

De permanente tijdelijkheid. Over arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en EU-recht

HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (Adeneler),
ArA 2007/1, m.nt. W. Vandeputte

Ruben Houweling

1 Inleiding

Meer dan vijftien jaar geleden wees het Hof van Justitie van de EG (toen nog geen EU) het Adeneler-arrest. Aan dit arrest werd door Vandeputte aandacht besteed in het voorjaarsnummer van ArA 2007.¹ In verschillende opzichten zijn het arrest en het ArA-nummer van toen intrigerend. In de eerste plaats omdat vijftien jaar geleden becommentariëring van Europeesrechtelijke arresten absoluut geen gemeengoed was. De ArA-nummers stonden vol met annotaties bij uitspraken van de Hoge Raad en zo nu en dan eens met een uitspraak van het Luxemburgse of Straatsburgse Hof. Hoe anders is dat heden ten dage. In de tweede plaats is het Adeneler-arrest intrigerend omdat daarin voor het eerst uitdrukkelijk werd overwogen dat ‘de raamovereenkomst aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, wanneer dit gebruik zijn rechtvaardiging enkel vindt in het feit dat een algemene wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling van een lidstaat daarin voorziet’. Deze overweging heeft betrekking op clausule 5 van de raamovereenkomst waarin is bepaald dat lidstaten maatregelen moeten treffen om misbruik van tijdelijke contracten te voorkomen. Naast limitering van het aantal en de totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten kunnen ‘objectieve redenen’ opeenvolging van tijdelijke contracten rechtvaardigen. Het begrip ‘objectieve redenen’ in de zin van die clausule vereist dat het in de nationale regeling bedoelde gebruik van dit specifieke type arbeidsverhoudingen zijn rechtvaardiging vindt in concrete elementen die met name verband houden met de betrokken activiteit en de uitoefeningsvoorwaarden ervan.² Op grond van het arrest Adeneler kon de richtlijnconformiteit van afwijkingen van de ketenregeling bij cao (artikel 7:668a lid 5 (oud) van het Burgerlijk Wetboek (BW)) in twijfel worden gebracht indien iedere rechtvaardiging voor een

- 1 W. Vandeputte, Opeenvolging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd: Hof van Justitie verkiest zekerheid boven flexibiliteit, ArA 2007/1, p. 95 e.v.
- 2 HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, r.o. 75. Hoewel in het jaar daarvoor gewezen Mangold-arrest eveneens onbeperkt tijdelijke contracten onderwerp van de rechtsstrijd vormde, kwam het Hof in Mangold niet tot een principiële uitspraak op dit punt. De zaak kenmerkte zich vooral op het punt van leeftijdsonderscheid (ouderen onbeperkt tijdelijke contracten om hen aantrekkelijker op de arbeidsmarkt te maken). Het onderdeel over de raamovereenkomst bleef beperkt tot een overweging dat de Duitse regering voldoende had toegelicht waarom zij voor deze objectieve redenen had gekozen. Zie HvJ EG 22 november 2005, C-144/04, JAR 2005/289 (Mangold).

afwijkende ketenregeling ontbrak en enkel de wettelijke mogelijkheid ‘bij cao’ af te wijken als rechtvaardigingsgrond werd aangevoerd.³ Tot heel schokkende Nederlandse rechtspraak heeft Adeneler niet geleid.⁴ Wel heeft het Hof van Justitie van de EG, en later de EU, meermalen zijn Adeneler-rechtspraak herhaald en verduidelijkt.⁵ Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (Wwz) is bovendien de ketenregeling ingrijpend gewijzigd en wordt in veel gevallen een specifieke afwijking van de hoofdregeling bij wet voorzien. Daarmee lijkt het ‘Adeneler’-effect voor Nederland beperkt of zelfs uitgewerkt. Ik zeg bewust lijkt, want valt niet meer uit Adeneler af te leiden dan wij tot op heden doen? Nederland kent een behoorlijke flexibele schil werknemers (en dan reken ik de populatie zzp’ers nog niet eens mee).⁶ Van de ruim 7,4 miljoen werknemers die Nederland in het tweede kwartaal van 2021 telt, werken 1,7 miljoen werknemers (23%) op basis van een flexcontract. Het merendeel van hen (1,5 miljoen) werkt op basis van tijdelijke contracten.⁷ Het verder aan banden leggen van tijdelijke contracten raakt derhalve nogal een deel van de werknemerspopulatie in Nederland. Omgekeerd geredeneerd kan de vraag worden gesteld of het centraal stellen van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wel strookt met de werkelijkheid van de 21ste eeuw. Immers, ruim één op de vijf werknemers is werkzaam op basis van een tijdelijk contract (terwijl we in een enorme economische groei zitten).

In deze bijdrage wil ik dan ook twee onderdelen van deze Adeneler-jurisprudentie problematiseren, te weten (a) arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd zijn de normale arbeidsverhouding (r.o. 61) en (b) een abstracte wettelijke regeling die het gebruik van opeenvolgende contracten voor bepaalde tijd rechtvaardigt is onvoldoende om de doelstelling van Richtlijn 1999/70/EG (hierna ook: de Richtlijn) te waarborgen (r.o. 75). Dit doe ik nadat ik kort (de achtergrond van) de Nederlandse ketenregeling heb geduid. Het geheel wordt afgesloten met een conclusie.

2 De ketenregeling in Nederland

Als we het hebben over tijdelijke arbeid, dan hebben we het al snel over de ketenregeling. Artikel 7:668a BW is ingevoerd op 1 januari 1999 als onderdeel van de Wet flexibiliteit en zekerheid.⁸ Het is in de plaats gekomen van artikel 7:668 (oud) BW en artikel 7:673 (oud) BW. In deze artikelen was bepaald dat een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te allen tijde moest worden opgezegd, tenzij

3 A.G. Veldman, Misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, Sociaal Recht 2007, p. 307-311. Zie ook K.D. Hazenberg, Flexibiliteit kent Europese grenzen, ArbeidsRecht 2008/3, p. 10-15.

4 Zie voor een succesvol beroep op Adeneler: Ktr. Utrecht 18 december 2013, JAR 2014/43, m.nt. Zwemmer. Zie ook Ktr. Utrecht 9 januari 2014, JAR 2014/4, JIN 2014/56, m.nt. Heerink-van Hattem; W.L. Roozendaal, Objectieve rechtvaardiging van tijdelijke arbeidsovereenkomsten volgens het Hof van Justitie: is de WWZ richtlijnconform?, AR Annotatie 2014/252.

5 Meest recent nog in Hof van Justitie EU 24 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:514.

6 Zie daarover de bijdrage van Verburg in dit nummer.

7 <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/82309NED/table?ts=1634765066153>, laatste-lijk geraadpleegd op 20 oktober 2021.

8 Stb. 1998, 330.

Ruben Houweling

tussen de twee arbeidsovereenkomsten een periode van ten minste 31 dagen zat. Van deze regeling kon op grond van lid 5 bij cao worden afgeweken. Als gezegd werd deze regeling in 1999 vervangen door de zogenoemde ketenregeling, die toestond dat in beginsel drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten gedurende een periode van drie jaar met een doorbrekingstermijn van drie maanden mogelijk waren, zonder voorafgaande opzegging. Met artikel 7:668a BW werd tevens invulling gegeven aan de verplichtingen die voortvloeien uit clause 5 van de raamovereenkomst volgend uit de bijlage bij Richtlijn 1999/70/EG (arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd).⁹ Over de precieze verhouding tussen onze nationale regeling en de verplichtingen uit de raamovereenkomst is niet veel terug te lezen. We voldeden en dat volstond.¹⁰

Deze raamovereenkomst bepaalt in clause 5 dat de lidstaten gehouden zijn één of meer van de volgende maatregelen in te voeren, of bestaande maatregelen te handhaven mits effectief, ter voorkoming van misbruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten:

- a vaststelling van objectieve redenen die een vernieuwing van tijdelijke arbeidsovereenkomsten of verhoudingen rechtvaardigen;
- b vaststelling van de maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd;
- c vaststelling van het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten of verhoudingen mogen worden vernieuwd.

Overigens bepaalt de Richtlijn in clause 5 uitdrukkelijk dat lidstaten én sociale partners een ruime beoordelingsmarge toekomt bij het vormgeven van de antimisbruikbepalingen. In de Wet flexibiliteit en zekerheid had Nederland een regeling die voldeed aan sub b en c. Objectieve redenen voor het al dan niet gebruikmaken van tijdelijke contracten (clause 5 sub a) wilde de wetgever aanvankelijk niet opnemen. Het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd wilde hij vooral aan de markt zelf overlaten.¹¹ Tot vaststelling van objectieve redenen was hij ook niet verplicht, nu reeds de invoering van een van de maatregelen voldoende zou zijn om de verplichtingen van de raamovereenkomst na te komen. Nederland voldeed reeds aan twee van de drie facultatieve voorwaarden.¹²

Omdat de oude ketenregeling te veel mogelijkheden bood om werknemers structureel en langdurig in te schakelen op basis van tijdelijke contracten, heeft de wetgever in 2015 de ketenregeling zoals deze in 1999 was vormgegeven, aangescherpt. Om meer recht te doen aan de doelstelling van de ketenregeling (en men zou daaraan kunnen toevoegen aan clause 5 van Richtlijn 1999/70/EG: het voorkomen

9 PbEG 1999, L175/43.

10 Kamerstukken I 2001/02, 27661, nr. 3, p. 4. Overigens gold dit niet voor alle onderdelen van de raamovereenkomst. De gelijke-behandelingsnorm voor bepaaldetijders (7:649 BW) werd in het BW gecodificeerd.

11 Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 6, p. 12.

12 Kamerstukken I 2001/02, 27661, nr. 322b, p. 2; Vandeputte, ArA 2007, p. 95.

van oneigenlijk gebruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten) werd de ketenregeling op de volgende wijze aangepast:

- de maximumtermijn van de ketenbepaling werd teruggebracht van drie jaar naar twee jaar;
- de doorbrekingstermijn werd verlengd van drie naar zes maanden; en
- ongeclausuleerde afwijking bij cao werd gewijzigd in een geclausuleerde en in tijd en aantal gemaximeerde afwijking.¹³

Deze laatste wijziging verdient aandacht. Artikel 7:668a lid 5 BW staat afwijking van de ketenregeling bij cao toe indien uit die cao blijkt dat voor de daar genoemde functies of functiegroepen de *intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging of verhoging vereist*. Wie denkt dat hier enkel een motiveringsplicht voor cao-partijen wordt geïntroduceerd om toe te lichten waarom zij vanwege schommelingen in de normale bedrijfsvoering een langere keten hebben afgesproken, heeft het mis. Het opvangen van normale conjuncturele schommelingen kwalificeert niet als ‘de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering’. Gedacht moet worden aan ‘de wijze waarop het productieproces is ingericht’, zoals bijvoorbeeld het projectmatig werken en de daaraan verbonden wijze van financiering. Het gaat hierbij om functies of functiegroepen waarvan uit de feiten en omstandigheden blijkt dat deze naar hun aard het gebruik van tijdelijke contracten rechtvaardigen.¹⁴ Deze uitzondering op de ketenbepaling is derhalve niet bedoeld om de gebruikelijke onzekerheid over de omvang van de omzet via veelvuldig gebruik van tijdelijke contracten op te vangen en daarmee deze onzekerheid langdurig op werknemers af te wentelen. Die onzekerheid wordt immers niet bepaald door de aard van de functie, maar door externe factoren. Of specifieke functies al dan niet voor de uitzondering in aanmerking komen, zal moeten worden beoordeeld op grond van alle omstandigheden van het geval en op basis van de argumentatie die in deze gevallen door cao-partijen is aangevoerd. Zo zal – aldus de regering – in de horeca de vaste kok niet onder de uitzonderingsmogelijkheid vallen, en een bediende die alleen tijdens drukke periodes werkt wel. Binnen de sector media kan gedacht worden aan acteurs, en binnen de academische wereld aan postdocs.¹⁵ Ook invalkrachten in het primair onderwijs kunnen naar de mening van de regering onder de geclausuleerde afwijkingmogelijkheid van de ketenbepaling vallen, aangezien uit de aard van die functie volgt dat het om tijdelijk werk gaat.¹⁶ Inmiddels is voor invalkrachten een permanente uitsluiting bij wet voorzien in lid 15. De invulling van de uitzondering is aan cao-par-

13 Er werd nog een aantal specifieke maatregelen getroffen voor onder meer de bestuurder en andere bijzondere groepen werkers. Zie hierover o.a. L.G. Verburg, *De bestuurder van de NV of BV*, Den Haag: BJu 2015. In de parlementaire geschiedenis is aandacht besteed aan de vraag of de uitsluiting bij cao van opvolgend werkgeverschap toelaatbaar is. De regering antwoordde op vragen dat sociale partners op een verantwoorde wijze met deze bevoegdheid dienen om te gaan en volledige uitsluiting van opvolgend werkgeverschap geen verantwoord gedrag vertoont. Zie hierover Ktr. Arnhem 18 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5633.

14 Zie Kamerstukken II, 33818, nr. 4, p. 23.

15 Zie over tijdelijke contracten in het (academisch) onderwijs: E. Timbermont, *Het gebruik van opeenvolgende tijdelijk arbeidsrelaties in het universitair onderwijs: doorstaan de Nederlandse en Vlaamse aanpak de toets aan de Europese regelgeving?*, ArA 2021/1, p. 33 e.v.

16 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 12-13, en nr. 7, p. 20-21. Zie ook J.M. van Slooten e.a., *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 33.

Ruben Houweling

tijen die verantwoordelijk zijn voor de afwijking bij cao. Een werknemer die van mening is dat de cao waar hij onder valt in strijd is met de wet, kan dit ter toetsing aan de rechter voorleggen.

Met deze nieuwe ketenregeling beoogde de regering te bewerkstelligen dat werknemers eerder een vast contract krijgen.¹⁷ Vanwege gesignaleerde knelpunten in bepaalde sectoren werd in april 2016 een reparatie van de wet aangekondigd.¹⁸ Als gevolg van deze reparatie is op 1 juli 2016 lid 13 ingevoegd, waarin is bepaald dat de doorbrekingstermijn onder bepaalde omstandigheden mag worden verkort van zes maanden naar drie maanden.¹⁹ Lid 13 is per 1 januari 2020 nog ruimer geformuleerd als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB). Op grond van de WAB is de ketenregeling ten opzichte van de Wwz weer iets verruimd naar drie schakels in drie jaar. De doorbrekingstermijn van zes maanden is gehandhaafd, zij het dat de mogelijkheden deze termijn te verkorten bij cao zijn verruimd (lid 13). Er is een vijftiende lid toegevoegd om vervangkrachten wegens ziekte in het lager onderwijs buiten de keten te houden.

De ketenregeling is in Nederland sinds 2015 ‘op drift’. Een wettelijke regeling met vijftien leden en veel uitzonderingen maakt de regeling complex, maar tegelijkertijd ook heel precies en specifiek. Daar zullen veel civilisten moeite mee hebben (zou Meijers niet een stelsel van open normen hebben voorgestaan?), maar het Hof van Justitie van de EU zal het toejuichen. In het arrest Adeneler werd immers gesproken van objectieve redenen, die aldus moesten worden opgevat dat zij zien 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.²⁰ Hoe concreter de afwijking, hoe beter (en het liefst in overeen- of afstemming met sociale partners).

3 De Adeneler-ratio van het vaste contract als normaaltype: achterhaald of actueel?

Uit de preambule van de raamovereenkomst bij de Richtlijn volgt dat het uitgangspunt in Europa dient te zijn ‘arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd’. Het Hof van Justitie van de EG verwijst hier ook stellig naar in Adeneler:

‘61 In dit verband gaat de raamovereenkomst ervan uit dat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de normale arbeidsverhouding zijn, maar zij erkent tegelijkertijd dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd typisch zijn

17 Zie uitvoerig over de wetswijziging en de aanleiding daartoe A.R. Houweling, Wetsvoorstel werk en zekerheid en de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd: over het nieuwe jaarcontract van acht maanden, TAP 2014/1, p. 23 e.v.; D.J.B. de Wolff, De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd volgens het wetsvoorstel Werk en zekerheid, TRA 2014/24, p. 28 e.v.

18 Zie brief aan de Tweede Kamer, Aanpassing Wet werk en zekerheid en indiening Tweede nota van wijziging wetsvoorstel arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie, 2016-0000107380.

19 Stb. 2016, 219.

20 HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, r.o. 69.

voor sommige sectoren, beroepen of activiteiten (zie punten 6 en 8 van de algemene overwegingen van de raamovereenkomst).

62 Het genot van vaste dienstbetrekkingen wordt dus opgevat als een essentieel onderdeel van de werknemersbescherming (zie arrest Mangold, reeds aangehaald, punt 64), terwijl arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd maar in sommige omstandigheden in de behoeften van zowel de werkgever als de werknemer kunnen voorzien (zie tweede alinea van de preambule en punt 8 van de algemene overwegingen van de raamovereenkomst).’

Ook in recente arresten van het Hof van Justitie van de EU staat het ‘uitgangspunt van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd’ nog immer centraal.²¹ Maar is dat uitgangspunt nog wel houdbaar? De Richtlijn dateert uit 1999 en is het resultaat van een raamovereenkomst. Daar is de nodige voorbereiding aan voorafgegaan, zodat de geest van deze Richtlijn er waarschijnlijk één uit de jaren negentig van de vorige eeuw is. Kortom, een regeling die inmiddels zeker 25 tot 30 jaar oud is qua gedachtegoed. Is de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd nog steeds het uitgangspunt in Europa? Numeriek gezien is dit ongetwijfeld het geval. En ja, Nederland (b)lijkt ‘Koning Flex’ te zijn en af te wijken van de rest van Europa, dus ons past wellicht bescheidenheid de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in twijfel te trekken, maar toch. Is in toenemende mate werk niet enorm versplinterd en in tijd gefragmenteerd? Platformwerk is slechts een voorbeeld.

Maar wellicht nog iets principiëler: wat houdt het uitgangspunt van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd precies in? Een vast contract voor nul uur is nog steeds heel onzeker. Een vast contract voor vijf uur vast per week (splinterbaan) geeft nog geen bestaanszekerheid. Een vast contract in Nederland is weer totaal anders dan een vast contract in Spanje.

De raamovereenkomst geeft geen nadere aanduiding van ‘wat’ dit uitgangspunt precies inhoudt. Uiteraard is de klassieke balans tussen arbeid en kapitaal te herleiden uit de preambule: bedrijven moeten kunnen concurreren en in die zin flexibele arbeid kunnen inzetten (en afschalen), maar het mag niet ten koste gaan van de vaste arbeidsplaats. Diezelfde balans treffen we ook aan in de preambule van de Uitzendrichtlijn en is vrij recent door het Europees Hof van Justitie nog eens stevig onderstreept: niettegenstaande de rechtmatige behoefte van werkgevers aan flexibiliteit hebben werknemers recht op toegang tot een vast contract.²²

Nu valt het Hof niets te verwijten. Het past de spelregels toe zoals die uit de raamovereenkomst volgen. Ik zou het evenwel toejuichen als de Europese wetgever in de nabije toekomst met bijvoorbeeld wetgeving rondom platformarbeid meer invul-

21 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 24 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:514: ‘aangezien een dergelijk gebruik van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd lijnrecht ingaat tegen de premisse waarop de raamovereenkomst berust, namelijk dat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de normale arbeidsverhouding zijn, zelfs al zijn arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd typisch voor sommige sectoren, beroepen of activiteiten’. Zie ook HvJ EU 19 maart 2020, C-103/18 en C-429/18, ECLI:EU:C:2020:219, (Sánchez Ruiz e.a.), r.o. 76.

22 HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823.

Ruben Houweling

ling geeft aan wat hij precies voor ogen heeft met ‘het uitgangspunt van het vaste contract’. Wordt in feite niet bedoeld wat wij in Nederland noemen ‘het betere werk’?²³ Het gaat dan om meer zekerheid van inkomen (uit werk of uitkering), om meer zeggenschap en grip op leven en arbeid. Die zekerheden volgen niet (per se) uit een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Sterker, gaan we naar het begin van de twintigste eeuw, dan volgde die zekerheid juist uit een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, omdat die in beginsel niet tussentijds kon worden beëindigd (voor de duur van het contract had de werknemer zekerheid, dat was bij onbepaalde contracten anders). Veel van deze zogenoemde bestaanszekerheden volgen veeleer uit het sociale vangnet (WW, bijstand) en zaken als minimumloon dan uit de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.²⁴ Kortom, het uitgangspunt is prachtig, maar zegt tegelijkertijd vrij weinig.

4 Opeenvolgende arbeidsovereenkomsten die voorzien in permanente behoefte van arbeid (mogen niet)

Als we het uitgangspunt van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd serieus nemen, laten we dan eens kritisch kijken naar onze ketenregeling. In het arrest Adeneler overwoog het Hof het volgende:

‘73 Zou worden aanvaard dat een nationaal voorschrift van rechtswege en zonder verdere precisering opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kan rechtvaardigen, dan zou worden gehandeld in strijd met de doelstelling van de raamovereenkomst, die erin bestaat werknemers te beschermen tegen werkonzekerheid, en zou het beginsel dat overeenkomsten voor onbepaalde tijd de normale arbeidsverhouding zijn, elke betekenis verliezen.

74 Meer in het bijzonder kunnen uit het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, wanneer dit enkel op een algemene wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling is gebaseerd die geen verband houdt met de concrete inhoud van de betrokken activiteit, geen objectieve en transparante criteria worden afgeleid om na te gaan of de vernieuwing van dergelijke overeenkomsten beantwoordt aan een werkelijke behoefte, geschikt is om de nagestreefde doelstelling te bereiken, en daartoe noodzakelijk is.’

Deze overweging is, al dan niet geparafraseerd, in vrijwel alle arresten van het Europese Hof van Justitie op het terrein van tijdelijke arbeid terug te lezen. Daarbij gaat het steeds om uitleg die moet worden gegeven aan clause 5 sub a: objectieve redenen voor tijdelijke arbeid. Als de objectieve redenen maar deugen, dan kan repeterend gebruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten gerechtvaardigd zijn. Naar het oordeel van het Hof in de zaak Küçük leidt de enkele omstandigheid dat sprake is van repeterend gebruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten (dertien overeenkomsten) gedurende een lange periode (elf jaar) niet tot misbruik indien daarvoor

23 Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht, WRR 2020.

24 Overigens lijken de sociale partners van de EU dit belang van sociaal vangnet ook te erkennen in de raamovereenkomst. Zie alinea 5 van de preambule.

objectieve redenen aangevoerd kunnen worden (bijvoorbeeld: vervanging van uitgevallen personeel). Wel brengen deze omstandigheden een zeker vermoeden met zich dat de nationale rechter steeds zal moeten toetsen.²⁵ Rechtspraak van het Hof laat zich op dit punt aldus samenvatten dat van objectieve redenen enkel sprake kan zijn indien de noodzaak aanwezig is om aan reële en tijdelijke behoeften aan arbeid te beantwoorden. Kortere geformuleerd, de tijdelijke arbeidsovereenkomsten mogen niet in een permanente behoefte aan arbeid voorzien.

Bij nadere bestudering van Europese ‘case law’ (blijkt het Hof het verbod op permanente tijdelijkheid toch vooral aan de orde te stellen bij een clause 5 sub a-schending. Zodra lidstaten (ook) een sub b- of sub c-antimisbruikregeling hebben getroffen, gaat deze ‘nuttige werking van de Richtlijn’-uitleg opeens minder goed op. Dit kwam duidelijk terug in zijn in 2021 gewezen EB-zaak:

‘61 Het klopt dat de verwijzende rechter onder verwijzing naar de arresten van 14 september 2016, Martínez Andrés en Castrejana López (C-184/15 en C-197/15, EU:C:2016:680), en 25 oktober 2018, Sciotto (C-331/17, EU:C:2018:859), opmerkt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling geen objectieve en transparante criteria bevat aan de hand waarvan kan worden bepaald of de sluiting en de verlenging van A-overeenkomsten, ten eerste, worden gerechtvaardigd door reële tijdelijke behoeften, en, ten tweede, geschikt zijn om in die behoeften te voorzien, en of zij op evenredige wijze worden uitgevoerd.

62 In dit verband moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat, anders dan in de omstandigheden van de zaken die hebben geleid tot de arresten van 14 september 2016, Martínez Andrés en Castrejana López (C-184/15 en C-197/15, EU:C:2016:680), en 25 oktober 2018, Sciotto (C-331/17, EU:C:2018:859), de op het hoofdgeding toepasselijke nationale wettelijke regeling maatregelen bevat die overeenkomen met die van clause 5, punt 1, onder b) en c), van de raamovereenkomst. (...)

64 In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat in voornoemde arresten de betrokken werknemers in volledige onzekerheid verkeerden over de duur van hun arbeidsverhouding. In casu worden de personen die een A-overeenkomst sluiten, zoals die tussen EB en de universiteit, daarentegen vóór de ondertekening van de overeenkomst ervan op de hoogte gesteld dat de arbeidsverhouding niet langer dan vijf jaar kan duren. (...)

67 In de derde plaats moet worden vastgesteld dat het feit dat de universiteiten permanent behoefte hebben aan universitaire onderzoekers, zoals blijkt uit de betrokken nationale regeling, niet betekent dat niet aan deze behoefte kan worden voldaan door gebruik te maken van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

68 De functie van onderzoeker lijkt immers te worden beschouwd als de eerste fase in de loopbaan van een wetenschapper, waarbij de onderzoeker hoe dan

25 HvJ EU 26 januari 2012, C-586/10 (Kücük/Land Nordrhein-Westfalen); F.J.L. Pennings, Moeilijker handhaving van op sociale dialoog gebaseerde regulering?, NTER 2012/7.

Ruben Houweling

ook voorbestemd is om door te stromen naar een andere functie, namelijk een docerende functie, eerst als universitair (hoofd)docent en vervolgens als hoogleraar.²⁶

Als gezegd, speelde in het arrest EB een gecombineerde regeling van 'objectieve gronden' en geclausuleerde tijdelijkheid. Als de regeling had geluid 'onderzoekers zijn werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en alleen bij benoeming tot universitair onderzoeker ontstaat aanspraak op een vast contract', dan had het Hof mogelijk anders geoordeeld. Ten minste had hij dan de vraag gesteld of de volledige uitsluiting van het vaste contract niet op gespannen voet staat met de Adeneler-rechtspraak.

Toch vraag ik me af of deze beperkte toetsing van de sub b- en sub c-gronden juist is. Zou het niet juist vanuit het uitgangspunt van de Richtlijn, te weten de vaste arbeidsovereenkomst is de norm, zo moeten zijn dat steeds de vraag moet worden beantwoord of er een permanente behoefte is aan arbeid en indien ja, deze permanente behoefte niet met tijdelijke arbeidsovereenkomsten kan worden opgevuld? Dit zou in feite betekenen dat ook bij toepassing van de sub b- en sub c-maatregelen het Hof als extra eis zou mogen, nee moeten, stellen dat een werkgever zijn motieven kenbaar moet maken. Moet objectiveren.

Stel, we nemen een sector waarin de factor arbeid makkelijk inwisselbaar is. Elke twee à drie jaar wordt een werknemer wegens het bereiken van de maximale duur of het maximale aantal van de ketens in de ketenregeling vervangen door een nieuwe werknemer, die ook weer in de flexibele schil blijft hangen. Moet vanuit het uitgangspunt dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd het uitgangspunt is, niet worden geredeneerd dat in deze sector of bij deze werkgever misbruik wordt gemaakt van tijdelijke arbeidskrachten omdat niet wordt voorzien in een noodzakelijke en werkelijke behoefte, aangezien de arbeidsbehoefte vrij permanent is? En ja, daarmee stel ik in feit de hoofdregel van artikel 7:668a BW in twijfel in die gevallen waarin flex voor flex wordt ingewisseld. Kennelijk is voor die sector drie tijdelijke contracten voor de duur van drie jaar onvoldoende effectief om misbruik van tijdelijke contacten te voorkomen. En pas op. Als we de vraagstelling te smal maken en enkel de rechtspositie van de werker beschouwen, dan miskennen we dat zowel de raamovereenkomst als rechtspraak van het Hof het steeds heeft over 'dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd typisch zijn voor sommige sectoren, beroepen en activiteiten en zowel de werkgevers als de werknemers goed kunnen uitkomen' (mijn cursivering). En dat die typering dan wel duidelijk en transparant moet blijken uit – met sociale partners – overeengekomen regelingen. Op grond van een wettelijke 3 x 3-regeling flex voor flex inruilen, past niet bij een dergelijke typering.

In de reeds aangehaalde Kücük-uitspraak (elf jaar/dertien tijdelijke contracten) overwoog het Hof: 'Automatisch verlangen dat arbeidsovereenkomsten voor onbe-

26 Zie HvJ EU 3 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:438. Zie hierover kritisch M.S.A. Vegter in haar noot onder JAR 2021/176.

paalde tijd worden gesloten wanneer de omvang van de betrokken onderneming of entiteit en de samenstelling van haar personeel inhouden dat de werkgever te maken heeft met een terugkerende of permanente behoefte aan vervangend personeel, zou verder gaan dan de doelstellingen van de raamovereenkomst en richtlijn 1999/70 en geen rekening houden met de beoordelingsmarge die deze de lidstaten en in voorkomend geval de sociale partners laten.²⁷ Ook in de recente conclusie van A-G Tanchev²⁸ over de uitleg van de term ‘tijdelijk’ in het kader van de Uitzendrichtlijn lezen we terug dat via uitzendkrachten voorzien in een permanente behoefte aan arbeid ‘op zich’ niet verboden is. Het gaat erom dat de uitzending ‘tijdelijk’ is (en niet het werk bij de inlener). We zien dus een spanningsveld in de rechtspraak van het Hof waarbij enerzijds de ‘doelstrekking’ van de Richtlijn wordt gebruikt om de sub a-grond in te perken en anderzijds ruimte wordt geboden om flex optimaal in te zitten, mits geen misbruik plaatsvindt. Vallen we terug op de doelstrekking van het arrest Adeneler (in combinatie met de Uitzendrichtlijn-zaak uit 2020), dan zijn er in mijn beleving sterke argumenten om ook bij toepassing van sub b en sub c te toetsen aan het doel van de Richtlijn en de nationale correctiemechanismen toe te passen indien blijkt dat het doel van de Richtlijn onvoldoende wordt behaald met huidige wetgeving.²⁹ In Nederland zou dat betekenen: conversie in een vast contact.

5 Tot besluit: werk aan de winkel

In juni 2021 verscheen het SER Advies 2021.³⁰ In dit advies werd door sociale partners voorgesteld de ketenregeling aan te passen, in die zin dat de doorbrekingstermijn van zes maanden zou komen te vervallen. Dit zou betekenen dat na drie tijdelijke contracten of drie jaar elk volgend tijdelijk contract van rechtswege zou converteren in één voor onbepaalde tijd. Van deze regeling werden seizoenswerkers en studenten uitgezonderd. In januari 2020 had de commissie-Borstlap nog geadviseerd de ketenregeling van drie jaar terug te brengen naar maximaal twee jaar (gelijk aan de Wwz). Het is afwachten welk standpunt de nieuw te formeren regering zal innemen.³¹ Wat mij betreft neemt Koning Flex (Nederland) een moe-

27 HvJ EU 26 januari 2012, C-586/10 (Küçük/Land Nordrhein-Westfalen), r.o. 56.

28 Zie o.m. overweging 42: ‘(...) There is no clear link between any of these aims and the act of tying the concept of “temporarily” to the post to which the temporary agency worker is assigned. The same applies to the objective inherent in Directive 2008/104 that recourse to temporary work should not become a permanent situation. (27) As pointed out by the defendant in its written observations, the aims of job creation and integration of workers into the job market (see recital 11) cannot lead to the conclusion that permanent jobs are per se precluded from being assigned to workers on a temporary basis.(...)’, ECLI:EU:C:2021:727.

29 Zo ook Timbermont: ‘Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie mag immers blijken dat het gebruik van dergelijke arbeidsovereenkomsten niet kan worden aangewend om een structureel tekort aan arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd op te vangen, noch om op permanente en duurzame wijze taken uit te voeren die tot de ‘normale’ werkzaamheden van de betrokken sector behoren’, ArA 2021/1, p. 49-50.

30 Sociaaleconomisch beleid 2021-2025, Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving (SER-advies 21/08 van juni 2021).

31 A.R. Houweling, SER-advies 2021: een geslaagde onvoldoende voor het Sociaal Akkoord arbeidsmarkt, TAC 2021/2, p. 62 e.v.

Ruben Houweling

dige Adeneler-stap voorwaarts door de wederindienstredings sanctie op te nemen in de wet bij het inruilen van flex-voor-flex. Wordt de arbeidsovereenkomst van een werknemer niet verlengd en wordt binnen zes maanden na afloop van de arbeidsovereenkomst een andere werknemer voor dezelfde arbeid aangenomen zonder dat eerst de werknemer de vacante positie is aangeboden, dan komt de werknemer in aanmerking voor herstel van de arbeidsovereenkomst of een billijke vergoeding. Enkel bij 'objectief gebleken ongeschiktheid voor de functie' kan de rechter het verzoek tot herstel of een billijke vergoeding afwijzen. De strekking moge duidelijk zijn. De ingezette koers sinds het arrest Adeneler niet afzwakken of beperkt houden tot 'Clause 5A-tjes', maar vanuit het uitgangspunt van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd juist breder de 'objectieve redenen'-toets aanleggen. De echte vraag is daarmee nog steeds niet beantwoord: vinden we (Nederland – Europa?) anno 2021 het vaste contract als uitgangspunt nog immer actueel? Het onbepaalde is bepaald.