerder] (in 2025 wordt zij 67, de AOW-gerechtigde leeftijd) en het feit dat zij vanaf 2012 achtereenvolgens in dienst is geweest van ZGV, Driessen/Randstad en WU met het doel te voorkomen dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou ontstaan, betreft het hof in de wegging. Deze omstandigheden rechtvaardigen echter niet de conclusie dat het beroep van WU op artikel 2.3.11 cao-NU misbruik van recht of handelen in strijd met goed werkgeverschap oplevert dan wel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Bepalend voor dat oordeel zijn de hiervoor uiteengezette omstandigheden waarvan de meest bepalende zijn dat de wetgever ervoor heeft gekozen om bij cao onbegrensd afwijking van artikel 7:668a lid 2 BW ten nadele van de werknemer mogelijk te maken, dat artikel 2.3.11 cao-NU de uitkomst is van cao-onderhandelingen waarvan niet is gebleken dat op een niet verantwoorde wijze met de mogelijkheid om af te wijken is omgegaan en ten slotte de specifieke omstandigheden rondom de financiering van de werkzaamheden van [verweerder]. Van nietigheid van artikel 2.3.11 cao-NU is evenmin sprake nu deze bepaling niet in strijd is met de wet.

4.11. Dit oordeel leidt ertoe dat, nu ervan moet worden uitgegaan dat het opvolgend werkgeverschap is uitgesloten, de arbeidsovereenkomst die op 1 februari 2020 is aangegaan een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur was. De door WU gevraagde verklaring voor recht met deze strekking (onder 2.3 sub c) zal worden toegewezen. Omdat het hof anders dan de kantonrechter van oordeel is dat deze overeenkomst voor bepaalde tijd is, doet zich niet de situatie voor waarin de rechter in hoger beroep oordeelt dat het verzoek van de werknemer om vernietiging van een opzegging ten onrechte is toegewezen (7:683 lid 6 BW) in welk geval de rechter in hoger beroep bepaalt op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. Het verzoek onder 2.3 sub d om een tijdstip te bepalen waarop de arbeidsovereenkomst eindigt wijst het hof daarom af. Daar komt nog bij dat partijen na 1 april 2021 kennelijk afspraken hebben gemaakt op grond waarvan tussen partijen op dit moment, nadat er kennelijk geen tijdige aanzegging is gevolgd en de arbeidsovereenkomst na 1 april 2022 kennelijk (het debat hierover is uiterst beperkt) is verlengd, nog steeds sprake is van een tussen partijen geldende arbeidsovereenkomst, waarop hierna nog verder wordt ingegaan. Ook gelet op die tussen partijen gemaakte afspraken, die in deze zaak overigens niet voorliggen, is er geen grond om door het hof een einddatum te laten bepalen. Het verzoek onder 2.3 sub e, dat uitgaat van een einddatum van de arbeidsovereenkomst voor 1 april 2022, wordt daarom eveneens afgewezen. Datzelfde geldt voor de verzoeken in incidenteel hoger beroep, die uitgaan van de situatie dat het hof de arbeidsovereenkomst beëindigt. Het hof bepaalt namelijk geen einddatum. Overigens heeft [verweerder], ondanks gemotiveerd verweer van WU, niet duidelijk

gemaakt op welke gronden zij de gevraagde billijke vergoeding baseert.

4.12. WU heeft met het beroep op artikel 2.3.8 en 2.3.11 cao-NU beoogd dat voor recht wordt verklaard dat de arbeidsovereenkomst die tussen partijen is gesloten op 1 februari 2020 er een is voor bepaalde tijd. Op grond van het beroep van WU op artikel 2.3.11 cao-NU wijst het hof die gevraagde verklaring voor recht toe. Gelet daarop bestaat er geen belang meer bij de beoordeling van het beroep op artikel 2.3.8 cao-NU. Het hof gaat daarop verder niet meer in en dus ook niet op de aangevoerde grond in het incidenteel hoger beroep die erop neerkomt dat WU ook geen beroep op artikel 2.3.8 cao-NU toekomt omdat op 1 februari 2020 volgens [verweerder] al sprake was van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. WU heeft een verklaring voor recht gevorderd dat [verweerder] promovendus was en is maar welk belang zij heeft bij die verklaring – naast de afgegeven verklaring voor recht dat de arbeidsovereenkomst er een is voor bepaalde tijd – heeft zij niet toegelicht en het hof ziet dat belang, gelet op de inzet van deze procedure, zonder nadere toelichting niet in. Het verzoek onder 2.3 sub b wordt daarom afgewezen.

4.13. Op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep liggen, nu de kantonrechter het primaire verzoek van [verweerder] heeft toegewezen maar het hof dat afwijst, de subsidiaire en meer subsidiaire verzoeken van [verweerder] (in eerste aanleg) nog voor. heeft subsidiair verzocht om de gedeeltelijke opzegging van 1 januari 2021 dan wel 9 april 2021 tegen 1 april 2021 te vernietigen op grond van artikel 7:681 BW. Dat verzoek zal worden afgewezen omdat het hof hiervoor heeft geoordeeld dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd waarop artikel 7:681 BW niet van toepassing is.

4.14. [verweerder] heeft daarnaast subsidiair een verklaring voor recht gevraagd dat het dienstverband niet deels is geëindigd met ingang van 1 april 2021 en dat er tussen [verweerder] en WU sprake is van een doorlopende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot 1 april 2022 voor 1 Fte onder gelijke arbeidsvoorwaarden. Aan dat verzoek heeft [verweerder] ten grondslag gelegd dat zij na 1 april 2021 1 Fte is blijven werken en dat ook uit goed werkgeverschap volgt dat het dienstverband in dezelfde omvang is voortgezet. Daarin volgt het hof [verweerder] niet. Hiervoor is geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst ingaande op 1 februari 2020 een overeenkomst voor bepaalde tijd was. Uit de in rov. 3.6 weergegeven emailberichten volgt dat WU [verweerder] een aanbod heeft gedaan voor een arbeidsovereenkomst per 1 april 2021 met een omvang van 0,7 Fte en dat er geen ruimte was voor een overeenkomst met een omvang van 1 Fte. Dat [verweerder] vervolgens, zoals zij zelf stelt, volledig, voor 1 Fte, haar werkzaamheden is blijven verrichten, brengt niet mee dat een arbeidsovereenkomst met een omvang van 1 Fte is overeengekomen. Evenmin doet zich de situatie voor die is beschreven in artikel 7:668 lid 4 BW. WU heeft [verweerder] immers tijdig geïnformeerd over het niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:668 lid 1 sub a BW. De verzochte verklaring voor recht en de daarop volgende nevenverzoeken zullen worden afgewezen.

4.15. Meer subsidiair heeft [verweerder] verzocht om vergoeding van de aanzegvergoeding maar dat verzoek wordt afgewezen omdat WU [verweerder] tijdig heeft geïnformeerd over het niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst zoals bedoeld in artikel 7:668 lid 1 sub a BW. WU heeft erkend dat zij over 0,3 Fte de transitievergoeding verschuldigd is en omdat ter zitting door [verweerder] is erkend dat WU de transi-

tievergoeding heeft betaald, bestaat geen reden meer om WU tot betaling daarvan te veroordelen. De verzochte schriftelijke en deugdelijke bruto/netto specificatie worden toegewezen, zonder oplegging van een dwangsom omdat daarvoor geen redelijke grond bestaat.

5. De slotsom

5.1. Het hoger beroep slaagt, het incidenteel hoger beroep treft geen doel. Het hof zal [verweerder] als de in het ongelijk te stellen partij in de kosten van beide instanties veroordelen.
5.2. De kosten voor de procedure in eerste aanleg aan de zijde van WU zullen tot aan de bestreden beschikking worden vastgesteld op € 85,- voor griffierecht en op € 747,- voor salaris gemachtigde. De kosten voor de procedure in principaal en incidenteel hoger beroep aan de zijde van WU zullen tot aan deze beschikking worden vastgesteld op € 783,- voor griffierecht en op € 3.342,- voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief (3 punten, tarief II in hoger beroep).

6. De beslissing

Het hof, beschikkende in het principaal en het incidenteel hoger beroep:

- 6.1. vernietigt de beschikking van de kantonrechter te Arnhem van 18 oktober 2021 en doet opnieuw recht;
- 6.2. verklaart voor recht dat de arbeidsovereenkomst van [verweerder] tot 1 april 2021 er een voor bepaalde tijd was en is;
- 6.3. veroordeelt WU om aan [verweerder] een schriftelijke en deugdelijke bruto/netto specificatie te verstrekken;
- 6.4. veroordeelt [verweerder] in de kosten van de eerste aanleg, tot aan de bestreden beschikking aan de zijde van WU vastgesteld op € 85,- voor griffierecht en op € 747,- voor salaris gemachtigde overeenkomstig het liquidatietarief;
- 6.5. veroordeelt [verweerder] in de kosten van dit hoger beroep, tot aan deze beschikking aan de zijde van WU vastgesteld op € 783,- voor griffierecht en op € 3.342,- voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief;
- 6.6. wijst de overige verzoeken van [verweerder] en WU af;
- 6.7. verklaart deze beschikking, voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordelingen betreft, uitvoerbaar bij voorraad;

NOOT

Inleiding

Centrale vraag in deze zaak is of een werknemer bij de Wageringen Universiteit ('WU') in dienst is op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of voor onbepaalde tijd.¹ Het antwoord op deze vraag hangt af van het antwoord op de vraag of art. 2.3.11 van de cao Nederlandse Universiteiten ('cao NU') rechtsgeldig is. Dit artikel sluit opvolgend werkgeverschap bij de ketenregeling volledig uit.

Juridisch kader

De ketenregeling in art. 7:668a BW vloeit voort uit de Richtlijn 1999/70/EG betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP² gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereen-

komsten voor bepaalde tijd ('Richtlijn').³ De Richtlijn is opgesteld om misbruik door opeenvolgend gebruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten te voorkomen: het uitgangspunt is dat men werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De Nederlandse wetgever heeft de Richtlijn geïmplementeerd in art. 7:668a BW. Lid 1 van dat artikel bevat de bekende hoofdregel van de ketenregeling: kort gezegd kan een werkgever met een werknemer met tussenpozen van ten hoogste 6 maanden maximaal 3 tijdelijke arbeidsovereenkomsten aangaan in een periode van maximaal 36 maanden. Lid 2 bepaalt dat de ketenregeling ook van toepassing is op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen werknemers en opvolgende werkgevers.⁴ Lid 5 bepaalt dat cao-partijen onder voorwaarden van de hoofdregel mogen afwijken. Deze bevoegdheid is niet onbegrensd: er gelden beperkingen aan een afwijking voor zowel het aantal arbeidsovereenkomsten als voor de totale duur van de arbeidsovereenkomsten. Lid 6 bepaalt vervolgens dat cao-partijen ten nadele van de werknemer van lid 2 mogen afwijken. De wettekst stelt hieraan geen voorwaarden of grenzen. Dit betekent dat cao-partijen op basis van lid 2 en lid 6 kunnen afspreken dat periodes van werknemers bij elkaar opvolgende werkgevers met betrekking tot de ketenregeling niet of beperkt meetellen voor het aantal en/of de totale duur van de arbeidsovereenkomsten. Lettenga en Te Wierik trekken in twijfel of art. 7:668a lid 6 BW in overeenstemming is met de Richtlijn.⁵ Zij maken onder andere uit clause 5 lid 2 Raamovereenkomst op dat arbeidsovereenkomsten met verschillende (lees: opvolgende) werkgevers, niet zijnde uitzendwerkgevers, onder de Richtlijn vallen.⁶ Omdat de Richtlijn een dermate groot toepassingsbereik heeft en bepaalt dat nationale wetgevers beperkingen moeten voorschrijven aan het gebruik van tijdelijke contracten, is de ongeclausuleerde afwijkingsmogelijkheid uit art. 7:668a lid 6 BW volgens hen in strijd met de Richtlijn. De regering liet zich bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel waarin art. 7:668a BW werd geïmplementeerd uit over deze ongeclausuleerde afwijkingsmogelijkheid. De regering ging er destijds vanuit dat cao-partijen op een verantwoorde manier met de mogelijkheid tot afwijking van de ketenregeling zouden omgaan.⁷ Het geheel buiten toepassing verklaren van de regeling van opvolgend werkgeverschap werd genoemd als voorbeeld van een niet-verantwoorde wijze van omgang met de mogelijkheid tot afwijking. De vraag of een dergelijke regeling in een cao verantwoord is, is sinds inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid ('WWZ') een aantal keer getoetst. Zo oordeelde het hof 's-Hertogenbosch in

3 De raamovereenkomst ('Raamovereenkomst') is opgenomen in de bijlage van de Richtlijn.

4 Art. 7:668a lid 2 BW definieert dit als volgt 'elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn'.

5 A. Lettenga & D. te Wierik, 'Art. 7:668a lid 6 BW: de onbegrensde mogelijkheden om bij cao van het opvolgend werkgeverschap af te wijken', *ArbeidsRecht* 2017/30.

6 Uit de preambule van de Richtlijn volgt dat de uitzendovereenkomst in beginsel niet onder het bereik van de Richtlijn valt, maar dat deze ziet op vormen van opvolgend werkgeverschap waarbij geen uitzendbureau betrokken is.

7 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, E, p. 4.

1 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:5128.

2 Het EVV, de UNICE en het CEEP zijn Europese sociale partners.

2018⁸ dat een bepaling in de cao Hoger beroepsonderwijs waarin uitzend- en detacheringsovereenkomsten volledig werden uitgesloten van opvolgend werkgeverschap, een beperkte uitzondering betrof. De uitzondering zag enkel op uitzend- en detacheringsovereenkomsten en was volgens het hof rechtsgeldig. Ook het hof Amsterdam oordeelde in een recente beschikking dat een soortgelijke bepaling in de cao Productie- en Leveringsbedrijven in overeenstemming met de wet is, omdat daarin slechts een beperking ten aanzien van uitzend- en detacheringsovereenkomsten en een beperking in duur waren opgenomen.⁹ De kantonrechter, in de zaak die aanleiding gaf tot deze annotatie, oordeelde anders.

De Wageningse zaak

Een werknemer van de WU heeft vanaf 2014 via verschillende (uitzend)ondernemingen op basis van meerdere arbeidsovereenkomsten werkzaamheden verricht. Vanaf 1 februari 2020 treedt de werknemer rechtstreeks bij de WU in dienst, op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De arbeidsovereenkomst eindigt op 1 april 2021. In januari 2021 laat de WU weten dat de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd. De werknemer blijft echter na 1 april 2021 bij de WU werken, waarop de WU besluit de werknemer een aanbod te doen voor verlenging van de arbeidsovereenkomst voor de duur van één jaar. De werknemer aanvaardt dit aanbod niet, omdat zij meent dat de eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die zij met de WU is aangegaan, is geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De WU meent van niet en beroept zich onder meer¹⁰ op art. 2.3.11 van de cao NU, waarin opvolgend werkgeverschap wordt uitgesloten: 'Bij de bepaling in deze cao van de totale duur en van het totale aantal opvolgende dienstverbanden blijven dienstverbanden tussen werknemer en verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn, buiten beschouwing'. De werknemer meent dat het volledig uitsluiten van opvolgend werkgeverschap zowel in strijd is met de bedoeling van de wetgever als met de Richtlijn. De kantonrechter Gelderland boog zich in eerste aanleg over de vraag of de WU zich kon beroepen op deze bepaling en volgde de stelling van de werknemer.¹¹ Art. 2.3.11 cao NU sluit opvolgend werkgeverschap volledig uit van de ketenregeling. De regering noemde juist een dergelijke situatie als voorbeeld van oneigenlijk gebruik van de afwijkingmogelijkheid ex art. 7:668a lid 6 BW, aldus de kantonrechter. De kantonrechter oordeelde dat de werknemer voor onbepaalde tijd bij de WU in dienst was. In hoger beroep oordeelt het hof Arnhem-Leeuwarden anders. Het hof stelt in een uitvoerig gemotiveerde beschikking allereerst vast dat de bepaling onbegrensd afwijkt van opvolgend werkgeverschap. Vervolgens stelt het hof vast dat voor de inwerkingtreding van de WWZ aanzienlijk ruimere mogelijkheden bestonden om bij cao ten nadele van de werknemer af te wijken van art. 7:668a BW. Alleen de onbegrensd mogelijke afwijking van art. 7:668a BW lid 2 is

blijven bestaan. Dat brengt volgens het hof met zich dat de wetgever kennelijk bewust heeft gekozen deze onbegrensd afwijkingmogelijkheid te handhaven. Het hof leidt uit de wetgeschiedenis af dat de wetgever het primaat bij de sociale partners legt voor wat betreft de invulling van de afwijkingmogelijkheid. Na een korte analyse van het onderhandelsakkoord concludeert het hof dat niet is gebleken dat de cao-partijen op niet-verantwoorde wijze met de afwijkingmogelijkheid zijn omgegaan. Daarnaast weegt het hof in zijn oordeel mee dat de bepaling ook in de nieuwe cao is opgenomen en dat de cao NU algemeen verbindend is verklaard. Aangezien bepalingen in strijd met de wet niet voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking komen, gaat het hof ervan uit dat de minister deze afspraken vindt passen binnen het wettelijk kader.¹² Een relevant aspect is bovendien dat geen sprake is van een klassieke draaideurconstructie, maar dat de WU wilde voorkomen dat de werknemer in vaste dienst kwam omdat altijd onzekerheid bestaat over de aanwezigheid van beschikbare middelen. Het hof ziet wel onder ogen dat de wijze waarin in de cao NU uitvoering is gegeven aan de afwijkingmogelijkheid van art. 7:668a lid 6 BW kan schuren met de strekking van de Richtlijn om misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tegen te gaan. Dit leidt echter niet tot de conclusie dat het beroep van de WU op de bewuste cao-bepaling misbruik van recht of strijd met goed werkgeverschap oplevert. Het hof vernietigt de beschikking van de kantonrechter en verklaart voor recht dat de werknemer bij de WU in dienst was voor bepaalde tijd.

Primaat bij sociale partners

Uit deze uitspraak, en die van de gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Amsterdam, volgt dat cao-partijen ruime mogelijkheden hebben om van het opvolgend werkgeverschap af te wijken bij de ketenregeling. De vraag rijst of en in hoeverre van deze afwijkingmogelijkheid gebruik wordt gemaakt. Wij onderzochten twintig van de bekendere cao's op dergelijke bepalingen.¹³ Acht van de twintig onderzochte cao's bevatten een bepaling waarin wordt afgeweken van opvolgend werkgeverschap bij de ketenregeling. De enige cao die dit volledig uitsluit, is de cao waar het in deze zaak om gaat: de cao Nederlandse Universiteiten.¹⁴ Opvallend is dat ook in de cao Hoger beroepsonderwijs, onderwerp van discussie in de zaak bij het hof 's-Hertogenbosch, een verstrekkende afwijking van opvolgend werkgeverschap is overeengekomen. Art. D-5 van deze cao bepaalt dat eerdere uitzend- en detacheringsovereenkomsten niet meetellen voor de ketenrege-

8 Hof 's-Hertogenbosch 20 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3932.

9 Hof Amsterdam 5 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1069.

10 De WU beroept zich mede op art. 2.3.8 cao NU waarin kort gezegd is bepaald dat de ketenregeling niet geldt voor promovendi. Deze bepaling lijkt gebaseerd op art. 7:668a lid 9 BW, maar laten wij buiten beschouwing omdat dit verweer geen rol heeft gespeeld.

11 Rb. Gelderland 18 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5633.

12 Ingevolge art. 6 Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen.

13 Wij beogen geen compleet overzicht te geven van cao's waarin van de afwijkingmogelijkheid gebruik wordt gemaakt. In willekeurige volgorde hebben wij de volgende cao's geraadpleegd: cao's Verpleeg-, Verzorgingshuizen, Thuiszorg en Jeugdgezondheidszorg, Metaal en Techniek, Levensmiddelen, Ziekenhuizen, Gehandicaptenzorg, Retail non-food, Metalektro, Beroepsgoederenvervoer, Bouw & Infra, Geestelijke gezondheidszorg, Nederlandse Universiteiten, Hoger beroepsonderwijs, Koninklijke Horeca Nederland, Schoonmaak- en glazenwassersbedrijf, Informatie-, communicatie en kantoortechnologie, Productie- en leveringsbedrijven, Grafimedia, Technische groothandel, Kinderopvang, Primair onderwijs.

14 Opvallend is dat bij Nederlandse universiteiten vaker procedures spelen over tijdelijkheid van contracten. Zie bijvoorbeeld rb. Den Haag 30 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7032.

ling. Het lijkt erop dat cao-partijen in het hoger onderwijs het van belang achten om van de door de wet geboden afwijkingmogelijkheid gebruik te maken. Een andere veelvoorkomende afwijking van art. 7:668a lid 2 BW is dat eerdere uitzend- en/of detacheringsovereenkomsten tellen als één schakel in de keten. De cao Productie- en Leveringenbedrijf bepaalt dat deze schakel een maximale duur van zes maanden heeft. De overige onderzochte cao's met een dergelijke bepaling beperken wel het aantal uitzend- en/of detacheringsovereenkomsten, maar niet de duur: de totale duur van de uitzend- en/of detacheringsovereenkomsten telt mee voor de ketenregeling.¹⁵ De minst vergaande afwijking die wij tegenkwamen is de afspraak dat eerdere uitzend- en/of detacheringsovereenkomsten tezamen als één schakel in de keten tellen, mits een werknemer meerdere uitzend- en/of detacheringsovereenkomsten heeft gehad als gevolg van arbeidsongeschiktheid.¹⁶

Strijd met de Richtlijn?

Wij merkten eerder op dat door auteurs in twijfel wordt getrokken of de afwijkingmogelijkheid van art. 7:668a lid 6 BW in lijn is met de Richtlijn. Wij menen van niet. Clausule 5 lid 2 onder a) van de Raamovereenkomst verplicht lidstaten vast te stellen onder welke voorwaarden tijdelijke arbeidsovereenkomsten als opeenvolgend worden beschouwd. Art. 7:668a BW bepaalt wat opeenvolgende (tijdelijke) arbeidsovereenkomsten zijn, zowel bij de eigen werkgever (lid 1) als in het geval van opvolgend werkgeverschap (lid 2). Clausule 5 lid 1 van de Raamovereenkomst verplicht lidstaten een of meer van de volgende antimisbruikregelingen in te voeren voor het gebruik van opeenvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten: a) vaststelling van objectieve rechtvaardigingsgronden voor vernieuwing, b) limitering in duur, c) limitering in aantal. Art. 7:668a BW bevat meerdere afwijkingmogelijkheden met 'ingebakken' antimisbruikregelingen.¹⁷ Zo bevat lid 5 bijvoorbeeld een limitering in duur en aantal én een objectieve rechtvaardigingsgrond (onder b). Andere rechtvaardigingsgronden voor gebruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten zijn terug te vinden voor bestuurders (lid 7), bedrijfstakken waarin de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering tijdelijke arbeidsovereenkomst noodzakelijk maakt (lid 8), arbeidsovereenkomsten uitsluitend aangegaan omwille van educatie (lid 9), BBL-leerarbeidsovereenkomsten (lid 10), minderjarigen (lid 11), AOW-gerechtigden (lid 12), seizoenswerk (lid 13 en 14), invalkrachten in het primair onderwijs (lid 15). Art. 7:668a lid 6 BW bevat geen door Clausule 5 van de Raamovereenkomst voorgeschreven antimisbruikregelingen en is daarmee niet in lijn met de Richtlijn. Uit Europese rechtspraak over de Richtlijn kan worden afgeleid dat van geval tot geval moet worden beoordeeld of een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat voor het bestendige gebruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten als geen limitering in duur of aantal is voorgeschreven.¹⁸ Van een objectieve rechtvaardigingsgrond kan enkel sprake zijn als de noodzaak aanwezig

is om aan reële en tijdelijke behoeften aan arbeid te beantwoorden.¹⁹ In de Wageningse zaak lijkt het hof te oordelen dat de uitsluiting van de ketenregeling bij opvolgend werkgeverschap in dit geval deze toets doorstaat. In het standpunt van de WU dat van een klassieke draaideurconstructie geen sprake is, maar dat de eeuwige onzekerheid over beschikbare middelen het gebruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten noodzakelijk maakt, lijkt het hof een objectieve rechtvaardigingsgrond te zien.

Conclusie

Uit het cao-onderzoek blijkt dat cao-partijen regelmatig gebruikmaken van de afwijkingmogelijkheid van art. 7:668a lid 6 BW, met als meest vergaande afwijking de bepaling in de cao NU die in de Wageningse zaak ter discussie stond. Nu zelfs deze afwijkingmogelijkheid door het hof Arnhem-Leeuwarden rechtsgeldig werd geacht, lijken de afwijkingmogelijkheden verstrekkend. Het zijn met name de werkgevers(verenigingen) die hierbij gebaat zijn. Zeker in branches waar uitzend- of detacheringsovereenkomsten de norm zijn, biedt dit voor werkgevers(verenigingen) kansen om de flexibele schil te vergroten. Dit schuurt met het doel van de Richtlijn (al valt uitzending daar strikt genomen niet onder). Werknemers kunnen bij gebruik van de afwijkingmogelijkheid vele jaren en vele contracten lang in de flexibele schil blijven hangen. Dit is ook tegengesteld aan de doelstellingen van de WWZ en de Wet arbeidsmarkt in balans: 'vast minder vast, flex minder flex'.²⁰ Daarbij komt dat het vertrouwen van de regering dat cao-partijen op verantwoorde wijze met de afwijkingmogelijkheid omgaan niet een vanzelfsprekendheid is. De door ons onderzochte – vaak algemeen verbindend verklaarde – cao's zijn van toepassing op meer dan een miljoen werknemers, terwijl de organisatiegraad van werknemers al jaren daalt.²¹ Bovendien zijn niet-onafhankelijke vakbonden – ook wel 'gele vakbonden' – in opkomst. Nederland is in 2022 op het gebied van werknemersrechten door de internationale vakbondsfederatie ITUC voor het eerst ingedeeld in categorie 2 in plaats van in categorie 1.²² Wij menen

2021, ECLI:EU:C:2021:438 (EB); Hof van Justitie EU 24 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:514 (Obras y Servicios Públicos).

19 Houweling noemt dit het verbod op permanente tijdelijkheid. Zie voor een uitgebreide analyse van de Europese rechtspraak A.R. Houweling, 'De permanente tijdelijkheid. Over arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en EU-recht', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2021/15.

20 De Commissie-Borstlap adviseerde in 2020 om de maximale duur van de terbeschikkingstelling van uitzendkrachten te beperken. Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, Bijlage 921039 bij *Kamerstuk II* 2019/20, 29544, nr. A, p. 73. Ook minister Van Gennip informeerde de Tweede Kamer recent in haar Hoofdlijnenbrief Arbeidsmarkt dat de regering voornemens is de positie van uitzendkrachten te verbeteren door de uitzendfasen waarin op basis van tijdelijke uitzendovereenkomsten wordt gewerkt in duur te beperken. *Kamerstukken II* 2021/22, 29544 F, p. 11.

21 Uit onderzoek van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) blijkt dat er in 2021 98 duizend vakbondsleden minder waren dan in 2019. 'Opnieuw minder vakbondsleden in 2021', Centraal Bureau voor de Statistiek 3 november 2021.

22 2022 ITUC Global Rights Index, p. 15. In Nederland is volgens het rapport sprake van 'repeated violations of rights' in plaats van 'sporadic violations of rights'. De ITUC ziet aanleiding de ranking te verla-

15 Zie bijvoorbeeld art. 1.9 cao Grafimedia en art. 4.1 cao Retail non-food.

16 Zie bijvoorbeeld art. 13 lid 5 cao Metaal en Techniek en art. 3 lid 3 cao Levensmiddelen.

17 Zie voor een uitgebreide analyse W.L. Roozendaal, 'Objectieve rechtvaardiging van tijdelijke arbeidsovereenkomsten volgens het Hof van Justitie: is de WWZ richtlijnconform?', *AR Annotatie* 2014/252.

18 Hof van Justitie EG 4 juli 2006, C-212/04 (Adeneler); Hof van Justitie EU 26 januari 2012, C-586/10 (Kücük); Hof van Justitie EU 3 juni

dat een vrijwel ongelimiteerde afwijkmogelijkheid van opvolgend werkgeverschap bij de ketenregeling onwenselijk is gelet op voorgaande en niet in lijn met (het doel van) de Richtlijn. De wetgever zou er goed aan doen de afwijkmogelijkheid met (Richtlijnconforme) waarborgen te omkleeden.

mr. F.L. Bakker en mr. B. Leeuwestein
Ploum

123

Extra zorgplicht bij 'stand-alone work'?

Kantonrechter Rechtbank Noord-Holland zp Haarlem
11 mei 2022, nr. 9202459, ECLI:NL:RBNHO:2022:5116
(mr. Aardenburg)
Noot mr. D. Herfst

Ongeval. Overleden. Schadeplichtig. Arbeidsongeval. Werkgeversaansprakelijkheid.

[BW art. 7:611, 7:658]

Essentie: Werkgever niet schadeplichtig voor het overlijden van een medewerker op de werkvloer. Het dodelijke ongeval houdt geen verband met de werkzaamheden van werknemer. Werkgever heeft voldaan aan de zorgplicht.

Samenvatting: Werknemer was sinds 2009 werkzaam bij werkgever als objectbeveiligers. Werknemer had een werkplek in de loge van een van de klanten van werkgever. Daar moest hij de beveiligingscamera's bekijken en surveilleren door de fabriek en over het terrein. Bij indiensttreding heeft werknemer een inwerkprogramma doorlopen en de werkinstructies ontvangen. De inhoud daarvan is afgestemd op de werklocatie. In de nacht van 9 op 10 augustus 2019 had werknemer een nachtdienst die om 22:30 uur begon. Hij was de enige beveiligers op dat moment. Om 00:38 uur heeft de echtgenote van werknemer contact met werkgever gezocht omdat zij zich zorgen maakte over werknemer. Hij had haar namelijk geen bericht gestuurd dat hij goed was aangekomen op het werk en hij nam zijn telefoon niet op. Om 01:35 uur heeft de Dispatch-medewerker van werkgever aan de echtgenote van werknemer verteld dat de hoofdsurveillant met spoed een surveillant heeft gestuurd. Om 01:50 uur is de surveillant aangekomen, maar hij werd pas om 02:10 uur binnengelaten door de controlekamer. Omstreeks diezelfde tijd is de politie gearriveerd. Om 02:20 uur is werknemer op het parkeerterrein aangetroffen onder zijn auto en hij is kort daarna overleden. Na onderzoek op 10 augustus 2021 heeft de arbeidsinspectie geconcludeerd dat geen sprake was van een arbeidsongeval. Bij brief van 10 januari 2020 heeft de echtgenote van werknemer werkgever aansprakelijk gesteld voor haar schade. Bij brief van 10 april 2020 heeft werkgever alle aansprakelijkheid afgewezen. De collectieve arbeidsongevallenverzekering van

werkgever heeft bijna € 30.000 netto aan werknemer uitgekeerd. De echtgenote van werknemer vordert dat de kantonrechter voor recht verklaart dat werkgever tekort is geschoten in zijn verplichtingen als werkgever en aansprakelijk is voor de schade.

Het gaat in deze zaak om de vraag of werkgever aansprakelijk is voor de schade die de echtgenote van werknemer stelt te hebben geleden door het noodlottige ongeval. De kantonrechter is van oordeel dat deze situatie niet onder het bereik van art. 7:658 BW valt omdat de schade (voortvloeiend uit het dodelijke ongeval van werknemer) niet is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden. Op grond van de feiten en omstandigheden kan worden aangenomen dat het ongeval is veroorzaakt doordat werknemer met een zelf meegebrachte krik zijn eigen auto is gaan repareren. De krik is vervolgens losgeraakt en de auto is op de borst van werknemer terechtgekomen. Uit het rapport van de lijkschouwer blijkt dat de borstkas van werknemer door het gewicht van de auto is samengedrukt en dat werknemer in ademnood is gekomen, waardoor hij is overleden. Vast staat dat het onder werktijd repareren van een eigen auto niet tot de werkzaamheden van werknemer behoorde en ook niet in opdracht van of op instructie van werkgever heeft plaatsgevonden. Werkgever was er niet van op de hoogte dat werknemer onder werktijd zijn auto op een krik had geplaatst. Werkgever had ook geen zeggenschap over deze activiteiten. De enkele omstandigheid dat het ongeval heeft plaatsgevonden onder werktijd en op de (afgesloten) werkplek waar alleen werkgever toegang toe en controle over had, is onvoldoende om een nauw en functioneel verband tussen de activiteiten van werknemer ten tijde van het ongeval en de verrichte werkzaamheden aan te nemen.

Hoewel het ongeval van werknemer niet in de uitvoering van de werkzaamheden heeft plaatsgevonden, vindt de kantonrechter dat er omstandigheden zijn die maken dat er een relatie met het werk kan worden aangenomen, zodat aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW aan de orde zou kunnen zijn. Het ongeval is werknemer namelijk overkomen onder werktijd in de nacht en op een afgelegen gedeelte van zijn werkplek. Een van de aan de werkzaamheden verbonden risico's is dat werknemer tijdens zijn dienst als 'stand-alone worker' iets kan overkomen zonder dat dit door collega's wordt opgemerkt. Daardoor is de kans op ernstige gevolgen bij een ongeval aanzienlijk groter dan in een 'normale' werkomgeving waar in aanwezigheid van collega's (overdag) wordt gewerkt. Werkgever is echter niet aansprakelijk op grond van art. 7:611 BW omdat hij niet tekort is geschoten in zijn zorgplicht. Hij heeft namelijk een man-down-systeem gehanteerd. Dit is een geschikt systeem voor het monitoren van het welzijn van de beveiligers. Daarnaast heeft werknemer een basisopleiding gevolgd, jaarlijks verplichte instructievideo's bekeken en regelmatig calamiteitenoefeningen gedaan. De kantonrechter is het verder met de echtgenote van werknemer eens dat er geruime tijd overheen is gegaan voordat hulp ter plaatse was, maar niet kan worden gezegd dat dit het gevolg is van slecht werkgeverschap. Er is tijd overheen gegaan omdat de echtgenote van werknemer contact had opgenomen met de verkeerde afdeling van werkgever en het hek op slot zat. Onvoldoende is komen vast te staan dat werknemer nog zou hebben geleefd als werkgever direct na het eerste contact met werknemer om 00:38 uur de hulpdiensten naar het terrein had gestuurd. De vordering van de echtgenote van werknemer wordt afgewezen.

gen, mede omdat Nederland geen grenzen/representativiteitseisen stelt voor onderhandeling met gele vakbonden. Zie ook: R. Winkel, 'Nederland keldert in vakbondsindex door opmars "gele bonden"', *Financieel Dagblad* 20 juli 2022.