

ARTIKEL

De handelings(on)vrijheid van sociale partners: artikel 7:668a BW in het licht van clause 8(4) Richtlijn 1999/70/EG

Prof. mr. B.P. Ter Haar & prof. mr. S.S.M. Peters

1 Inleiding¹

De EU heeft verschillende instrumenten die bescherming bieden aan werknemers die werkzaam zijn op basis van een flexibele arbeidsovereenkomst. Een van die instrumenten is de raamovereenkomst die sociale partners op EU-niveau hebben gesloten en die via Richtlijn 1999/70/EG door de lidstaten in nationaal recht is geïmplementeerd.² Het uitgangspunt van de raamovereenkomst is dat ‘arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de normale arbeidsverhouding tussen een werkgever en een werknemer zijn en zullen blijven’, maar ook ‘dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in sommige omstandigheden in de behoeften van zowel de werkgever als de werknemer voorzien’.³ Een van de doelen van de richtlijn is dan ook om misbruik van (opeenvolgende) tijdelijke contracten tegen te gaan. Deze doelstelling is uitgewerkt in clause 5, die de lidstaten de verplichting oplegt om maatregelen ter voorkoming van misbruik in te voeren, te weten een beperking in aantal en/of duur van opeenvolgende tijdelijke contracten en/of een objectieve reden voor het gebruik van opeenvolgende tijdelijke contracten.

De raamovereenkomst kent, in het bijzonder in clause 8(4), aan sociale partners een grote rol toe. Deze – in zowel de literatuur als de jurisprudentie onderbelichte – bepaling geeft sociale partners een zeer ruime handelingsvrijheid, namelijk om onverlet hetgeen is bepaald in de raamovereenkomst, overeenkomsten te sluiten ‘waardoor de voorzieningen van deze overeenkomst worden aangepast of aangevuld op een manier die rekening houdt met de specifieke behoeften van die betrokken sociale partners’. Die handelingsvrijheid is actueel, nu de afwijkingsmogelijkheden van sociale partners in de Nederlandse ketenregeling na haar invoering steeds meer zijn ingeperkt en een verdere inperking is opgenomen in het thans voorliggende Conceptwetsvoorstel verbetering zekerheid flexibele arbeidskrach-

- 1 Dit artikel is een bewerking van onze bijdrage getiteld ‘Clause 8(4) Richtlijn 1999/70/EG, artikel 7:668a BW en de (ont)ketening van sociale partners’, zoals opgenomen in het liber amicorum voor F.J.L. Pennings (Heroriëntatie op arbeid en sociale bescherming, Deventer: Kluwer 2024).
- 2 Richtlijn 99/70/EG van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, PbEG 1999, L 175/43.
- 3 Alinea 2 van de preambule bij de raamovereenkomst. Zie ook punten 6 en 8 van de algemene overwegingen bij de raamovereenkomst.

Prof. mr. B.P. Ter Haar & prof. mr. S.S.M. Peters

ten.⁴ Met die wijzigingen wil de Nederlandse wetgever werknemers beschermen en hun meer perspectief op een vast contract bieden. De vraag is echter hoe bedoelde inperking van de handelingsvrijheid van sociale partners zich verhoudt tot het EU-recht.

Ter beantwoording van die vraag bespreken we eerst de Nederlandse ketenregeling, waarbij de aandacht vooral gericht is op de mogelijkheden van sociale partners om van de wettelijke regeling af te wijken. We maken inzichtelijk dat de wetgever vanaf 2015 die mogelijkheden steeds meer heeft ingeperkt, en onderzoeken de betekenis van de afwijkingsmogelijkheden in de praktijk (paragraaf 2). Daarna volgt het Europese deel, waarin Richtlijn 1999/70/EG en de raamovereenkomst die daarmee ten uitvoer wordt gebracht centraal staan (paragraaf 3). We bespreken artikel 2 van de richtlijn en clausules 5(1) en 8(4) van de raamovereenkomst, bezien wat de doctrine leert over clausule 8(4) en analyseren de relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU, hierna ook: het Hof). Vervolgens reflecteren we op de relatie tussen genoemde clausules en wat dit betekent voor de mogelijkheden van de nationale wetgever om de handelingsvrijheid van sociale partners in te perken. We ronden af met een slotbeschouwing, waarin we een antwoord op de hoofdvraag formuleren.

2 De Nederlandse ketenregeling

2.1 *Het wettelijk kader: toen, nu en straks*

De ketenregeling van artikel 7:668a Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt wanneer een reeks van opeenvolgende tijdelijke contracten tussen dezelfde partijen van rechtswege wordt omgezet in een vast contract. Deze door de Wet Flexibiliteit en Zekerheid (1999)⁵ ingevoerde regeling is door de Nederlandse wetgever aangemerkt als implementatiewet van clausule 5 van Richtlijn 99/70/EG.⁶ Zij is aangepast door de Wet werk en zekerheid (Wwz, 2015)⁷ en de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB, 2020)⁸.

Thans geldt volgens het eerste lid van artikel 7:668a BW het laatste tijdelijke contract als een vast contract zodra de tijdelijke contracten elkaar met een tussenpoos van ten hoogste zes maanden langer dan drie jaar (tussenpozen inbegrepen) hebben opgevolgd of zodra een vierde contract in de keten wordt gesloten. Bij een tussenpoos van langer dan zes maanden is de keten doorbroken.

Krachtens het tweede lid is deze regeling ook van toepassing indien ergens in de keten een werkgeverswissel plaatsvindt en de nieuwe werkgever ‘ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moet worden’ de ‘opvolger’ van de oude werkgever te zijn. Daarvan is volgens de wetgever kort gezegd sprake als de werk-

4 Het Conceptwetsvoorstel is per 9 juli 2023 in internetconsultatie gegaan: www.internetconsultatie.nl/wetverbeteringrechtspositieflexibelearbeidskrachten/b1. De consultatie heeft 133 reacties opgeleverd en is inmiddels gesloten.

5 Stb. 1998, 300.

6 Zie Kamerstukken II 2000/01, 27661, nr. 3, p. 4.

7 Stb. 2014, 216.

8 Stb. 2019, 219.

De handelings(on)vrijheid van sociale partners: artikel 7:668a BW in het licht van clause 8(4) Richtlijn 1999/70/EG

nemer min of meer dezelfde werkzaamheden blijft verrichten ('wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden') en de aanleiding van het overgaan van de oude naar de nieuwe werkgever ingegeven is door een organisatorische of andere wijziging die zich bij een van de werkgevers voordeed.⁹ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij werkgeverschapswisselingen tussen uitlener en inlener, contractwissels na een nieuwe aanbesteding en in concernverhoudingen. De figuur van opvolgend werkgeverschap komt in de Europese richtlijn niet voor. Het Hof heeft in het MIUR-arrest overwogen dat de ketenmaxima van clause 5(1)(b) slechts betrekking hebben op 'de situatie waarin er slechts één werkgever is, zodat deze clause alleen relevant is in geval van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd die door een onderzoeker met een en dezelfde universiteit worden aangegaan'.¹⁰ Hierbij is van belang dat het Hof dit overwoog ten aanzien van een Italiaanse wet die een totale duur van twaalf jaar vaststelde voor 'alle overeenkomsten voor bepaalde tijd die een universitair onderzoeker kan aangaan met een of meer universiteiten'. Hierin werden dus de arbeidsovereenkomsten samengeteld die zijn aangegaan met verschillende universiteiten – ongeacht of die elkaars opvolger zijn ten aanzien van de verrichte arbeid. Het is onzes inziens niet uit te sluiten, mede gelet op de beschermingsdoelstelling van de richtlijn,¹¹ dat het Hof een arbeidsovereenkomst met een andere werkgever die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs als opvolger moet worden beschouwd, als 'opeenvolgend' in de zin van de richtlijn zal aanmerken.¹² Hiermee kan worden voorkomen dat werknemers toch in een precare situatie komen te verkeren. Uit de jurisprudentie van het Hof volgt ook dat, hoewel het in beginsel aan de lidstaten is om te bepalen onder welke voorwaarden tijdelijke contracten als 'opeenvolgend' gelden, 'de aldus aan de lidstaten gelaten beoordelingsmarge grenzen kent, aangezien zij niet zo ruim kan zijn dat daarmee afbreuk wordt gedaan aan de doelstelling of het nuttig effect van de raamovereenkomst'.¹³

Op de Nederlandse ketenregeling worden vele uitzonderingen gemaakt (lid 5 t/m 15).¹⁴ De voor onze bijdrage relevante uitzonderingen zijn de toegestane afwijkingsmogelijkheden bij cao – dat zijn er vijf. De idee achter dit zogenoemde driekwartdwingend recht is enerzijds dat de machtsverhouding tussen de onderhandelende cao-partijen zodanig is dat een regeling tot stand komt die voor beide partijen redelijk is, en anderzijds dat zij maatwerk voor hun sector of onderneming

9 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 8, p. 14-16 (Wwz).

10 HvJ EU 15 december 2022, C-40/20 en C-173/20, ECLI:EU:C:2022:985 (MIUR), r.o. 71.

11 In par. 3 gaan we nader op de richtlijn in.

12 In gelijke zin (maar geschreven vóór het genoemde MUIR-arrest) I. Lintsen, De continuïteit van de arbeidsrelatie bij aanbestedingen (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2022, p. 229-230.

13 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 11 februari 2021, C760/18, ECLI:EU:C:2021:113 (OTA), r.o. 41. Idem: Lintsen 2022, p. 230.

14 Voorts bevat artikel 7:691 BW een nadelige uitzondering van de ketenregeling voor werknemers werkzaam op basis van een uitzendovereenkomst, waarvan bij cao nog verder mag worden afgeweken. Richtlijn 99/70/EG is echter niet van toepassing op werknemers die door een uitzendbureau ter beschikking van een inlener worden gesteld. Deze werknemers vallen wel onder Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid, waarin in artikel 5 lid 5 een (zwakkere) antimisbruikbepaling is opgenomen. Wij behandelen artikel 7:691 BW daarom verder niet.

kunnen leveren.¹⁵ Soms stelt de wet precies de grenzen voor de afwijking vast, soms bepaalt de wet dat bij cao de gehele ketenregeling of onderdelen daarvan buiten werking kunnen worden gesteld. De eerste modaliteit is (uitsluitend) te vinden in lid 5: bij cao kunnen, voor bij die cao te bepalen specifieke functies, de maxima van het eerste lid (drie jaar, drie tijdelijke contracten) worden verlengd tot vier jaar respectievelijk zes tijdelijke contracten. Uit de cao moet dan wel blijken dat voor die functies de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging en/of verhoging vereist. Er zal dus een objectieve rechtvaardiging voor de afwijking moeten zijn.

De tweede modaliteit is te vinden in lid 6, 8, 9 en 13. Lid 9 staat toe dat bij cao voor zogenoemde leerovereenkomsten de ketenregeling (gedeeltelijk) niet van toepassing wordt verklaard.¹⁶ Lid 13 staat een verkorting van de tussenpoos tot drie maanden toe voor seizoenswerk. Krachtens lid 6 kan bij cao worden afgeweken van lid 2, zodat de regeling van opvolgend werkgeverschap geheel buiten werking kan worden gesteld. Lid 8 opent de mogelijkheid om in een cao de ketenregeling geheel buiten werking te stellen voor bepaalde functies in een bedrijfstak, indien die functies in een ministeriële regeling zijn aangewezen omdat het voor die functies in die bedrijfstak gebruikelijk is en het vanwege de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering en van die functies noodzakelijk is dat alleen op basis van tijdelijke contracten wordt gewerkt. Het gaat om de Regeling ketenbepaling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonrechter.¹⁷ De wetgever beoogde die regeling 'in een beperkt aantal gevallen te gebruiken en in die regeling uitzonderlijke sectoren aan te wijzen'.¹⁸ In de regeling worden bijvoorbeeld (kort gezegd) de functies van profvoetballer,¹⁹ bondstrainer of technisch directeur werkzaam bij een nationale sportbond, dansers en acteurs in de podiumkunstensectoren dans of theater, en remplaçanten in orkesten aangewezen. Om de ketenregeling krachtens het achtste lid geheel buiten werking te stellen, is dus een tweetrapsraket nodig: de minister geeft de wettelijke speelruimte aan (ministeriële regeling) en sociale partners in de sector kunnen daarvan gebruikmaken als ze het eens worden (cao).

2.2 Inperking maatwerkruimte sociale partners

Tot de inwerkingtreding van de Wwz was de afwijkingsmogelijkheid bij cao veel ruimer geformuleerd. Volgens het oude lid 5 kon bij cao van alle (destijds vier) onderdelen van artikel 7:668a BW ten nadele van de werknemer worden afgeweken en was het mogelijk om de gehele ketenregeling buiten toepassing te verklaren. Deze afwijkingsmogelijkheid is volgens de wetsgeschiedenis van de Wet Flexibili-

15 Dit zal niet altijd het geval zijn, denk aan een zogenoemde 'gele bond' aan werknemerszijde. Zie over de mogelijkheden cao's gesloten met dergelijke 'schootbonden' nietig te verklaren ex artikel 3:40 lid 2 BW wegens strijd met artikel 2 Wet CAO: H. van Steenberghe, Geen cao zonder onafhankelijke vakbond. Het belang van onafhankelijke vakbonden en hoe dat te waarborgen; naar het voorbeeld van Duitsland, TAP 2021/3. Dit punt laten wij in onze bijdrage verder rusten.

16 Dit wordt uitdrukkelijk toegestaan in clause 2 lid 2 sub a Raamovereenkomst.

17 Stcrt. 2015, 17972; laatstelijk gewijzigd bij Stcrt. 2023, 11039.

18 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 96. Zie ook nr. 4, p. 23.

19 Bij de laatste wijziging van de regeling (Stcrt. 2023, 11039) ging zij ook gelden voor vrouwelijke contractspelers in het betaald voetbal.

De handelings(on)vrijheid van sociale partners: artikel 7:668a BW in het licht van clause 8(4) Richtlijn 1999/70/EG

teit en Zekerheid ‘uitdrukkelijk in de wet opgenomen om sociale partners in een bepaalde bedrijfstak of onderneming maatwerkafspraken te kunnen laten maken’.²⁰ Dat maatwerk kon dus inhouden dat cao-partijen elke beperking qua duur van de keten en aantal schakels terzijde schoven. Anderhalf decennium later meende de Wwz-wetgever echter dat die ongeclauseerde afwijkmogelijkheid te veel ruimte bood om de ketenbepaling op te rekken. ‘Dit kan leiden tot een langdurige en oneigenlijke inzet van tijdelijke contracten.’²¹ De wetgever zegt het niet uitdrukkelijk, maar uit zijn opmerkingen over deze wetswijziging en de antimisbruikmaatregelen die Richtlijn 99/70/EG eist, lijkt te volgen dat hij meent dat het oude lid 5 onverenigbaar met de richtlijn is.²² De ongelimiteerde afwijkmogelijkheid bij cao werd geschrapt, maar, zoals hiervoor beschreven, er zijn nog wel verschillende andere afwijkingen bij cao mogelijk.

In 2023 werd duidelijk dat het (inmiddels demissionaire) kabinet de ruimte voor cao-partijen om ‘maatwerkafspraken’ te maken verder wil inperken. In het Conceptwetsvoorstel verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten²³ komt de mogelijkheid te vervallen die lid 5 cao-partijen biedt om voor bepaalde functies de ketenmaxima op te rekken. Hiermee wil men het uitgangspunt versterken dat uiterlijk na drie jaar en maximaal drie tijdelijke contracten een vast contract volgt. Kennelijk noodzaakt de aard van de bedrijfsvoering in bepaalde sectoren die de wetgever bij de invoering van deze afwijkmogelijkheid in 2015 (Wwz) nog op het oog had,²⁴ niet meer tot het toestaan van een flexibelere regeling – althans de afweging tussen flexibiliteit voor werkgevers en zekerheid voor werknemers wordt nu anders gemaakt.

Verder wordt voorgesteld om de (bij de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in 1999 ingevoerde) afwijkmogelijkheid bij cao van het opvolgend werkgeverschap in te perken. Die afwijking wordt alleen nog toegestaan ten aanzien van het maximumaantal van drie tijdelijke contracten van lid 1(b), maar niet meer van de totale ketenduur van drie jaar van lid 1(a). De regering vindt het ‘inherent onwenselijk’ als opvolgend-werkgeverschapsconstructies gebruikt worden om de ketenbepaling te omzeilen. Zij bestempelt dit als een ‘verstoring’ die moet worden weggenomen, ‘zodat dit leidt tot meer duurzame arbeidsrelaties, waarin werknemers en werkgevers over en weer in elkaar investeren’.²⁵ Kennelijk zit die verstoring volgens de regering vooral in een cao-afwijking die een langere ketenduur toestaat. De afwijkmogelijkheid van lid 8 blijft ongemoeid.

20 Handelingen I 1997/98, 25263, p. 1540.

21 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 12-15.

22 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 75. Aldus ook J.P.H. Zwemmer in zijn noot bij JAR 2014/43.

23 Zie www.internetconsultatie.nl/wetverbeteringrechtspositieflexibelearbeidskrachten/b1.

24 Gedacht werd aan de wijze waarop het productieproces is ingericht, bijvoorbeeld ten aanzien van de wijze waarop de werkzaamheden worden gefinancierd. Genoemd werden de sectoren media en cultuur en de academische sector, waarin sprake zou zijn van ‘afgeronde werkzaamheden die noodzakelijkerwijs met zich brengen dat zij projectmatig worden gefinancierd en daarom verlenging van de ketenbepaling rechtvaardigen’, Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 13.

25 MvT bij Conceptwetsvoorstel Wet meer zekerheid flexwerkers, par. 3.1 en 3.2.3.

De algemene doelstelling van de wijzigingen is, aldus de regering, niet om flexibele arbeid onmogelijk te maken, maar om meer zekerheid te bieden. De arbeidsmarkt en de belangen tussen werknemers en werkgevers zouden hiermee meer in balans worden gebracht.²⁶ Opmerkelijk is dat de wetgever die betere balans niet zoekt in bijvoorbeeld het weer terugbrengen van de *wettelijke* maximale ketenduur naar twee jaar (zoals ingevoerd door de Wwz, maar later weer teruggedraaid door de WAB²⁷), maar in het inperken van de mogelijkheden van *sociale partners* om tot een op hun sector toegesneden cao-regeling te komen. Daarnaast zoekt de wetgever die betere balans in het afschaffen van de doorbrekingstermijn van zes maanden; deze wordt vervangen door een administratieve vervaltermijn van vijf jaar.²⁸

2.3 Afwijkingmogelijkheden in de Nederlandse literatuur en jurisprudentie

Uit de vorige paragraaf blijkt dat er sinds 2015 (Wwz) een tendens is om de handelingsvrijheid van sociale partners om tot 'ketenmaatwerk' te komen steeds verder in te perken. Deze inperking is in lijn met de heersende opvatting²⁹ in de Nederlandse literatuur dat een ruime vrijheid van sociale partners om van de wettelijke ketenregeling af te wijken, zich slecht verhoudt tot Richtlijn 1999/70/EG. Zo schreef Pennings met betrekking tot het oude lid 5: 'Het moge duidelijk zijn dat als afwijking bij cao zonder enig nader criterium (genoemd in clause 5 van de Raamovereenkomst) is toegestaan, Nederland in feite geen enkele methode hanteert van de in artikel 5 van de Raamovereenkomst genoemde. In verband met de ongeclausuleerde afwijkingmogelijkheid van artikel 7:668a lid 5 BW kan men zeggen dat Nederland niet aan de richtlijn voldoet.'³⁰

Op basis van ons onderzoek van de gepubliceerde jurisprudentie met betrekking tot de onbegrensde afwijkingmogelijkheden van het oude lid 5 en het huidige lid 6 van artikel 7:668a BW, stellen wij vast dat de teneur in de jurisprudentie vergelijkbaar lijkt met die in de doctrine. Zo oordeelde het hof Amsterdam onder het oude recht dat de bepaling in de CAO Remplaçanten Nederlandse Orkesten, die artikel 7:668a BW buiten toepassing verklaarde, 'waarschijnlijk in strijd is met de

26 MvT, par. 3.1.

27 Zie over de redenen daarvoor Kamerstukken II 2018/19, nr. 3, p. 9-10 (drie jaar zou volgens de MvT positief voor werknemers kunnen zijn, want het extra jaar werkervaring dat zij opdoen 'kan doorslaggevend zijn voor de werkgever om de persoon na die periode een contract voor onbepaalde tijd aan te bieden'). Zie daarover kritisch M. Verhagen, De nieuwe ketenbepaling: de regeling voor werk of werkloosheid?, TRA 2018/71.

28 De doorbrekingstermijn van zes maanden blijft wel gelden voor studenten en scholieren met een bijbaantje.

29 Aldus ook J.P.H. Zwemmer in zijn noot bij JAR 2014/43. Zie over de internationale en Nederlandse doctrine nader in par. 3.3.3.

30 F.J.L. Pennings, Moeilijker handhaving van op sociale dialoog gebaseerde regulering? De raamovereenkomst arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en het Küçük-arrest, NtER 2012/7, p. 261. Pennings stelt, onder verwijzing naar de arresten Adeneler (HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443) en Küçük (HvJ EU 26 januari 2012, C-586/10, ECLI:EU:C:2012:39) dat de criteria voor vernieuwing van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in de wettelijke regeling zelf moeten staan en de regering dus niet kan verwijzen naar de criteria die in de cao worden opgenomen.

De handelings(on)vrijheid van sociale partners: artikel 7:668a BW in het licht van clause 8(4) Richtlijn 1999/70/EG

Richtlijn 1999/70/EG'.³¹ Kantonrechter Utrecht oordeelde in kort geding over een vergelijkbare bepaling in de CAO (assistent-)scheidsrechters betaald voetbal.³² Cao-partijen hebben weliswaar de vrijheid om af te wijken van de wettelijke maxima – in aantal en duur – ‘maar niet om geheel af te zien van elke beperking door middel van de in clause 5 lid 1 van de raamovereenkomst genoemde maatregelen ter bescherming van de werknemers tegen voortdurende werkonzekerheid’, aldus de kantonrechter.³³

Van de afwijkingmogelijkheid van lid 6 van het huidige artikel 7:668a BW is bijvoorbeeld gebruikgemaakt in de Cao NU, waarin de regeling van het opvolgend werkgeverschap geheel is uitgesloten. In lijn met de heersende opvatting oordeelde de kantonrechter Arnhem daarover dat de cao-afwijking, gelet op de wetsgeschiedenis,³⁴ in strijd met de wet en dus nietig is.³⁵ Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden vond haar echter wel geoorloofd. Daarbij wees het gerechtshof erop dat de Wwz-wetgever deze onbegrensde afwijkingmogelijkheid heeft gehandhaafd en ervoor heeft gekozen om de invulling daarvan aan sociale partners te laten, ervan uitgaande dat zij op een verantwoorde wijze met de afwijkingmogelijkheid zullen omgaan. Ook acht het gerechtshof van belang dat deze cao-bepaling ‘ondanks de kritiek in de literatuur en de rechtspraak op cao’s waarin opvolgend werkgeverschap volledig wordt uitgesloten, vooralsnog ongewijzigd blijft en zoals het er naar uitziet dus ook in de toekomst zal gelden’. De wijze waarop in de cao uitvoering is gegeven aan de afwijkingmogelijkheid van lid 6 kan wel ‘schuren met de strekking van de richtlijn om misbruik van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd tegen te gaan’, maar maakt niet dat een beroep op de bepaling ongeoorloofd is of de bepaling nietig is. Bepalend daarvoor zijn volgens het hof dat de wetgever ervoor heeft gekozen om bij cao onbegrensde afwijking van art. 7:668a lid 2 BW toe te staan, hetgeen niet in strijd is met de richtlijn, en dat de cao-bepaling de uitkomst is van cao-onderhandelingen waarvan niet is gebleken dat op een niet verantwoorde wijze met de afwijkingmogelijkheid is omgegaan.³⁶ Deze uitspraak wordt in de memorie van toelichting bij het Conceptwetsvoorstel Wet meer zeker-

- 31 Hof Amsterdam 26 juli 2007, JAR 2007/243, m.nt. E. Verhulp. Het hof kon dit in casu echter verder onbesproken laten, omdat het oordeelde dat de cao in de relevante periode niet van toepassing was op de arbeidsrelatie.
- 32 Die cao-bepaling luidde: ‘In afwijking van artikel 7:668a BW blijven alle tussen een werknemer en de werkgever aangegane arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd steeds gelden als aangegaan voor bepaalde tijd (...)’.
- 33 Ktr. Utrecht 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7251, JAR 2014/43, m.nt. J.P.H. Zwemmer. De kantonrechter oordeelde overigens dat een restrictieve, richtlijnconforme uitleg van artikel 7:668a lid 5 mogelijk zou zijn en op de KNVB, als cao-partij aan werkgeverszijde, rustte dan ook uit eigen hoofde de plicht om zich te richten naar het bepaalde in clause 5 lid 1 van de raamovereenkomst.
- 34 Ktr. Arnhem 18 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5633. De kantonrechter verwijst, anders dan de verzoeker, niet naar Richtlijn 99/70/EG, maar alleen naar de Nederlandse wetsgeschiedenis waaruit blijkt dat het geheel uitsluiten van opvolgend werkgeverschap als niet-verantwoord omgaan met de afwijkingmogelijkheid wordt beschouwd.
- 35 Hof Amsterdam 26 juli 2007, JAR 2007/243, m.nt. E. Verhulp. Het hof kon dit in casu echter verder onbesproken laten, omdat het oordeelde dat de cao in de relevante periode niet van toepassing was op de arbeidsrelatie.
- 36 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:5128, r.o. 4.5-4.7, 4.10; TRA 2022/71, m.nt. Vegter.

heid flexwerkers aangehaald. De regering merkt daarbij op dat zulke afwijkingen ertoe kunnen leiden dat werknemers jarenlang tijdelijk kunnen worden ingezet via uitzendconstructies bij dezelfde organisatie en dat zij dit onwenselijk acht.³⁷

2.4 *Betekenis afwijkingsmogelijkheden in de praktijk*

Ten slotte gaan we na in hoeverre de Nederlandse sociale partners daadwerkelijk gebruikmaken van de afwijkingsmogelijkheden die de wet hun biedt.

Wat betreft de ongelimiteerde afwijkingsmogelijkheid zoals die tot invoering van de Wwz gold, blijkt uit een onderzoek van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) uit 2012 dat in 14 van de 100 onderzochte grote cao's³⁸ (14%) de ketenbepaling geheel buiten werking was gesteld. Die buitenwerkingstelling was in deze cao's wel beperkt tot bijzondere groepen werknemers, zoals 65-plussers, werknemers in het buitenland, seizoenwerkers en leerling-werknemers.³⁹

De Monitor Wet arbeidsmarkt in balans 2021 geeft een beeld van het gebruik door sociale partners van de huidige cao-afwijkingsmogelijkheden. De Monitor betreft een steekproef van 98 grote cao's die samen van toepassing zijn op vijf miljoen werknemers.⁴⁰ Uit het onderzoek blijkt dat in 17 cao's (17,3%) gebruik is gemaakt van lid 5 – verruiming ketenregeling voor functies vanwege de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering. Van lid 6 – afwijking van opvolgend werkgeverschap – is in 41 cao's (41,8%) gebruikgemaakt. Hierbij gaat het vooral om voorafgaande uitzendovereenkomsten, die ofwel helemaal niet meetellen (8 cao's) ofwel meetellen als één contract (33 cao's).

Wij hebben zelf onderzoek gedaan naar de algemeen verbindend verklaarde Cao Nederlandse Universiteiten (Cao NU). Daarin is al sinds 2005 de regeling van opvolgend werkgeverschap geheel buiten werking gesteld.⁴¹ In deze cao is tevens gebruikgemaakt van de verruimingsmogelijkheid voor functies gelet op de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering, namelijk (kort gezegd) voor functies waarvan de werkzaamheden tijdelijk extern gefinancierd worden, voor postdocs en voor de

37 MvT, par. 3.2.3.

38 Het gaat om bedrijfstak-cao's van toepassing op ten minste 10.000 werknemers en ondernemings-cao's van toepassing op ten minste 3000 werknemers. Onder deze groep viel 86% van de werknemers die onder een cao vallen (circa 5,4 miljoen werknemers). Ministerie SZW, Cao-afspraken 2012, (oktober 2013), p. 1.

39 Ministerie SZW, Cao-afspraken 2012, (oktober 2013), p. 86, 89; zie ook Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 7, p. 23-24 (NVII bij Wwz).

40 Dit komt neer op 88% van het totaal aantal werknemers dat onder een cao valt. Ministerie van SZW, Monitor Wet arbeidsmarkt in balans 2021, p. 5.

41 Artikel 2.3 lid 11 Cao NU 31 augustus 2004 – 31 december 2005. Deze bepaling is sindsdien in de cao opgenomen geweest. Zij is in de thans geldende Cao NU 1 april 2023 t/m 30 juni 2024 te vinden in artikel 2.2 lid 5. In de versies tussen 1997 en 2004 komt de bepaling niet voor (wij hebben dit onderzocht met behulp van het archief dat is te vinden op www.universiteitenvannederland.nl/cao-archief).

De handelings(on)vrijheid van sociale partners: artikel 7:668a BW in het licht van clause 8(4) Richtlijn 1999/70/EG

functie van docent indien onderwijsontwikkelingen en/of ontwikkelingen in studentenaantallen dit noodzakelijk maken.⁴²

Er is ook onderzoek gedaan naar sectoren waarvan de cao's gezien hun werknemersaantal niet in de steekproef zitten, maar waar gelet op de aard van het werk behoefte kan zijn aan verruiming van de ketenregeling. Het gaat om de sectoren cultuur, sport en recreatie.⁴³ In 2021 bevatten deze sectoren 28 cao's, en in 17 van die cao's (60,7%) komen één of meer afwijkingen van de ketenbepaling voor. Maar liefst acht van deze cao's maken gebruik van de tweetraps-afwijkingmogelijkheid van lid 8.⁴⁴ In combinatie met de Regeling ketenbepaling bijzondere functies⁴⁵ wordt de ketenregeling geheel of grotendeels uitgesloten voor bepaalde functies in onder andere de cao's voor contractspelers betaald voetbal in Nederland, voor trainer/coaches betaald voetbal, voor de Stichting topijshockey Tilburg, voor Remplaçanten Nederlandse orkesten, en voor toneel en dans.

Deze als voorbeeld aangehaalde cao's hebben we nader onderzocht. Het blijkt te gaan om de volgende afwijkingen/uitsluitingen: trainer/coaches betaald voetbal: ketenregeling geheel uitgesloten; contractspelers betaald voetbal in Nederland: ketenregeling geheel uitgesloten, met een maximum van twaalf jaar; Stichting topijshockey Tilburg: ketenregeling geheel uitgesloten, met een maximum van twintig jaar; Remplaçanten Nederlandse orkesten: ketenregeling geheel uitgesloten; toneel en dans: er ontstaat een vast contract bij meer dan 15 arbeidsovereenkomsten en/of een ketenduur van vier jaar voor functies als acteur, danser, balletmeester en regisseur.

Kortom, de Nederlandse sociale partners maken regelmatig gebruik van de mogelijkheid om tot een op hun sector toegesneden cao-regeling te komen.

3 Afwijkingmogelijkheden sociale partners volgens Richtlijn 1999/70/EG

Op Europees niveau is, zoals bekend, het regime voor bepaalde-tijdcontracten uitgewerkt in Richtlijn 1999/70/EG. Deze richtlijn is gericht op uitvoering van de raamovereenkomst van Europese sociale partners, zijnde aan de zijde van werknemers het EVV, en aan de zijde van werkgevers de UNICE (nu: BusinessEurope voor private ondernemingen) en het CEEP (voor ambtenaren). Met de raamovereenkomst beogen zij onder andere 'een kader vast te stellen om misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen'.⁴⁶ Deze bescherming is nader uitgewerkt in clause 5 (de zogenoemde antimisbruikclause).

42 Artikel 2.3 lid 5 Cao NU. Rb. Rotterdam 22 december 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:12685 oordeelde dat de Erasmus Universiteit zich ten aanzien van een docente juridisch-academische vaardigheden op deze uitzondering (artikel 2.3 lid 5 sub c) mocht beroepen en de keten van tijdelijke contracten mocht verlengen tot maximaal 48 maanden. Het vervallen van deze uitzondering met ingang van 1 augustus 2023 (zie Cao NU 1 april 2023 t/m 30 juni 2024, artikel 2.3 lid 5 sub c) betekent volgens de kantonrechter niet dat deze bepaling in strijd is met de wet voor bestaande gevallen.

43 Zie bijlage II van de Monitor 2021.

44 Verder verruimen tien van die cao's de ketenregeling overeenkomstig artikel 7:668a lid 5.

45 Stcrt. 2015, 17972, laatstelijk gewijzigd bij Stcrt. 2023, 11039. Zie ook par. 2.1.

46 Punt 14 preambule Richtlijn 1999/70.

Met de richtlijn van de Raad wordt de raamovereenkomst van de Europese sociale partners ten uitvoer gelegd via Europees recht; zij is daarin in haar geheel als bijlage opgenomen. Aan de overeenkomst is geen letter veranderd. Dat is logisch: die raamovereenkomst is het resultaat van twaalf maanden⁴⁷ onderhandelen tussen de Europese sociale partners; iets aan de raamovereenkomst veranderen, zou de balans die in de onderhandelingen tot stand is gekomen kunnen ontwrichten.

Het zijn de lidstaten die verantwoordelijk zijn voor de implementatie van de richtlijn. Dit geldt ook indien de gehele richtlijn door sociale partners ten uitvoer wordt gelegd. Dit volgt uit de definitie van het algemene instrument richtlijn: een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is (artikel 288 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU)). Voorts volgt dit uit artikel 2 ('de lidstaten moeten alle nodige maatregelen treffen om de in deze richtlijn voorgeschreven resultaten te allen tijde te kunnen waarborgen'), artikel 4 ('de richtlijn is gericht tot de lidstaten') en punt 15 van de preambule van Richtlijn 1999/70/EG.⁴⁸ Deze bepalingen geven tevens uitdrukking aan het algemene EU-beginsel *effet utile*, dat inhoudt dat de tenuitvoerlegging van een richtlijn door een lidstaat op een zodanige wijze dient te gebeuren dat daarmee recht wordt gedaan aan het doel en de strekking van het EU-recht.⁴⁹ Artikel 7:668a BW is een van de bepalingen waarin Nederland Richtlijn 1999/70/EG ten uitvoer heeft gelegd.⁵⁰

In het kader van dit artikel is het van belang voor ogen te houden dat het begrip 'lidstaat' door het Hof breed wordt geïnterpreteerd.⁵¹ Onder lidstaat valt daarom niet alleen de wetgevende maar ook de rechterlijke macht. Beide zijn via het loyaliteitsbeginsel van artikel 4 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) gehouden recht te doen aan het EU-recht (het *effet utile*): de wetgever via zijn implementatiewetgeving en de rechter door de nationale wetgeving zo veel mogelijk conform het EU-recht te interpreteren of onder omstandigheden zelfs buiten werking te stellen.⁵² Sociale partners daarentegen, vallen niet onder het begrip 'lidstaat', zelfs niet wanneer zij belast zijn met de uitvoering van een richtlijn (artikel 153 lid 3 VWEU)⁵³

47 Punt 9 preambule Richtlijn 1999/70.

48 'Overwegende dat het passende besluit voor de uitvoering van deze raamovereenkomst een richtlijn is in de zin van artikel 249 van het Verdrag; dat deze richtlijn derhalve de lidstaten verbindt wat het te bereiken resultaat betreft, maar hun tegelijk de bevoegdheid laat om de vorm en de middelen daartoe te bepalen.'

49 Dit volgt uit artikel 4 lid 3 VEU (loyaliteitsbepaling) en de jurisprudentie van het Hof, zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (Marleasing), r.o. 8. Zie uitgebreider over het leerstuk *effet utile*: Urška Šadl, The role of *effet utile* in preserving the continuity and authority of European Union law: Evidence from the citation web of the pre-accession case law of the Court of Justice of the EU, European Journal of Legal Studies 2015/1.

50 Dit artikel was destijds overigens al ingevoerd bij de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, zie de eerste voetnoot bij par. 2.1.

51 F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters (red.), Europees Arbeidsrecht, Wolters Kluwer 2021, p. 34-35; HvJ EG 10 april 1984, 14/83 (Von Colson en Kamann), r.o. 26; HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (Marleasing), r.o. 8; HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 (Pfeijfer), r.o. 114; HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (Küçükdeveci/Swedex), r.o. 48.

52 Pennings & Peters 2021, p. 51-55; HvJ EU 19 april 2016, C-441/14 (Dansk Industri/Rasmussen), r.o. 29-35, met verwijzing naar Küçükdeveci/Swedex, r.o. 51.

53 HvJ EG 30 januari 1985, C-143/83 (Commissie/Denemarken), r.o. 8.

De handelings(on)vrijheid van sociale partners: artikel 7:668a BW in het licht van clause 8(4) Richtlijn 1999/70/EG

en ook niet wanneer het gaat om een richtlijn die een raamovereenkomst van sociale partners op EU-niveau ten uitvoer legt. Zelfs niet als sociale partners een bijzondere positie wordt toegekend in de raamovereenkomst, zoals het geval is met Richtlijn 97/81/EG betreffende deeltijdarbeid, Richtlijn 2010/18/EU over ouder-schapsverlof,⁵⁴ en de in deze bijdrage centraal staande Richtlijn 1999/70/EG aan-gaande bepaalde-tijdcontracten.⁵⁵

3.1 *Bijzondere positie sociale partners in Richtlijn 1999/70/EG*

Uit zowel de richtlijn als de raamovereenkomst komt een sterke uitvoerende rol voor de (nationale) sociale partners naar voren. Zo staat in de preambule van de Raamovereenkomst dat ‘de sociale partners geraadpleegd worden alvorens een lid-staat het initiatief tot wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen neemt om aan deze overeenkomst te voldoen’.⁵⁶ Daarnaast moeten de lidstaten bij veel uitvoerings- en toepassingskeuzes de sociale partners⁵⁷ raadplegen, bijvoorbeeld bij de werkingssfeer (clause 2(2)), de toepassing van het non-discriminatiebeginsel (clause 4(4)) en de invoering van antimisbruikmaatregelen voor ketens van tijde-lijke contracten (clause 5(1) en (2)).

Ten slotte, en voor onze onderzoeksvraag zeer relevant, wordt aan de sociale part-ners een bijzondere positie toegekend in het vierde lid van clause 8 (‘Bepalingen betreffende de uitvoering’):

‘Deze overeenkomst laat het recht van de sociale partners onverlet om op het daartoe geschikte niveau, waaronder het Europese, overeenkomsten te sluiten waardoor de voorzieningen van deze overeenkomst worden aangepast en/of aangevuld op een manier die rekening houdt met de specifieke behoeften van de betrokken sociale partners.’

Deze bijzondere positie wordt bevestigd in punt 12 van de algemene overwegingen van de Raamovereenkomst:

‘de sociale partners (zijn) de eerst aangewezenen om oplossingen te vinden die beantwoorden aan de behoeften van zowel werkgevers als werknemers, en dat hun daarom een speciale rol moet worden toegekend bij de uitvoering en toe-passing van deze overeenkomst’.

54 Deze richtlijn is vervangen door Richtlijn 2019/1158/EU (evenwicht werk/privéleven ouders en mantelzorgers). Deze richtlijn is via de gewone wetgevingsprocedure tot stand gekomen, waarin geen bijzondere positie voor sociale partners is opgenomen (zie de concordantietabel die als bijlage is gehecht aan de richtlijn).

55 Die bijzondere positie van sociale partners is geregeld in clause 6(3) Richtlijn 97/81/EG, clausule 8(3) Richtlijn 2010/18/EU en clause 8(4) Richtlijn 1999/70/EG.

56 Alinea 9. Zie voorts hun verplichte betrokkenheid bij een eventuele verlenging van de implemen-tatietermijn in artikel 2 alinea 2 Richtlijn. Uit de context valt op te maken dat het in beide gevallen waarschijnlijk om sociale partners op nationaal niveau gaat.

57 Als zij tenminste niet zelf de uitvoerder zijn, zie artikel 2 alinea 1 Richtlijn 99/70/EG. Tenuitvoer-legging, op hun verzoek, door sociale partners, is niet ongewoon bij arbeidsrechtelijke richtlijnen, zie artikel 153 lid 3 VWEU.

De vraag rijst hoe deze uitvoeringsbepaling moet worden uitgelegd: hoever reikt deze speciale rol van sociale partners? Clausule 8(4) laat uitdrukkelijk het recht van sociale partners onverlet om in hun overeenkomsten voorzieningen uit de raamovereenkomst aan te passen en/of aan te vullen. Het woord 'onverlet' suggereert dat sociale partners, ongeacht wat is bepaald in de rest van de raamovereenkomst, daarvan mogen afwijken indien zij daar een specifieke behoefte aan hebben. Lid 4 stelt uitdrukkelijk dat dit recht toekomt aan sociale partners op elk niveau, dus zowel op Europees als nationaal, sectoraal en ondernemingsniveau.

Niets in deze uitvoeringsbepaling (en punt 12) wijst erop dat die afwijking niet ook ten nadele van werknemers zou kunnen zijn. Dat roept de vraag op hoe lid 4 zich tot de non-regressiebepaling van lid 3 verhoudt. De formulering van lid 4 – waaruit volgt dat de gehele overeenkomst, dus ook clausule 8(3), het afwijkingsrecht van sociale partners onverlet laat – en de plaatsing van dit afwijkingsrecht ná de non-regressiebepaling leiden ons tot de conclusie dat het er alle schijn van heeft dat de partijen bij de raamovereenkomst aan sociale partners een vrijbrief hebben gegeven om ten aanzien van bepaalde-tijdcontracten eigen regels te stellen.

Als clausule 8(4) sociale partners inderdaad een dergelijke vrijbrief geeft, dan creëert dit spanning met artikel 2 Richtlijn 1999/70/EG en het algemene EU-beginsel *effet utile* op grond waarvan lidstaten de plicht hebben om te garanderen dat de rechten uit de raamovereenkomst worden gegarandeerd. Hoe kan een lidstaat garanderen dat bijvoorbeeld recht wordt gedaan aan de antimisbruikmaatregelen van clausule 5 als sociale partners daarvan mogen afwijken, ook ten nadele van werknemers? Het is jammer dat noch de overwegingen bij de raamovereenkomst noch de preambule van de richtlijn inzicht bieden in de redenen waarom sociale partners een dergelijke bijzondere positie toekomt en hoe die positie zich verhoudt met het doel en de strekking van de raamovereenkomst en de richtlijn. Meer specifiek en centraal in deze bijdrage leidt de bijzondere positie die in clausule 8(4) is toegekend aan sociale partners tot de vraag wat dit betekent in relatie tot de Nederlandse ketenregeling die de mogelijkheden van sociale partners om afwijkende maatregelen te treffen steeds meer inperkt.

Om inzicht te krijgen in hoe clausule 8(4), en daarmee de bijzondere rol van sociale partners, zich verhoudt tot clausule 5 en artikel 2 van de richtlijn en het meer algemene EU-beginsel *effet utile*, gaan we als volgt te werk. We bespreken eerst clausule 5 en in het bijzonder hoe het Hof van Justitie van de EU daarmee omgaat. We maken daarbij een onderscheid tussen zaken waarin het gaat om afwijkende regelingen waarin de *wetgever* rekening houdt met de specifieke behoeften van bepaalde sectoren en/of categorieën werknemers (paragraaf 3.2), en waarin een regeling van *sociale partners* centraal staat (paragraaf 3.3). Daarna bespreken we de aandacht die in de doctrine is besteed aan clausule 8(4) (paragraaf 3.4). Ten slotte reflecteren we op de relatie tussen clausules 5 en 8(4), artikel 2 van de richtlijn, en het algemene EU-beginsel *effet utile* (paragraaf 3.5).

3.2 Clausule 5 en 'rekening houden met specifieke behoeften' door de wetgever

Clausule 5 verplicht de lidstaten, na raadpleging van de sociale partners, en/of de sociale partners om één of meer van de daarin opgenomen antimisbruikmaatregelen

De handelings(on)vrijheid van sociale partners: artikel 7:668a BW in het licht van clause 8(4) Richtlijn 1999/70/EG

len in te voeren.⁵⁸ Kort gezegd gaat het om de vaststelling van objectieve redenen, een maximumduur van de keten en een maximumaantal verlengingen. De laatste twee maatregelen zijn opgenomen in de Nederlandse ketenregeling (zie paragraaf 2.1). Betoogd kan worden dat de eerste maatregel – dat is vaststelling van objectieve redenen die een vernieuwing van bepaalde-tijdcontracten rechtvaardigen – daarin ook terug te vinden is, bijvoorbeeld in artikel 7:668a lid 5 (intrinsieke aard van de bedrijfsvoering, via een cao), lid 8 (intrinsieke aard van de bedrijfsvoering, via ministeriële regeling en cao), lid 9 (educatie, via cao), lid 11 (jonger dan 18 jaar met een bijbaantje)⁵⁹ en lid 12 (AOW-gerechtigde leeftijd).⁶⁰

Lid 1, aanhef, bepaalt dat bij de invoering van die maatregelen rekening wordt gehouden ‘met de behoeften van bepaalde sectoren en/of categorieën werknemers’. De tekst van de bepaling is gebiedend, maar het Hof heeft het ‘rekening houden met’ uitgelegd als een ‘mogelijkheid’ en ‘recht’ van de lidstaten.⁶¹ Hoewel die specifieke behoeften dus worden erkend, geeft de tekst van clause 5(1) de lidstaten niet de ruimte om van de antimisbruikmaatregelen af te wijken.⁶² Die maatregelen moeten worden ingevoerd,⁶³ maar op een wijze die rekening houdt (of mag houden) met die specifieke behoeften.

Een voorbeeld van hoe het Hof clause 5(1) uitlegt wanneer een lidstaat stelt rekening te houden met een ‘specifieke behoefte’ is de zaak Mascolo.⁶⁴ Om tegemoet te komen aan een specifieke behoefte van staatsscholen had de Italiaanse wetgever een wettelijke regeling getroffen volgens welke vervangend onderwijzend personeel kan worden aangeworven op opeenvolgende tijdelijke contracten, zonder enige beperking qua maximale ketenduur of aantal contractvernieuwingen. Vaststond ook dat er geen gelijkwaardige nationale maatregelen als bedoeld in clause 5(1) waren. In een dergelijk geval dient volgens het Hof ‘het rekening houden met de bijzondere behoefte van bepaalde sectoren en/of categorieën werknemers’ objectief te worden gerechtvaardigd.⁶⁵

58 Voorts bepaalt lid 2 dat de lidstaten, na raadpleging van de sociale partners, bepalen onder welke voorwaarden bepaalde-tijdcontracten (a) als opeenvolgend worden beschouwd, en (b) geacht worden voor onbepaalde tijd te gelden.

59 Zie daarover kritisch W.H.A.C.M. Bouwens, *Wet werk en zekerheid. Uitzonderingen voor jongeren in strijd met Europees recht*, NJB 2014/1677.

60 Zie voor een algemene kritische beschouwing over de inperkingen die met de Wwz zijn ingevoerd: Vakgroep arbeidsrecht en sociale zekerheid Universiteit van Amsterdam, *De wet werk en zekerheid – 30 concrete voorstellen tot aanscherping en verduidelijking*, TAO 2014/1, p. 28-30.

61 HvJ EU 26 februari 2015, C-238/14 (Commissie/Luxemburg), r.o. 40 (‘Voorts hebben de lidstaten, zoals blijkt uit clause 5, lid 1 (...) bij de tenuitvoerlegging van de raamovereenkomst de mogelijkheid, voor zover dit objectief wordt gerechtvaardigd, rekening te houden met de specifieke behoeften van de desbetreffende bepaalde sectoren en/of categorieën werknemers (...)’). In r.o. 51 spreekt het Hof, onder verwijzing naar r.o. 40, van ‘een recht’ van de lidstaten.

62 Hetzelfde geldt voor de sociale partners wanneer zij zijn belast met de uitvoering van de raamovereenkomst.

63 Althans: voor zover er geen gelijkwaardige wettelijke maatregelen ter voorkoming van misbruik bestaan, zie clause 5, aanhef lid 1.

64 HvJ EU 24 november 2014, C-22/13, C-61/13 t/m C-63/13 en C-418/13 (Mascolo).

65 Mascolo, r.o. 70; idem: HvJ EU 25 oktober 2018, C-331/17 (Sciotto), r.o. 35.

Prof. mr. B.P. Ter Haar & prof. mr. S.S.M. Peters

Ook in de zaak *Commissie/Luxemburg*⁶⁶ stelde de nationale wet voor een bepaalde groep werknemers geen ketenmaxima. Het Hof motiveerde zijn oordeel dat de verlenging van de tijdelijke contracten in zo'n geval moet worden gerechtvaardigd door een objectieve reden als bedoeld in clause 5(1) als volgt: 'Zoals blijkt uit punt 7 van de algemene overwegingen van de raamovereenkomst (...) hebben de ondertekenende partijen immers geoordeeld dat het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd op basis van objectieve redenen een manier is om misbruik te voorkomen.'⁶⁷

In de meeste zaken voor het Hof ging het om een regeling van de *wetgever*. Zoals al eerder aangegeven, heeft de wetgever, zijnde de lidstaat, op grond van artikel 2 van de richtlijn de plicht om de resultaten van de raamovereenkomst, waaronder het voorkomen van misbruik van opvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten, te waarborgen. Die plicht rust ook op sociale partners als zij belast zijn met de uitvoering van de richtlijn. Dat is echter iets anders dan wanneer die sociale partners maatregelen treffen ter aanpassing of aanvulling van het bepaalde in de raamovereenkomst. Zij maken dan immers niet alleen gebruik van de mogelijkheid die hun op grond van clause 5(1) toekomt, maar van een mogelijkheid die hun ook op grond van clause 8(4) toekomt. De vraag rijst hoe het Hof dan oordeelt.

3.3 Clause 5 en 'rekening houden met de specifieke behoeften' door sociale partners

Wij hebben slechts één zaak kunnen vinden – EV⁶⁸ – waarin een van clause 5 afwijkende antimisbruikmaatregel in een cao-regeling centraal stond. De betreffende Spaanse wet, 'het Werknemersstatuut', bepaalt in artikel 15 dat bepaalde-tijdcontracten onder meer kunnen worden aangegaan wanneer een werknemer in dienst treedt om een bepaalde taak of dienst te voltooien die losstaat van de normale activiteiten van de onderneming en waarvan de tijdsduur voor de uitvoering weliswaar beperkt, maar in beginsel onzeker is. De duur van een dergelijk contract is beperkt tot 36 maanden, met de mogelijkheid dit eenmaal te verlengen met maximaal 12 maanden. Daarna krijgen de werknemers de hoedanigheid van werknemers in vaste dienst. Op grond van artikel 49(1)(c) van het Werknemersstatuut laat deze bepaling onverlet wat sociale partners in collectieve onderhandelingen zijn overeengekomen voor de in de bouw specifiek geldende arbeidsovereenkomst 'fijo de obra' (letterlijk: 'vast op locatie').⁶⁹ Hiermee heeft de Spaanse regering de bijzondere kenmerken van de bouwsector willen erkennen en de noodzaak om in collectieve onderhandelingen specifieke, geschiktere criteria vast te stellen.⁷⁰ In ar-

66 De zaak betreft een regeling in het Luxemburgse arbeidswetboek die losse medewerkers in de amusementsindustrie van de ketenregeling (en dus van de antimisbruikmaatregelen) uitzondert.

67 *Commissie/Luxemburg*, r.o. 41-43. Zie ook *Mascolo*, r.o. 85-86.

68 HvJ EU 24 juni 2021, C-550/19, ECLI:EU:C:2021:514 (*EV/Obras Y Servicios Públicos en Acciona Agua*) (hierna aangehaald als 'EV').

69 De exacte aard van deze overeenkomst wordt niet echt duidelijk in de uitspraak en er is geen conclusie van een A-G bij deze zaak. We hebben er daarom voor gekozen hier niet nader op in te gaan. Voor onze bijdrage doet de exacte aard van de overeenkomst er niet toe, omdat het gaat om hoe het Hof omgaat met de beoordeling van een afwijking van clause 5 in een overeenkomst van sociale partners.

70 EV, r.o. 67.

De handelings(on)vrijheid van sociale partners: artikel 7:668a BW in het licht van clause 8(4) Richtlijn 1999/70/EG

tikel 24 van de bouw-cao zijn sociale partners overeengekomen dat ‘fijo de obra’-contracten – ongeacht de duur van die overeenkomsten en van de totale keten – hun karakter van tijdelijk contract behouden en dus niet worden omgezet in een vast contract.

In de zaak EV wordt deze cao-bepaling aangevochten. De nationale rechter wenst van het Hof te vernemen of clause 5 van de raamovereenkomst in de weg staat aan een nationale regeling zoals artikel 24 uit de bouw-cao.⁷¹ Volgens het Hof is dit het geval. Net als in de zaken die een afwijkende antimisbruikmaatregel van de wetgever betreffen, is het Hof van oordeel dat uit clause 5 volgt dat bij het ontbreken van een maximale ketenduur of aantal vernieuwingen moet worden getoetst of de maatregel voldoet aan de derde antimisbruikmaatregel: de objectieve reden.⁷² Het Hof toetst de regeling van de sociale partners dus als ware het een regeling van de Spaanse wetgever. Het Hof merkt niets op over clause 8(4) en de afwijkingsmogelijkheden die deze bepaling aan sociale partners biedt.

3.4 Clause 8(4) in de doctrine

In zijn jurisprudentie valt het Hof bij de toetsing van *wettelijke* maatregelen die rekening houden met ‘de behoeften van bepaalde sectoren en/of categorieën werknemers’ terug op ‘objectieve redenen’ ter rechtvaardiging van de maatregelen die de specifieke behoeften regelen als geen van de andere antimisbruikmogelijkheden van clause 5(1) zijn gebruikt. Dit lijkt in lijn te zijn met hoe de Commissie de raamovereenkomst heeft beoordeeld in haar ‘effectbeoordeling’ op met name het midden- en kleinbedrijf. Daarin concludeert de Commissie dat met de keuze die clause 5 laat aan de lidstaten en met de mogelijkheid rekening te houden met ‘specifieke behoeften’, voldoende flexibiliteit wordt geboden om rekening te houden met de specifieke behoeften van het midden- en kleinbedrijf.⁷³

De benadering van het Hof lijkt ook in lijn te zijn met een algemene opvatting die terug te vinden is in de vroege literatuur over de raamovereenkomst. In hun analyse van de raamovereenkomst zijn Bercusson en Bruun⁷⁴ bijvoorbeeld vrij stellig dat de antimisbruikclause in de bredere context van het doel en de strekking van de raamovereenkomst moet worden gezien. Zij baseren dit op een gecombineerde lezing van clause 5 en het bepaalde in punt 7 van de algemene overwegingen. Het laatste bepaalt dat het gebruik van bepaalde-tijdcontracten op basis van objectieve

71 EV, r.o. 44.

72 EV, r.o. 53-58. Hoewel de beoordeling uiteindelijk aan de nationale rechter is, blijkt uit het arrest dat dit waarschijnlijk niet het geval is. Het Hof constateert dat de ‘fijo de obra’-overeenkomsten voor een onbepaalde duur kunnen worden verlengd, wat ‘erop neerkomt dat deze werknemer in werkelijkheid permanent en duurzaam werkzaamheden verricht die behoren tot de normale activiteit van de entiteit of onderneming die hem tewerkstelt’. In casu had verzoeker EV zes opeenvolgende ‘fijo de obra’-overeenkomsten met zijn werkgever gesloten, met een totale duur van meer dan 25 jaar (r.o. 70-72).

73 Commissie, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake arbeidscontracten voor bepaalde tijd (COM(1999)203 def), Bijlage.

74 B. Bercusson & N. Bruun, *The Agreement on Fixed-Term work – A First Analysis*, in: Ch. Vigneau e.a., *Fixed-Term Work in the EU. A European Agreement Against Discrimination and Abuse*, SALT-SA 1999, p. 51-134, m.n. p. 116-123.

gronden een manier is om misbruik te voorkomen. De gecombineerde lezing leidt tot een interpretatie dat als het gebruik van het eerste contract voor bepaalde tijd kan worden gerechtvaardigd op objectieve gronden, die objectieve rechtvaardiging waarschijnlijk doorwerkt in het opvolgende contract. Daarmee zou de objectieve reden voor het gebruik van een (opvolgend) contract voor bepaalde tijd altijd een rol spelen. Het Hof lijkt echter niet zover te gaan.⁷⁵ Ten eerste heeft het Hof duidelijk gemaakt dat clause 5 alleen ziet op opeenvolgende bepaalde-tijdcontracten.⁷⁶ Ten tweede legt het Hof clause 5 zo uit dat het lidstaten de keuze laat hoe ze het gebruik van bepaalde-tijdcontracten inperken.⁷⁷ Alleen ingeval een nationale maatregel geen beperking in duur of aantal of iets vergelijkbaars bevat, dient er volgens het Hof te worden getoetst aan de derde mogelijke antimisbruikmaatregel, namelijk de objectieve rechtvaardiging.⁷⁸

Als het gaat om afwijkingen van clause 5 door *sociale partners*, wanneer deze niet belast zijn met de uitvoering van de richtlijn, maar louter bezig zijn te voorzien in ‘specifieke behoeften’, dan is het onzes inziens opmerkelijk dat het Hof zich beperkt tot clause 5. In een dergelijke situatie mag verwacht worden dat het Hof ook clause 8(4) meeneemt in zijn overwegingen. Het argument dat het Hof gehouden is in te gaan op wat de nationale rechter in de prejudiciële vragen aandraagt, gaat niet op. Juist in de zaak EV past het Hof de prejudiciële vraag van de Spaanse rechter aan door in plaats van een interpretatie van clause 4 te geven, zoals de Spaanse rechter vroeg, een interpretatie van clause 5 te geven.⁷⁹ Dit laat zien dat het Hof prejudiciële vragen kan herformuleren als de situatie in het hoofdgeding daartoe aanleiding geeft.⁸⁰ In de zaak EV was die aanleiding gelegen in de vaststelling dat de situatie in het hoofdgeding niet zozeer ging om een kwestie van ongelijke behandeling (clause 4), maar om misbruik van opvolgende bepaalde-tijdcontracten (clause 5). Van daaruit was het een logische stap geweest als het Hof tevens had vastgesteld dat de in geding zijnde nationale bepaling een maatregel van sociale partners betreft en dat daarom (ook) clause 8(4) in de beoordeling moet worden betrokken.

Het Hof is niet de enige die clause 8(4) links laat liggen. In de doctrine gebeurt dit ook veelvuldig. Auteurs als Riesenhuber, Watson, en Robin-Olivier en Lo Faro besteden bij de bespreking van Richtlijn 1999/70/EG geen woord aan clause 8(4).⁸¹ Kresal merkt op dat Richtlijn 1999/70/EG geen obstakels bevat als het gaat om de handhaving van de rechten van werknemers werkzaam op een tijdelijk contract,

75 Cf. S. Robin-Olivier & A. Lo Faro, Non-standard employment contracts, in: A.P.C.M. Jaspers, F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters (red.), *European Labour Law*, Intersentia 2023, p. 348-349.

76 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 23 april 2009, C-378/07-C-380/07 (Angelidaki), r.o. 90; HvJ EU 3 juli 2014, C-362/13, C-363/13 en C-407/13 (Fiamingo), r.o. 57.

77 Fiamingo, r.o. 60-61.

78 Commissie/Luxemburg, r.o. 41-42; Mascolo, r.o. 84-85. Zie par. 3.2.

79 EV, r.o. 44.

80 Dat het Hof hiermee een betoog van de Commissie volgt (EV, r.o. 43), doet hier niet aan af.

81 K. Riesenhuber, *European Employment Law. A Systematic Exposition*, Intersentia 2012; Ph. Watson, *EU Social and Employment Law. Policy and Practice in an Enlarged Europe*, Oxford University Press 2009; Robin-Olivier & Lo Faro 2023, hoofdstuk 6.

De handelings(on)vrijheid van sociale partners: artikel 7:668a BW in het licht van clause 8(4) Richtlijn 1999/70/EG

zonder daarbij clause 8(4) te betrekken.⁸² Blanpain verwijst in zijn handboek niet naar clause 8(4), maar noemt wel de mogelijkheid voor sociale partners om af te wijken, echter zonder nadere duiding.⁸³ Barnard noemt in haar handboek *EU Employment Law* clause 8(4), maar beperkt de bespreking ervan tot de opmerking dat er in de Engelse praktijk gebruik van wordt gemaakt om in cao's af te wijken van de wettelijke ketenregeling.⁸⁴ Niet geheel onverwachts verwijst de literatuur die de jurisprudentie van het Hof bespreekt doorgaans ook niet naar clause 8(4).⁸⁵

In een vergelijkende studie tussen de Nederlandse en Vlaamse aanpak van opeenvolgende tijdelijke contracten besteedt Timbermont in *ArA* 2021/1 wel enige aandacht aan clause 8(4). Zij stelt dat de raamovereenkomst aan sociale partners een ruime autonomie toekent om zo nodig over sectorspecifieke maatregelen te onderhandelen, maar dit kan volgens haar geenszins afbreuk doen aan de doelstelling van de raamovereenkomst. Daarop stelt zij dat het er zodoende op lijkt dat ook de sociale partners door clause 5 van de Raamovereenkomst zijn gebonden.⁸⁶ Andere studies die de richtlijnconformiteit van het oude lid 5 of het huidige lid 6 van artikel 7:668a BW behandelen, betrekken daarbij clause 8(4) meestal niet.⁸⁷ De paar auteurs die dit wel doen, trekken vrij snel eenzelfde soort conclusie als Timbermont, namelijk dat sociale partners geen afspraken in strijd met de richtlijn mogen maken. Zo concluderen Lettenga en Te Wierik ten aanzien van artikel 7:668a lid 6 BW bijvoorbeeld dat 'wanneer er al vanuit wordt gegaan dat hiermee ook bedoeld wordt op sociale partners op nationaal niveau, onzes inziens hierin niet (kan) worden gelezen dat het mogelijk is om afspraken te maken in strijd met de Richtlijn. In dat geval zou de bescherming van de Richtlijn immers illusoir zijn'. Nu er op grond van clause 5 nationale maatregelen moeten worden genomen, is ar-

82 B. Kresal, *Enforcing the Rights of Non-standard Workers*, in: Z. Rasnača, A. Koukiadaki, N. Bruun & K. Lörcher (red.), *Effective Enforcement of EU Labour Law*, Hart Publishing 2022, p. 296.

83 R. Blanpain, *European Labour Law*, Wolters Kluwer 2014, p. 575.

84 C. Barnard, *EU Employment Law*, OUP 2012, p. 444, met verwijzing naar A. Koukiadaki, *Case Law Developments in the Area of Fixed-Term Work*, 2009 38 *ILJ* 89.

85 Bijvoorbeeld A.P. van der Mei, *Fixed Term Work: Recent developments in the case law of the Court of Justice of the European Union* *ELLJ* 2020/1, p. 66-89; A.G. Veldman, *Europese bescherming in geval van tijdelijk dienstverband: barrière voor een flexibele arbeidsmarkt?*, *SMA* 2007/3, p. 92-100, waarin op p. 97-98 uitvoerig wordt ingegaan op de verenigbaarheid van de afwijkingmogelijkheid van artikel 7:668a BW met Richtlijn 99/70/EG; W. Vandeputte, *Opeenvolging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd: Hof van Justitie verkiest zekerheid boven flexibiliteit*, *ArA* 2007/1, p. 69-101. Een studie over hoe (succesvol) clause 5 is geïmplementeerd in 15 EU-lidstaten (o.a. Nederland) besteedt evenmin aandacht aan clause 8: S. Kamanabrou, *Successful Rules on Successive Fixed-Term Contracts?*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2017/2, p. 221-239.

86 E. Timbermont, *Het gebruik van opeenvolgende tijdelijke arbeidsrelaties in het universitaire onderwijs: doorstaan de Nederlandse en de Vlaamse aanpak de toets aan de Europese regelgeving?*, *ArA* 2021/1, p. 33-56 (p. 47 en 48-49).

87 Zie met betrekking tot het oude lid 5 bijvoorbeeld D.J.B. de Wolff, *De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd volgens het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid*, *TRA* 2014/25, par. 1; D.J.B. de Wolff, *Hoe permanent mag tijdelijk zijn?*, *TRA* 2012/4, par. 3; Pennings 2012; K.D. Hazenberg, *Flexibiliteit kent Europese grenzen*, *ArbeidsRecht* 2008/3; A.G. Veldman, *Misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd*, *SR* 2006/10, p. 64. Zie met betrekking tot het huidige lid 6: M.S.A. Vegter, *TRA* 2022/71.

tikel 7:668a lid 6 volgens hen onverenigbaar met de richtlijn.⁸⁸ In het gebruik van het woord ‘illusoir’ kan een indirecte verwijzing worden gelezen naar het algemene EU-beginsel *effet utile*, waar dan geen recht aan wordt gedaan.

Een uitzondering vormt Bouwens. Net als wij merkt hij op dat de bijzondere verantwoordelijkheid die sociale partners volgens de algemene overwegingen van de raamovereenkomst toekomt, blijkens clause 8(4) ‘ook tot uitdrukking (kan) komen in (collectieve arbeids)overeenkomsten die afwijken van de overige clauses’.⁸⁹ Hij gaat daar niet dieper op in, maar is daarmee, voor zover wij hebben kunnen nagaan, de enige auteur⁹⁰ die stelt dat een ongeclauseerde mogelijkheid om bij cao af te wijken van de ketenregeling (zoals het geval was in het oude lid 5 van artikel 7:668a BW) verenigbaar is met de richtlijn.

3.5 Relatie tussen clauses 5(1) en 8(4), artikel 2 richtlijn en *effet utile*

Hoe verhouden de twee clauses zich nu tot elkaar? Clause 5(1) stelt vast op welke manier misbruik van opeenvolgende bepaalde-tijdcontracten moet worden tegengegaan. Daarvoor biedt het in wezen vier mogelijkheden: (a) objectieve redenen, (b) maximale duur, (c) maximale aantal verlengingen, of (d) ‘gelijkwaardige wettelijke maatregelen’ (clause 5(1), aanhef). Er is geen hiërarchie tussen deze maatregelen, maar als er helemaal geen maatregel is getroffen, dan dient volgens het Hof (onder andere zaken Mascolo en Luxemburg/Commissie) een opvolgend tijdelijk contract te worden gerechtvaardigd aan de hand van de objectieve reden. Bij het treffen van de antimisbruikmaatregelen dient rekening te worden gehouden met de behoeften van bepaalde sectoren en/of categorieën werknemers. Uit de ‘effectbeoordeling’ van de Commissie op haar voorstel voor Richtlijn 1999/70/EG kunnen we opmaken dat dit onder meer de behoeften van het midden- en kleinbedrijf kunnen zijn.

Het rekening houden met die behoeften kan worden gedaan in wetgeving. Bijvoorbeeld door bepaalde afwijkingen in de wetgeving vast te leggen of door in de wetgeving toe te staan dat sociale partners in cao’s gepaste maatregelen treffen. In het eerste geval (afwijkingen in wetgeving) dient de gemaakte afwijking volledig te voldoen aan de vereisten van clause 5. De lidstaat, die de wetgever is, is immers op grond van artikel 2 van de richtlijn en het algemene EU-beginsel *effet utile* verplicht om de resultaten uit de raamovereenkomst te waarborgen. In het geval van clause 5 is dat het tegengaan van misbruik van opeenvolgende tijdelijke contracten. Het Hof is in de beoordeling hiervan vrij strikt, aangezien het consequent nagaat of een

88 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, par. 3.1 en 5. Zie voorts A.F. Bungeener & A.P.J.M. Verbeek, *Oproepkrachten met klachten: de werking van art. 7:668a BW*, *ArbeidsRecht* 2009/12, p. 57 (onder ‘Afwijken bij cao’); C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2014, p. 327-328.

89 W.H.A.C.M. Bouwens, *De CAO Nederlandse Universiteiten en Richtlijn 1999/70/EG*, 2005, https://repository.uibn.ru.nl/bitstream/handle/2066/37290/37290_cao_neune.pdf?sequence=1, p. 3.

90 Zie wel Veldman 2006, p. 64 (noot bij het Adeneler-arrest) en Veldman 2007, p. 92-100, die voorzichtig stelt ‘dat art. 7:668a lid 5 BW wellicht als zodanig niet in strijd is met de richtlijn, maar afwijkende cao-bepalingen wel strijdig kunnen zijn met de richtlijn wanneer zij niet voldoen aan de eisen die in Adeneler worden gesteld’ – hierbij betreft zij echter niet clause 8(4).

De handelings(on)vrijheid van sociale partners: artikel 7:668a BW in het licht van clause 8(4) Richtlijn 1999/70/EG

van de in clause 5 genoemde maatregelen is toegepast. Is dat niet het geval, dan is het Hof van oordeel dat de wettelijke maatregel moet worden getoetst aan de objectieve reden die als een van de maatregelen is genoemd in clause 5.

In het tweede geval, afwijking in cao's, is het lastiger. Dit is waar clause 8(4) ook een rol speelt. Niet alleen is er in de wettelijke regeling ruimte gegeven aan sociale partners om af te wijken van die wettelijke regeling (clause 5, aanhef), op grond van clause 8(4) komt dit recht sowieso aan sociale partners toe. Clause 8(4) bepaalt immers dat de raamovereenkomst het recht van sociale partners onverlet laat overeenkomsten te sluiten die de voorzieningen in de raamovereenkomst aanpassen en/of aanvullen op een manier die rekening houdt met hun specifieke behoeften. Clause 8(4) noch punt 12 van de algemene overwegingen (waarin de speciale rol van sociale partners wordt erkend) stelt hier verdere eisen aan. Er wordt bijvoorbeeld niet opgemerkt dat die specifieke behoeften moeten worden gerechtvaardigd door objectieve redenen. Iets wat op zich niet vreemd zou zijn geweest, nu dit in punt 7 van de algemene overwegingen is genoemd als een manier om misbruik van bepaalde-tijdcontracten te voorkomen. Wij komen dan ook tot de conclusie dat clause 8(4) inhoudt dat sociale partners op geen enkele manier kunnen worden geketend in het treffen van aanvullingen of aanpassingen die voorzien in hun specifieke behoeften. In het algemeen niet (clause 8(4)), maar daarmee dus ook niet als hun de ruimte wordt gegeven in nationale wetgeving die uitvoering geeft aan 'het rekening houden met behoeften' van clause 5.

De relatie tussen clauses 5 en 8(4) zo beschouwd, betekent dat het Hof in de zaak EV niet had mogen toetsen aan clause 5. Overigens zien we dat de Nederlandse rechters hetzelfde doen en in het geheel geen aandacht besteden aan clause 8(4). De bijzondere rol die clause 8(4) aan sociale partners toekent, brengt echter mee dat zowel het Hof als de Nederlandse rechters die speciale rol zouden moeten respecteren wanneer zij maatregelen van sociale partners moeten beoordelen. Dat leidt vervolgens tot de vraag hoe de rechters dat zouden kunnen doen. Wij menen dat dit betekent dat rechters de specifieke maatregelen van sociale partners slechts marginaal kunnen toetsen. Die toets zou dan met name zien op de aanwezigheid van een redelijke onderbouwing van hoe de sociale partners rekening hebben gehouden met hun 'specifieke behoeften' als rechtvaardiging voor de maatregel.⁹¹ Volgt het 'rekening houden met behoeften' uit een wettelijke bepaling die uitvoering geeft aan clause 5, dan zou men mogen verwachten dat de wetgever al een onderbouwing heeft gegeven en de afwijkingmogelijkheid eventueel heeft voor-

91 Hier valt nog veel meer over te zeggen, bijvoorbeeld of cao-partijen de onderbouwing voor de maatregel moeten opnemen in (de toelichting bij) de cao. Zonder een dergelijke onderbouwing kan het lastig zijn voor de rechter om de voor de toetsing benodigde informatie te verkrijgen. Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 24 januari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:323, waarin de volledige uitsluiting van opvolgend werkgeverschap in de Cao Museum centraal stond. De kantonrechter overweegt niet te kunnen beoordelen of cao-partijen op verantwoorde wijze met de afwijkingbevoegdheid van artikel 7:668a lid 6 zijn omgegaan (daarmee het criterium uit de parlementaire geschiedenis volgend), nu geen van de partijen iets heeft kunnen zeggen over de onderhandelingen die aan de uitsluitingsbepaling ten grondslag hebben gelegen. Hierover verder uitweiden gaat echter te ver voor deze bijdrage, die vooral de verhoudingen tussen clauses 5 en 8(4) en artikel 2 onderzoekt.

zien van richtsnoeren aan sociale partners. Die richtsnoeren moeten dan wel voldoende ruimte laten aan sociale partners om rekening te houden met hun speciale behoeften. Betreft het een afwijkende of aanvullende maatregel die sociale partners zelfstandig hebben getroffen om aan hun eigen specifieke behoefte te voldoen op grond van clause 8(4), dan dient de rechter naar onze mening nog terughoudender te zijn in de toetsing.

De relatie tussen de clauses 5(1) en 8(4) leidt tevens tot de vraag of de nationale wetgever de mogelijkheden van sociale partners om van de wettelijke maatregel af te wijken überhaupt kan inperken. Het lijkt ons dat een gevolg van clause 8(4) is dat nationale wetgeving de vrijheid van sociale partners (op nationaal niveau) moet erkennen, zoals het geval was in het oude lid 5 van artikel 7:668a BW. Dat brengt de lidstaten in een lastige positie. Zij zijn immers op grond van artikel 2 Richtlijn 1999/70/EG jo. clause 5 van de raamovereenkomst verplicht te waarborgen dat misbruik van opeenvolgende tijdelijke contracten wordt voorkomen. De vraag rijst hoe een lidstaat dat kan doen als sociale partners de vrijheid hebben om naar eigen ‘specifieke behoeften’ anders te handelen en zelfs alle misbruik voorkomende maatregelen buiten werking te stellen. Iets wat zowel in de Nederlandse praktijk voorkomt, zoals bleek in paragraaf 2.4, als in andere lidstaten, zoals blijkt uit de zaak EV.

Betekent het vorenstaande dat sociale partners zich helemaal niets hoeven aan te trekken van de richtlijn? Zeker niet. Wij zijn van mening dat van sociale partners verwacht mag worden dat zij het *doel en de strekking van de richtlijn respecteren* wanneer zij gebruikmaken van clause 8(4). Clause 8(4) is immers ook een bepaling ‘ter uitvoering van de richtlijn’. Veldman heeft ooit al zoiets geopperd, zij het niet in relatie tot clause 8(4).⁹² Dat sociale partners in hun afwijkende regelingen wel rekening zullen houden met het doel en de strekking van de richtlijn, volgt volgens Veldman onder meer uit het uitgangspunt van driekwartdwingend recht, aangezien ‘de onderlinge machtsverhoudingen tussen werkgevers en werknemers zorg zullen dragen voor een regeling die de wederzijdse belangen in ogenschouw nemen’.⁹³ Anders dan Veldman denken wij dat dit ‘respecteren’ niet is gelegen in de vereisten van clause 5, maar dat dit moet worden gezocht in de algemene overwegingen van de raamovereenkomst. In het bijzonder punt 7, waarin is opgenomen dat ‘het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd op basis van objectieve gronden een manier is om misbruik te voorkomen’. Waarbij we nogmaals benadrukken dat de rechterlijke toets van ‘objectieve gronden’ niet verder kan gaan dan het vaststellen van het bestaan van die gronden en niet ook een inhoudelijke beoordeling daarvan. Daarmee zou de rechter immers op de stoel van de sociale partners gaan zitten en dat zou dan weer ingaan tegen de bijzondere rol die sociale partners in dit verband toekomt. Bovendien kan het respecteren door sociale partners van het doel en de strekking – oftewel de geest – van de richtlijn dus ook op andere manieren geschieden dan door het gebruik van (opeenvolgende) tijdelijke contracten aan objectieve gronden te binden. En ook in dat geval geldt dat de rechterlijke toets terughoudend zal moeten zijn.

92 Veldman 2007, p. 92-100 (p. 97).

93 Idem.

De handelings(on)vrijheid van sociale partners: artikel 7:668a BW in het licht van clause 8(4) Richtlijn 1999/70/EG

4 Slotbeschouwing

Terug naar onze hoofdvraag: hoe verhoudt de in de Nederlandse ketenregeling steeds verder ingeperkte handelingsvrijheid van sociale partners zich tot het EU-recht, in het bijzonder clause 8(4)?

We hebben in paragraaf 2 aangetoond dat met de verschillende aanpassingen van de ketenregeling (Wwz, WAB en het thans voorliggende Conceptwetsvoorstel zekerheid flexibele arbeidskrachten) de mogelijkheid van sociale partners om af te wijken van de ketenregeling steeds verder is ingeperkt. Wij stellen dat die steeds verdere inperking een probleem is. Uit bestaand en eigen onderzoek blijkt dat er in de Nederlandse cao-praktijk een behoefte is aan de mogelijkheid om af te wijken, omdat hier regelmatig gebruik van wordt gemaakt. In hoeverre is het nog mogelijk om aan die behoefte tegemoet te komen als de wetgever de afwijkingmogelijkheden van sociale partners steeds verder inperkt?

Voorts zijn wij van oordeel dat reeds bestaande en de voorgestelde verdere inperkingen in strijd zijn met het EU-recht, en dan met name met clause 8(4). Artikel 2 van de richtlijn (waarborging van de resultaten van de raamovereenkomst) en clause 5 van de raamovereenkomst (inhoudelijke eisen om misbruik van opeenvolgende tijdelijke contracten tegen te gaan) verplichten de lidstaat, zijnde de wetgever, maatregelen te treffen om misbruik van opeenvolgende bepaalde-tijdcontracten tegen te gaan. Van de nationale rechter wordt verwacht de nationale maatregelen zo veel mogelijk in overeenstemming met het doel en de strekking van het EU-recht, in casu in het bijzonder de clauses 5 en 8(4), te interpreteren. Dergelijke verplichtingen volgen ook uit het loyaliteitsbeginsel van artikel 4 VEU, dat meebrengt dat in de uitvoering effectieve werking moet worden gegeven aan het EU-recht (*effet utile*). De Nederlandse wetgever heeft aan zijn implementatieverplichting van clause 5 voldaan via de ketenregeling van artikel 7:668a BW. Inperkende maatregelen voor sociale partners om van die ketenregeling af te wijken passen bij die verplichting. Dus, voor wat betreft artikel 2, clause 5, artikel 4 VEU en het algemene EU-beginsel *effet utile* doet de Nederlandse wetgever precies wat het Europese recht verwacht. De rechtspraak en doctrine die onbeperkte afwijkingen van de ketenregeling als ongepast en strijdig met het EU-recht bestempelen, komen eveneens tegemoet aan wat op grond van deze bepalingen en beginselen verwacht mag worden. Daarbij wordt echter volledig voorbijgegaan aan de bijzondere positie die in clause 8(4) en punt 12 van de algemene overwegingen bij de raamovereenkomst wordt toegekend aan sociale partners. Dit terwijl die positie óók een van de voorzieningen uit de raamovereenkomst is die de lidstaat op grond van artikel 2 moet garanderen. Die bijzondere positie, zo stellen wij, verandert het speelveld.

Ten eerste zijn sociale partners niet gebonden aan de richtlijn. Die is immers gericht tot de lidstaat, en sociale partners vallen niet onder de definitie van 'lidstaat'. Sociale partners zijn evenmin gebonden aan artikel 4 VEU (loyaliteit), want dat artikel richt zich eveneens tot de lidstaten, en daarmee zijn sociale partners evenmin gebonden aan het algemene EU-beginsel van *effet utile* dat volgt uit het loyaliteitsbeginsel. Ten tweede is de formulering van clause 8(4) duidelijk: het biedt sociale partners de mogelijkheid afwijkende maatregelen te treffen die tegemoet-

komen aan hun specifieke behoeften, onverlet hetgeen is bepaald in de overeenkomst. Met Veldman zijn wij van mening dat die vrijbrief die clause 8(4) aan sociale partners geeft om af te wijken niet zover gaat dat sociale partners zich helemaal niets hoeven aan te trekken van de richtlijn. Anders dan Veldman zijn wij van oordeel dat sociale partners niet zijn gebonden aan clause 5, maar wel aan het doel en de strekking – oftewel de geest – van de richtlijn. Die geest blijkt bijvoorbeeld uit punt 7, waarin het koppelen van het gebruik van (opeenvolgende) tijdelijke contracten aan objectieve gronden wordt genoemd als ‘een manier om misbruik te voorkomen’.

Wat betekent die bijzondere positie van sociale partners nu voor de rechter en wetgever die de resultaten van de raamovereenkomst moeten garanderen, waaronder dus het treffen van antimisbruikmaatregelen voor opvolgende bepaalde-tijdcontracten (clause 5)? Voor rechters betekent dit dat maatregelen van sociale partners niet getoetst dienen te worden aan de vereisten van clause 5. Immers, zoals Bouwens ook stelt, de bijzondere rol die sociale partners toekomt op grond van clause 8(4) kan leiden tot afwijkende maatregelen in cao's. Wel kan de rechter beoordelen of sociale partners een redelijke onderbouwing hebben gegeven van de ‘specifieke behoeften’ waarmee hun regeling rekening houdt. Een marginale toetsing dus. Naar onze mening brengt dit mee dat van sociale partners ook verwacht mag worden dat zij kenbaar maken welke behoeften de objectieve gronden vormen voor hun afwijkende maatregel. Dat zou bijvoorbeeld kunnen in (de toelichting bij) de cao.

Voor de wetgever is het duidelijk dat hij in elk geval maatregelen moet treffen om misbruik van het gebruik van opeenvolgende bepaalde-tijdcontracten te voorkomen. Welke maatregelen dit zouden moeten zijn, is bepaald in clause 5. Tegelijkertijd volgt uit clause 8(4) dat de wetgever sociale partners de ruimte moet laten om afwijkende maatregelen te treffen. De wetgever moet dus reguleren, maar moet tegelijkertijd sociale partners de nodige ruimte laten om afwijkende maatregelen te treffen, oftewel om maatwerk te kunnen blijven leveren.

Wat betekent dit voor artikel 7:668a BW? In lid 5 van dat artikel erkent de wetgever de bijzondere positie van sociale partners via de mogelijkheid om afwijkende maatregelen te treffen in cao's, en de wetgever koppelt daar de voorwaarde van een soort objectieve reden aan. Dat is in overeenstemming met de idee dat van sociale partners verwacht mag worden dat die afwijkende maatregelen in overeenstemming zijn met het doel en de strekking van de ketenregeling (en daarmee de richtlijn). Echter, de gestelde beperkingen aan de afwijking qua duur (48 maanden in plaats van 36) en aantal (maximaal zes in plaats van drie opeenvolgende contracten) kan sociale partners belemmeren om te voorzien in hun speciale behoeften en is dan ook strijdig met clause 8(4). Dit zou onzes inziens anders zijn als de wetgever dit formuleert als een richtsnoer en sociale partners de mogelijkheid biedt om gemotiveerd daarvan af te wijken. Lid 8 van artikel 7:668a BW, bijvoorbeeld, biedt aan sociale partners de ruimte om ten aanzien van de bij ministeriële regeling vastgestelde functies afwijkende maatregelen te treffen, in het bijzonder door de ketenregeling volledig buiten toepassing te verklaren. De jurisprudentie van het HvJ EU volgend kan dit in lijn zijn met clause 5 als de wetgever een objectieve reden geeft voor elk van die functies. In het licht van clause 8(4) echter, beperkt

De handelings(on)vrijheid van sociale partners: artikel 7:668a BW in het licht van clause 8(4) Richtlijn 1999/70/EG

de wetgever sociale partners, aangezien lid 8 suggereert dat sociale partners deze mogelijkheid alleen hebben voor functies die bij ministeriële regeling zijn vastgesteld. Ook in lid 8 zou de wetgever dus nog een 'ventiel' moeten inbouwen waar sociale partners gebruik van kunnen maken om de ketenregeling ook voor andere functies volledig buiten toepassing te verklaren. Lid 9 van artikel 7:668a BW biedt sociale partners wel alle ruimte om af te wijken in geval van arbeidsovereenkomsten met een educatief doel. Daarbij zou de wetgever nog kunnen eisen dat een objectieve motivering wordt gegeven voor de specifieke afwijking die sociale partners in hun cao hebben opgenomen. Lid 11 (arbeidsovereenkomsten met jongeren onder de 18 en voor minder dan 12 uur) en lid 12 (pensioengerechtigden) van artikel 7:668a BW beperken sociale partners in hun handelingsruimte door te bepalen dat de ketenregeling respectievelijk niet van toepassing is dan wel anderszins van toepassing is. Ook hier zou sociale partners de mogelijkheid geboden moeten worden om eventueel een afwijkende maatregel te treffen. Ten slotte kunnen sociale partners menen dat ook voor andere dan de door de wetgever geselecteerde sectoren en groepen werknemers een aangepaste ketenregeling aangewezen is. Ook daarvoor zou artikel 7:668a BW ruimte moeten bieden.

Samenvattend is onze conclusie dat de wetgever zelf in zijn wettelijke regeling afwijkingen mag opnemen van zijn 'kern' antimisbruikmaatregelen om zo tegemoet te komen aan behoeften van bepaalde sectoren of categorieën werknemers. Daarbij moet echter steeds ruimte aan sociale partners worden gelaten om op hun beurt weer afwijkende maatregelen te treffen die tegemoetkomen aan hun specifieke behoeften. Anders gezegd: een meer gedifferentieerde wettelijke regeling, waarbij de wetgever al aangepaste ketennormen voor verschillende werknemers en sectoren vastlegt, is in orde, onder de voorwaarde dat de wetgever sociale partners de vrijheid geeft die ketenregels aan hun specifieke behoeften aan te passen. Daarbij mag van sociale partners verwacht worden dat zij dat gemotiveerd doen, dat die motivering kenbaar is (bijvoorbeeld uit (de toelichting bij) de cao), en dat die motivering recht doet aan het doel en de strekking van de richtlijn.

De Nederlandse ketenregeling voldoet niet aan deze voorwaarden en perkt de bedoelde handelingsvrijheid van sociale partners bovendien steeds verder in. Daarmee is het antwoord op onze hoofdvraag dat de recente(re) aanpassingen van artikel 7:668a BW niet in overeenstemming met de richtlijn zijn.