

De omzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd krachtens artikel 7:668a Burgerlijk Wetboek

Conversie en opvolgend werkgeverschap



Afstudeerscriptie ter voltooiing van de opleiding HBO-Rechten aan de Juridische
Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg

Naam:	E.A.G. (Eline) van Belleghem
Studentnummer:	2024300
Afstudeeradres:	Stichting Het Juridisch Loket
Afstudeermentor:	Mevr. Mr. S.A.H. Dorpmanns-Wetzeler
Afstudeerbegeleider 1:	Dhr. Mr. J.P.E. Lousberg
Afstudeerbegeleider 2:	Dhr. Mr. B.C.M. Hooijdonk
Afstudeerperiode:	4 februari 2013 tot en met 10 mei 2013
Datum van verschijning:	26 mei 2013
Plaats van verschijning:	Roermond

De omzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd krachtens artikel 7:668a Burgerlijk Wetboek

Conversie en opvolgend werkgeverschap

Titel:	De omzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd krachtens artikel 7:668a Burgerlijk Wetboek
Ondertitel:	Conversie en opvolgend werkgeverschap
Naam:	E.A.G. (Eline) van Belleghem
Studentnummer:	2024300
Afstudeeradres:	Stichting Het Juridisch Loket
Afstudeermentor:	Mevr. Mr. S.A.H. Dorpmanns-Wetzeler
Afstudeerbegeleider 1:	Mr. J.P.E. Lousberg
Afstudeerbegeleider 2:	Mr. B.C.M. Hooijdonk
Afstudeerperiode:	4 februari 2013 tot en met 10 mei 2013
Datum van verschijning:	26 mei 2013
Plaats van verschijning:	Roermond

VOORWOORD

Voor u vindt u mijn afstudeerscriptie ten behoeve van het behalen van de opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg.

Met het afronden van de scriptie komt er voor mij een eind aan mijn studietijd. Een periode waarin je niet alleen anderen maar ook jezelf leert kennen. Waar ik altijd uitkeek naar het beëindigen van de opleiding kijk ik nu toch ook wel een beetje met weemoed terug naar hoe snel het gegaan is.

De tijd is nu aangekomen om een nieuwe weg in te slaan. Graag wil ik deze kans ook aangrijpen om aan enkele mensen mijn dankbaarheid te uiten.

Susanne, bedankt voor de plezierige manier waarop je mij gedurende deze periode hebt begeleid. Je aanwijzingen zorgden telkens weer voor nieuwe inspiratie en motivatie. Ik kijk er naar uit om nog, wat mij betreft, lange tijd collega's te zijn.

Meneer Lousberg, dank u voor uw kritische blik en uw aanstekelijke enthousiasme voor het arbeidsrecht. Uw deskundigheid is iets om tegenop te kijken. Meneer Hooijdonk, eveneens dank voor uw werkzaamheden en ongetwijfeld aanwijzingen achter de schermen.

Tot slot wil ik graag wat mensen in mijn privé-omgeving bedanken. Als eerste mijn ouders, door jullie ben ik in de gelegenheid gesteld om deze studie te volgen. Ten slotte dank ik mijn vriend voor alle steun en motivatie.

Eline van Belleghem
Eindhoven, 23 mei 2013

INHOUDSOPGAVE

Samenvatting

Hoofdstuk 1: Onderzoeksformulering 7

1.1 Organisatiebeschrijving	7
1.2 Aanleiding	7
1.3 Probleembeschrijving	7
1.4 Centrale vraag	8
1.5 Doelstelling	8
1.6 Leeswijzer	8

Hoofdstuk 2: Artikel 7:668a lid 1 BW 9

2.1 Inleiding	9
2.2 Achtergrond artikel 7:668a lid 1 BW	9
2.3 Conversie	10
2.3.1 Dezelfde partijen	11
2.3.2 Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd	11
2.3.2.1 Oproepovereenkomsten	11
2.3.2.2 Uitbreiding van uren	12
2.3.3 Tussenperiode van niet meer dan drie maanden	14
2.3.3.1 Conversie en misbruik: onderbrekingsregeling	14
2.3.3.2 Parlementaire geschiedenis onderbrekingsregeling	14
2.3.3.2 HR Greenpeace	15
2.3.3.3 Lagere jurisprudentie	15
2.3.4 Seizoenscontracten	16
2.3.4.1 Lagere jurisprudentie	16
2.4 Artikel 7:668a lid 3	18
2.4.1 De Ragetlieregel	19
2.5 Artikel 7:668a lid 5 (Afwijking bij cao)	21
2.6 Conclusie	21

Hoofdstuk 3: Artikel 7:668a lid 2 BW 23

3.1 Inleiding	23
3.2 Opvolgend werkgeverschap (algemeen)	23
3.3 Conclusie	25

Hoofdstuk 4: Bijzondere combinaties opvolgende arbeidsovereenkomsten 26

4.1 Inleiding	26
4.2 Art. 7:668a BW en de uitzend/payrollovereenkomst	26
4.2.1 Uitzend-cao's	27
4.3 Art. 7:668a BW en faillissement	28
4.3.1 De Ragetlieregel en art. 7:668a BW	29
4.3.1.1 HR Boekenvoordeel/Isik	29
4.3.1.2 Vege Motoren/X	29
4.3.1.3 Lagere jurisprudentie	30
4.4 Art. 7:668a BW en de overgang van onderneming	32
4.4.1 HR Van Tuinen/Taxicentrale Wolters	32
4.4.2 Lagere jurisprudentie	33
4.5 Art. 7:668a BW en ambtenarenrecht	34
4.5.1 Lagere jurisprudentie	34
4.6 Art. 7:668a BW en het rouleren binnen een concern	36

4.6.1 Lagere jurisprudentie	36
Hoofdstuk 5: Conclusies en aanbevelingen	38
5.1 Inleiding	38
5.2 Conclusies	38
5.3 Aanbevelingen	41
Literatuurlijst	42
Jurisprudentieregister	45
Bijlage 1: Checklist	49

SAMENVATTING

Deze scriptie heeft als onderwerp de omzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Aan bod komt wanneer en onder welke voorwaarden een dergelijke omzetting plaatsvindt. Deze scriptie is geschreven in opdracht van het Juridisch Loket en is tevens het slotstuk voor het behalen van de opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. Het onderwerp is in samenspraak met het Juridisch Loket gekozen. De medewerkers van het Juridisch Loket merken in steeds toenemende mate vragen te krijgen over wanneer een werknemer kan stellen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te hebben. De resultaten van dit onderzoek en de bijbehorende checklist zorgen voor een diepgaandere kennis over dit onderwerp bij de juridisch medewerkers.

In deze scriptie is aandacht besteed aan zowel de algemene regels rondom art. 7:668a BW. Daarnaast is middels wets-en jurisprudentieonderzoek uitgezocht in welke bijzondere combinaties van opvolgende arbeidsovereenkomsten art. 7:668a BW eveneens van toepassing is. Eveneens is er onderzoek geweest naar relevante literatuur over dit onderwerp.

Wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is te vinden in art. 7:668a Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Wanneer een dergelijke omzetting plaatsvindt, spreken we ook wel van conversie. In het algemeen gezegd vindt conversie plaats wanneer er meer dan drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd overeengekomen zijn of wanneer er meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar hebben opgevolgd en de 36-maandentermijn hebben overschreden. Een onderbreking van meer dan drie maanden onderbreekt de keten, zo blijkt uit het bepaalde in lid 1. Bij cao kan van deze regeling afgeweken worden. Conversie vindt echter niet plaats wanneer een arbeidsovereenkomst voor de duur van 36 of meer maanden wordt voortgezet met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de duur van maximaal drie maanden.

De ketenregeling is eveneens van toepassing op opvolgend werkgevers. Uit het arrest Van Tuinen/Taxicentrale Wolters is gebleken wanneer er sprake is van opvolgend werkgeverschap. Voor toepassing van de ketenregeling bij verschillende werkgevers moet onderzocht worden of er sprake is van opvolgend werkgeverschap. De twee voorwaarden zijn als volgt:

1. enerzijds dient de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden te eisen als de vorige overeenkomst en;
2. anderzijds tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.

Wanneer er aan deze twee voorwaarden voldaan is dan kan in principe in elke bijzondere combinatie van opvolgende arbeidsovereenkomsten opvolgend werkgeverschap aangenomen worden en kan er dus een beroep op de ketenregeling gedaan worden. Een opvallend resultaat uit het onderzoek is het gegeven dat ambtelijke aanstellingen voor een arbeidsovereenkomst bij een opvolgend werkgever eveneens meetellen in de ketenregeling. In de omgekeerde situatie, eerst een of meerdere arbeidsovereenkomsten en daarna een aanstelling, kan de ambtenaar echter geen beroep doen op de ketenregeling. Art. 7:615 sluit art. 7:668a BW namelijk uit voor ambtenaren.

HOOFDSTUK 1: ONDERZOEKSFORMULERING

In dit hoofdstuk is respectievelijk de organisatiebeschrijving, de aanleiding, de probleemstelling, de centrale vraag en de doelstelling van het onderzoek te vinden. Dit hoofdstuk sluit vervolgens met een leeswijzer.

1.1 Organisatiebeschrijving

Het Juridisch Loket is een organisatie die een bijdrage wil leveren aan de rechtstaat door het verstrekken van gratis juridische informatie en advies aan particulieren. Zelf verwoorden ze het als volgt: *“Toegang tot het recht is een belangrijke pijler van een goed functionerende rechtsstaat.”*¹ Klanten kunnen zich op verschillende manieren tot het Juridisch Loket wenden. Er zijn dertig vestigingen in het land waar ze langs kunnen komen aan de balie of waar ze een afspraak kunnen maken. Daarnaast is het mogelijk om informatie en advies in te winnen door het telefoneren of chatten met de juridisch medewerkers. Tot slot kan er buiten openingstijden via de website e-mails verstuurd worden. Het Juridisch Loket behandelt vragen van particulieren en rechtsgebieden die bij deze doelgroep horen. De Raad voor Rechtsbijstand, de financierder van het Juridisch Loket, heeft in 2012 onderzocht waar de meeste vragen van klanten over ging. Het is gebleken dat vragen over het arbeidsrecht verreweg, met ruim 21% van de totale vragen, het meeste voorkomt.²

1.2 Aanleiding

Bij het Juridisch Loket lag geen specifiek onderzoek klaar. Wel bleek dat juridisch medewerkers in toenemende mate vragen krijgen over de toepassing van art. 7:668a BW. Het gaat er daarbij vooral om op wat voor moment werknemers kunnen stellen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te hebben. Dit onderzoek beoogt in kaart te brengen welke bijzondere combinaties van arbeidsovereenkomsten onder de ketenregeling uit art. 7:668a BW vallen en welke uitzonderingen daarop gelden.

1.3 Probleembeschrijving

Een veel voorkomende vraag die juridisch medewerkers krijgen is de vraag wanneer een klant kan stellen een contract voor onbepaalde tijd te hebben. Wanneer de werknemer steeds bij dezelfde werkgever in dienst is geweest, zal het beantwoorden van deze vraag niet zulke problemen opleveren. Moeilijker wordt het wanneer er iets bijzonders aan de hand is. Zo kan het zijn dat iemand eerst als ambtenaar heeft gewerkt en daarna een arbeidsovereenkomst heeft gekregen. Iemand kan ook juist eerst onder arbeidsovereenkomst via een uitzendbureau hebben gewerkt en daarna zijn aangesteld als ambtenaar, wat geldt er dan? Een ander voorbeeld is iemand die na faillissement van zijn werkgever terug in dienst wordt genomen. Daarnaast kan het zijn dat er sprake is van een overgang van onderneming of van het rouleren van personeel binnen een bepaald concern. De achterliggende gedachte van dit onderzoek is de vraag: wanneer heeft iemand een arbeidsovereenkomst onbepaalde tijd?

Om hier een antwoord op te kunnen geven is het zaak om uit te zoeken wanneer art. 7:668a BW van toepassing is en wanneer niet. Dit antwoord zal gezocht worden in literatuur en jurisprudentie.

¹ Combrink-Kuiters & Peters 2012.

² Combrink-Kuiters & Peters 2012.

1.4 Centrale vraag:

Wanneer en onder welke voorwaarden wordt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zoals bedoeld in art. 7:668a BW?

1.5 Doelstelling:

De schrijver heeft zich tot doel gesteld om op 26 mei 2013 een adviesrapport op te leveren aan het Juridisch Loket waarin wordt beschreven wanneer er sprake is van conversie en welke bijzondere combinaties van opvolgende arbeidsovereenkomsten tevens onder de ketenregeling uit art. 7:668a BW vallen, zodat het voor de juridisch medewerkers van het Juridisch Loket duidelijk is wanneer en onder welke voorwaarden een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

1.6 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 is informatie te vinden over art. 7:668a lid 1 BW. Het gaat in deze om de algemene regels rondom de omzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De diverse voorwaarden die hierbij gelden worden in dat hoofdstuk besproken. Tevens wordt er aandacht besteed aan de achtergrond van dit betreffende artikel.

Hoofdstuk 3 gaat over het begrip ‘opvolgend werkgeverschap’. In dit hoofdstuk wordt nog niet ingegaan op bijzondere combinaties van opvolgende arbeidsovereenkomsten, maar wordt het opvolgend werkgeverschap in zijn algemeenheid besproken. Ook hier wordt uiteengezet welke voorwaarden gelden.

Op de bijzondere combinaties van dienstverbanden wordt in hoofdstuk 4 ingegaan. Onderzocht is wanneer art. 7:668a BW eveneens van toepassing is in situaties waarin er sprake is van een uitzendovereenkomst, een overgang van onderneming, een ambtelijke aanstelling, een faillissement of het rouleren binnen een concern.

De resultaten uit hoofdstuk 2, 3 en 4 zijn vervolgens verwerkt in hoofdstuk 5. Hier zijn de conclusies en aanbevelingen te vinden.

Tot slot zijn helemaal achterin de checklist, de literatuurlijst en het jurisprudentieregister te vinden.

2.1 Inleiding

Lid 1 van art. 7:668a lid BW beschrijft wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Een dergelijke omzetting wordt ook wel aangeduid met het woord ‘conversie’.

De wettekst van lid 1 luidt als volgt:

“Vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen:

a. arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden, geldt met ingang van die dag de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd;

b. meer dan drie voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan 3 maanden, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.”

2.2 Achtergrond art. 7:668a lid 1 BW

Begin jaren '80 wordt de Nederlandse arbeidsmarkt gekenmerkt door een hoge (jeugd)werkloosheid. Het is in die periode, met het Akkoord van Wassenaar in 1982³, dat de eerste maatregelen worden genomen om de arbeidsmarkt te flexibiliseren.⁴ In de jaren '90 blijkt dat deze maatregelen niet meer volstaan. Werkgevers vonden dat ze onvoldoende flexibel met personeel om konden gaan, doordat een verlengde arbeidsovereenkomst enkel met toestemming van de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening (RDA) kon worden beëindigd.⁵ Wanneer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tussen dezelfde partijen zich opvolgden binnen 31 dagen werd deze laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangemerkt als een voortgezette arbeidsovereenkomst.⁶ Werkgevers wilde deze omzetting voorkomen en bedachten daarom zogeheten draaideurconstructies. Bij zo'n constructie werden werknemers wanneer ze dreigen aanspraak te kunnen maken op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (tijdelijk, maar in ieder geval voor meer dan 31 dagen) ondergebracht bij een uitzendbureau. Werknemers voelden zich door de toen geldende wetgeving onvoldoende beschermt tegen dergelijke praktijken en wisten niet waar ze aan toe waren wanneer dezelfde werkzaamheden werden uitgevoerd bij verschillende juridisch werkgevers.⁷ De Hoge Raad gaf met het Campina-arrest⁸, waarin met de draaideurconstructie werd afgerekend, het eerste voorzetje.

In de praktijk blijkt dat de wetgeving vaak de maatschappelijke tendens volgt. Naar aanleiding van zowel het Campina-arrest en de lagere jurisprudentie⁹, maar ook de levende behoefte op de arbeidsmarkt naar meer flexibiliteit, bood de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de

³ Stichting van de Arbeid 1982.

⁴ Wolbers 2008.

⁵ Fleuren – Van Walsem 2000.

⁶ Bouwens 2007.

⁷ Fleuren – Van Walsem 2000.

⁸ HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 707.

⁹ Rb. Amsterdam 6 februari 1991, *Prg.* 1991, 3447; Ktg. Tilburg 21 november 1991, *Prg.* 1992, 3590; Ktg. Utrecht 14 oktober 1992, *Prg.* 1993, 3840; Ktg. Alkmaar 24 december 1993, *Prg.* 1994, 4129; Ktg.

Leeuwarden 20 september 1994, *Prg.* 1994, 4185; Ktg. Gouda 4 april 1996, *JAR* 1996, 106; Ktg.

Amsterdam 18 augustus 1997, *JAR* 1997, 195.

nota 'Flexibiliteit en Zekerheid'¹⁰ aan. Belangrijk onderdeel hiervan was het adviesrapport van de Stichting van de Arbeid. Uit de nota 'Flexibiliteit en Zekerheid'¹¹ blijkt nogmaals dat het kabinet betoogd *"dat deze vernieuwing zal moeten bijdragen aan het tot stand komen van een nieuw evenwicht tussen partijen op de arbeidsmarkt waarbij flexibiliteit en zekerheid hand in hand gaan en wel zodanig dat het proces van flexibilisering van de arbeid op een verantwoorde en evenwichtige wijze voor beide partijen verloopt"*. Het uiteindelijke resultaat, de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is per 1 januari 1999 in werking getreden.¹²

Na de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid en het daarbij horend art. 7:668a BW is in Europese context de Richtlijn 1999/70/EG (arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd) van kracht geworden. Uitgangspunt van deze richtlijn de arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de norm zouden moeten zijn en dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd enkel geoorloofd zijn wanneer daar objectieve redenen voor te noemen zijn. In clause 5 van de richtlijn is bepaald welke maatregelen de lidstaten moe(s)ten nemen ter voorkoming van misbruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Deze maatregelen zijn¹³:

1. Vaststelling van objectieve redenen die een vernieuwing van tijdelijke arbeidsovereenkomsten of verhoudingen rechtvaardigen.
2. Vaststelling van de maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of verhoudingen voor bepaalde tijd.
3. Vaststelling van het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten of verhoudingen mogen worden vernieuwd.

Gezien de aard van dit onderzoek zal verder niet op de richtlijn worden ingegaan. De richtlijn zal wel nog benoemd worden in paragraaf 4.5 betreffende art. 7:668a BW en de combinatie met ambtenarenrecht.

2.3 Conversie

Uit dit lid blijkt enerzijds de flexibiliteit die de wetgever aan werkgevers heeft willen geven, anderzijds de zekerheid voor werknemers dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd maar voor een bepaald aantal keer of een bepaalde periode overeengekomen mogen worden.¹⁴ Er zijn twee situaties te onderscheiden:

a. de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd hebben elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden opgevolgd en hebben de periode van 36 maanden verstreken. De termijn van 36 maanden gaat lopen vanaf de ingangsdatum van de eerste arbeidsovereenkomst.¹⁵ Wanneer de arbeidsovereenkomst de termijn van 36 maanden overschrijdt, geldt de arbeidsovereenkomst vanaf dat moment als aangegaan voor onbepaalde tijd. Werkgever en werknemer kunnen bijvoorbeeld tweemaal een arbeidsovereenkomst voor twee jaar overeenkomen, in dat geval ontstaat de conversie op de eerste dag na drie jaar.¹⁶ De omzetting heeft geen terugwerkende kracht.¹⁷ Dit in tegenstelling tot sub b, waar de vierde arbeidsovereenkomst al meteen vanaf die ingangsdatum geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd.

b. meer dan drie arbeidsovereenkomsten hebben elkaar, zonder tussenpozen van meer dan drie

¹⁰ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 543, nr. 1 en 2.

¹¹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 543, nr. 1 en 2.

¹² Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300.

¹³ Houweling 2012.

¹⁴ Houweling 2012; Van Drongelen & Fase, 2009, p. 215.

¹⁵ *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 8.

¹⁶ Van den Hoek & Cohen 2008.

¹⁷ *Kamerstukken I* 1997-1998, nr. 25 263, nr. 132d, p. 9.

maanden, opgevolgd. Een voorbeeld is te noemen voor de werknemer die vier arbeidsovereenkomsten voor een periode van drie maanden heeft gehad. In een dergelijke situatie vindt er binnen de periode van 36 maanden conversie plaats en geldt de laatst aangegane arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als aangegaan voor onbepaalde tijd.

Om te voldoen aan art. 7:668a BW lid 1 zijn de volgende zaken relevant.

2.3.1 Dezelfde partijen

Lid 1 geeft aan dat het moet gaan om arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen. De aard van de werkzaamheden is hierbij niet belangrijk, het feit dat de arbeidsovereenkomsten zijn gesloten tussen dezelfde partijen is voldoende om een beroep te kunnen doen op art. 7:668a lid 1.¹⁸

2.3.2 Overeenkomsten voor bepaalde tijd

Voor toepassing van art. 7:668a lid 1 BW is belangrijk dat het gaat om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Het uitleg van het begrip 'arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd' is overigens niet terug te vinden in de Wet Flexibiliteit en Zekerheid. Aangenomen wordt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wanneer:¹⁹

1. Partijen afspreken op welke datum de arbeidsovereenkomst zal eindigen. De einddatum wordt dan kalendermatig bepaald, bijvoorbeeld op 31 maart 2013.
2. Partijen afspreken dat de einddatum van de overeenkomst op andere wijze objectief bepaalbaar is. Te denken valt aan de looptijd van een bepaald project of de vervanging van een zieke collega. De einddatum zal evenwel objectief bepaalbaar moeten zijn en mag niet afhangen van de wil van een derde.²⁰

Het woord 'arbeidsovereenkomsten' geeft een meervoud aan. Een enkele arbeidsovereenkomst met een looptijd van meer dan 36 maanden brengt niet met zich mee dat de arbeidsovereenkomst wordt omgezet naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd tellen niet mee in de ketenregeling van lid 1, zo bepaalt het Gerechtshof te Arnhem²¹. De werknemer is eerst in dienst geweest als oproepkracht op basis van een mondelinge overeenkomst. Na een jaar is hij in fulltime dienst getreden als medewerker in de bediening, deze schriftelijke arbeidsovereenkomst is twee keer verlengd. In deze zaak ontstaat er na de vierde verlenging geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, omdat de eerste overeenkomst volgens de cao als aangegaan voor onbepaalde tijd geldt. Zodoende wordt het vierde contract het derde contract voor bepaalde tijd en is er nog geen conversie ontstaan krachtens art. 7:668a lid 1 BW. Het subsidiaire beroep op de Ragetlie-regel²² slaagt evenmin, nu het gerechtshof van mening is dat de aard van de eerste (oproep)overeenkomst teveel van karakter verschilt met de latere arbeidsovereenkomsten. Deze uitspraak betreft eveneens een voorbeeld van een afwijkende bepaling in een van toepassing zijnde cao.

¹⁸ Houweling 2012.

En: *Kamerstukken I* 1997-1998, 25 263, nr. 132b.

¹⁹ Fleuren – Van Walsem 2000.

²⁰ Ter illustratie: Gerechtshof Leeuwarden 20 december 2011, *LJN* BU8987.

²¹ Gerechtshof Arnhem 15 april 2003, *JAR* 2003, 197.

²² Zie verder paragraaf 2.4.1 (De Ragetlieregel).

2.3.2.1 Oproepovereenkomsten

Wanneer het gaat om oproepovereenkomsten is het relevant om het onderscheid tussen een voorovereenkomst en een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht te maken.

Een voorovereenkomst is niet aan te merken als een arbeidsovereenkomst, maar is een overeenkomst waarin partijen vastleggen dat er een arbeidsovereenkomst zal worden gesloten als er werk is.²³ Daarnaast wordt in de overeenkomst afspraken neergelegd die zullen gelden wanneer er een arbeidsovereenkomst zal ontstaan. Deze afspraken zullen voldoende bepaalbaar moeten zijn.²⁴ Een voorovereenkomst is geen arbeidsovereenkomst, omdat de gezagsverhouding ontbreekt.²⁵ De werknemer is namelijk niet verplicht om gehoor te geven aan de oproep. Indien de werknemer meer dan drie keer aan een oproep gevolg heeft gegeven met tussenpozen van niet meer dan drie maanden, dan geldt de vierde arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.²⁶

Partijen kunnen ook een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht sluiten.²⁷ Een dergelijke overeenkomst is wel aan te merken als een arbeidsovereenkomst en telt aldus mee in de ketenregeling van art. 7:668a BW. In de praktijk is het moeilijk om het onderscheid tussen deze twee vormen van contracten te maken. Van Drongelen en Fase²⁸ merken tot slot op dat de gesloten overeenkomst van karakter kan veranderen, bijvoorbeeld doordat de werknemer met een voorovereenkomst dusdanig regelmatig werkzaamheden verricht en daardoor zijn incidentele karakter verliest. In dergelijke gevallen kan op basis van het 'wezen gaat voor schijn' –beginsel een arbeidsovereenkomst ontstaan.²⁹

Indien de werknemer meer dan drie keer aan een oproep gevolg heeft gegeven met tussenpozen van niet meer dan drie maanden, dan geldt de vierde arbeidsovereenkomst (oproep) als aangegaan voor onbepaalde tijd.³⁰ Het Gerechtshof te Amsterdam³¹ heeft zich uitgelaten over de vraag of een overeenkomst aan te merken is als een voorovereenkomst of als afroepcontract. In deze casus hadden werkgever en werknemer een overeenkomst gesloten getiteld "Voorovereenkomst voor bepaalde tijd voor afroepsituatie", met ingangsdatum 1 mei 2008 en voor de bepaalde tijd van twaalf maanden. De CAO Particuliere Beveiligingsorganisaties was van toepassing verklaard, waarvan in art. 14 onder andere is bepaald dat indien sprake is van een voorovereenkomst, art. 7:668a BW niet geldt gedurende de eerste 48 maanden waarin werkzaamheden worden verricht. Het gerechtshof is van mening dat er geen sprake was van een voorovereenkomst, nu de werknemer vanaf de eerste oproep fulltime was ingeroosterd, tewerkgesteld en betaald. De werknemer kan aldus een beroep doen op art. 7:668a BW.

2.3.2.2 Uitbreiding van uren

In bepaalde sectoren, vooral in het onderwijs en in de zorg, vindt het verschijnsel van uitbreiding van uren plaats. Werknemers worden op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in dienst genomen voor een bepaald aantal uur en krijgen tijdens de looptijd van

²³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/92-93 en Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/30.

²⁴ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/92.

²⁵ Van den Hoek & Cohen 2008.

²⁶ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 juli 2007, *LJN* BB1936; Ktr. Nijmegen 16 maart 2011, *LJN* BP8248 (voorovereenkomst opgevolgd door arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd leidt tot conversie krachtens art. 7:668a lid 1 BW); zie ook: Ktg. Meppel 15 maart 2001, *JAR* 2001, 73.

²⁷ Noot Stein bij HR 25 januari 1980, *LJN* AC6801 (Possemis/Hoogenboom).

²⁸ Van Drongelen & Fase 2009.

²⁹ Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/26; Ktg. Gouda 7 januari 1988, *Prg.* 1988, 2840; HR 8 april 1994, *NJ* 1994/704, *JAR* 1994, 94 (Agfa/Schoolderman).

³⁰ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 juli 2007, *LJN* BB1936; Ktr. Nijmegen 16 maart 2011, *LJN* BP8248 (voorovereenkomst opgevolgd door arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd leidt tot conversie krachtens art. 7:668a lid 1 BW)

³¹ Gerechtshof Amsterdam 19 januari 2010, *JAR* 2010, 139, *LJN* BM3048.

dat contract (wisselend) meer uren. Dit kan plaatsvinden 'binnen' de reeds bestaande arbeidsovereenkomst, maar ook kan er een nieuwe arbeidsovereenkomst overeengekomen worden naast de al bestaande arbeidsovereenkomst.³² Tevens kan het zo zijn dat de werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft en dat er steeds tijdelijk een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt gesloten voor meer uren. De vraag is of de (tijdelijke) uitbreiding van uren beschouwd kan worden als arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:668a BW. Immers, wanneer de uitbreiding van uren als een zelfstandige arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt, geldt dat na drie verhogingen van uren de vierde verhoging met zich meebrengt dat de arbeidsovereenkomst is omgezet naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Deze arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die dan ontstaat komt dan bovenop de reeds bestaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Wanneer het gaat om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die steeds wordt uitgebreid is het moeilijk te zeggen of het te zien is als een zelfstandige en opvolgende arbeidsovereenkomst.

De Kantonrechter Apeldoorn³³ heeft zich in 2003 over deze vraag gebogen. In die zaak was er sprake van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd waarvan de omvang tussentijds drie keer werd uitgebreid. De kantonrechter bepaalt dat de uitbreidingen 'binnen' de enkele arbeidsovereenkomst plaatsvinden en niet aan te merken zijn als opvolgende arbeidsovereenkomsten in de zin van art. 7:668a BW. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt aldus van rechtswege. De Rechtbank Maastricht³⁴ oordeelt hetzelfde in een zaak waarin de uren van de werkneemster vanaf 2003 steeds op tijdelijke basis van 10 uur en 45 minuten per week naar (uiteindelijk) 22 uur en 15 minuten per week in januari 2006 worden verhoogd. Volgens de rechtbank is er slechts sprake van een tijdelijke verhoging van het aantal uren voor een bepaalde periode en is er geen tweede, nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand gekomen. Wel heeft de werkgever in strijd met het goed werkgeverschap gehandeld, omdat hij zonder verdere motivering besloot de uren van de werkneemster met meer dan de helft te verminderen op het moment dat eiseres chronisch ziek was. Overigens valt het op dat de rechtbank een beroep op art. 7:668a BW afwijst en daarbij niet verwijst naar het rechtsvermoeden van de omvang arbeidsovereenkomst uit art. 7:610b BW.³⁵

In een andere zaak heeft de Kantonrechter Utrecht³⁶ tevens bepaald dat de enkele, tijdelijke wijziging van de arbeidsduur niet tot gevolg heeft dat die uitbreiding aangemerkt kan worden als zelfstandige (en opvolgende) arbeidsovereenkomst. In deze casus gaat het om een werknemer die sinds 1 november 2008 werkzaam is als senior beheerder bij de werkgever. De werknemer voort werkzaamheden uit in de dak-en thuislozenopvang. Vanwege de kou en toenemende drukte in de wintermaanden, biedt de werkgever de werknemer tijdens die maanden een 'koudeweerregeling' aan in de vorm van een aanhangsel op het bestaande contract. Omdat niet is gebleken dat de werkzaamheden wezenlijk van elkaar verschilden, is het aanhangsel niet aan te merken als zelfstandige arbeidsovereenkomst.

De Kantonrechter Zwolle³⁷ heeft een zaak behandeld waarin de werkneemster reeds een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft en waarbij de werkneemster steeds wisselend meer uren krijgt. De werkneemster is voor onbepaalde tijd in dienst bij de werkgever voor 24 uur per week. Per 1 oktober 2004 komen partijen steeds op tijdelijke basis overeen dat de werkneemster tien extra uren per week werkt. De laatste (en vierde) urenuitbreiding is op 1

³² Noot Verhulp bij Ktr. Apeldoorn 2 juli 2003, *JAR* 2003, 170.

³³ Ktr. Apeldoorn 2 juli 2003, *JAR* 2003, 170.

³⁴ Rb. Maastricht 27 februari 2008, *LJN* BC5549.

³⁵ Zie ook: Noot Boot bij Rb. Maastricht 27 februari 2008/146, *LJN* BC5549.

³⁶ Ktr. Utrecht 24 juni 2010, *JAR* 2010/192.

³⁷ Ktr. Zwolle 3 maart 2009, *LJN* BH5911. Zie ook: Ktr. Middelburg 27 oktober 2009, *LJN* BK9739. Ook: Houweling 2012.

april 2007 ingegaan voor de duur van een jaar. In december 2007 wordt de werkneemster arbeidsongeschikt, waarop de werkgever op 1 april 2008 besluit haar geen nieuwe urenuitbreiding aan te bieden. Volgens de kantonrechter heeft de wetgever met art. 7:668a BW bedoeld de werknemer na drie jaar zekerheid te bieden over de vraag of de op dat moment geldende arbeidsvoorwaarden blijvend zullen zijn. De zekerheid en bescherming die de wetgever had beoogd zouden teniet worden gedaan wanneer het voor de werkgever mogelijk is om iemand voor een gering aantal uren voor onbepaalde tijd in dienst wordt genomen waarnaast de uren steeds tijdelijk worden uitgebreid, zonder dat dat kan leiden tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met die extra uren.

Houweling³⁸ betoogt dat de benaderingen van de Kantonrechter Apeldoorn en de Rechtbank Maastricht de voorkeur verdienen. Hij motiveert dit door te stellen dat de zekerheid al is gegeven op het moment dat partijen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd overeenkomen. Hier valt wat te zeggen wanneer het enkel gaat om de duur van de overeenkomst, echter wil de wetgever met de Wet Flexibiliteit en Zekerheid werknemers tevens zekerheid op inkomen geven. Met de benadering volgens de hierboven genoemde rechters valt deze zekerheid weg. Houweling geeft tevens aan dat de Richtlijn 1999/70/EG lidstaten verplicht misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te voorkomen. Volgens hem gaat het daarom om de arbeidsovereenkomsten zelf, en niet om de inhoudelijke wijziging daarvan.

2.3.3 Tussenperiode van niet meer dan drie maanden

In beide gevallen, zowel onder sub a als onder sub b, geldt dat de keten uit art. 7:668a lid 1 BW wordt onderbroken wanneer de verschillende arbeidsovereenkomst zich opvolgen met een tussenperiode van meer dan drie maanden. Een onderbreking van precies drie maanden is niet genoeg om de keten te onderbreken. In dat geval wordt de opvolgende arbeidsovereenkomst meegeteld in de keten (qua aantallen) en zal de onderbrekingsperiode worden opgeteld bij de termijn van 36 maanden.

2.3.3.1 Conversie en misbruik: onderbrekingsregeling

Uit de praktijk blijkt dat werkgevers na drie contracten voor bepaalde tijd de werknemer toezeggen hem* opnieuw in dienst te nemen op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Werkgevers laten dan bewust een tussenpoos vallen in de hoop zo te voorkomen dat conversie zal plaatsvinden.

2.3.3.2 Parlementaire geschiedenis onderbrekingsregeling

Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid blijkt dat er in sommige situaties wel misbruik van recht kan plaatsvinden.³⁹ Volgens de minister is dat *"(...) als jaar in, jaar uit contracten voor bepaalde tijd worden afgesloten met steeds een onderbreking van drie maanden, kan op enig moment sprake zijn van misbruik van recht om ontslagbescherming van de werknemer tegen te gaan. Ik moet constateren dat het aan de rechter is om in een dergelijke situatie een oordeel te vellen (...)."*

De minister verwijst tevens naar het goed werkgeverschap⁴⁰:

"Het beginsel van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) kan worden geschonden als er nimmer een conversie kan plaatsvinden van opvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het goed werkgeverschap kan er toe leiden dat een

³⁸ Houweling 2012.

³⁹ Parl. Gesch. Wet Flexibiliteit en Zekerheid, blz. 546.

⁴⁰ Kamerstukken I 2001/02, 27 661, nr. 322b, p.3.

tussen werkgever en werknemer geldende afspraak niet van toepassing is voor zover dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn”.

2.3.3.3 HR Greenpeace

De Hoge Raad⁴¹ heeft zich in het Greenpeace-arrest uitgelaten over in hoeverre een dergelijke onderbreking geoorloofd is. In de literatuur wordt dit arrest beschouwd als belangrijk voor de vraag of er bij een onderbreking van meer dan drie maanden sprake kan zijn van ongeoorloofde ontduiking of uitholling van art. 7:668a BW en wanneer dat het geval kan zijn.⁴²

In het Greenpeace-arrest⁴³ is het volgende aan de orde. Simpson, werknemer, is kapitein op een actieschip. Tussen hem en Greenpeace zijn achtereenvolgens drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gesloten, de laatste tot 30 november 2001. Simpson en Greenpeace komen overeen dat de laatste overeenkomst tussentijds met wederzijds goedvinden per 2 juli wordt beëindigd en dat Simpson na een onderbreking van meer dan drie maanden terug in dienst zou treden. De bedoeling was dat Simpson terug ingezet kon worden voor een actie in Antarctica, zonder dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou ontstaan. Simpson zou de laatste twee maanden van zijn vierde arbeidsovereenkomst betaald verlof krijgen om scholing te ondergaan. Greenpeace zou meebetalen aan de kosten van deze opleiding. Simpson is vervolgens weer in dienst gekomen van 8 oktober 2001 tot 8 juni 2002.

Simpson vordert in het geding een verklaring voor recht dat tussen hem en Greenpeace een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan en daarnaast doorbetaling van loon.

De Hoge Raad oordeelt dat *“van een ongeoorloofde ontduiking of uitholling van art. 7:668a is niet reeds sprake door het enkele feit dat werkgever en werknemer overeenkomen dat de werknemer na het verstrijken van meer dan drie maanden als bedoeld in dat artikel weer in dienst van de werknemer zal treden”.*

Volgens de Hoge Raad had het Gerechtshof Amsterdam⁴⁴ juist geoordeeld dat art. 7:668a BW partijen niet verbiedt de arbeidsovereenkomst voortijdig te beëindigen en daarbij af te spreken dat na een tussenperiode van meer dan drie maanden de werknemer terug in dienst komt. Dit geldt ook wanneer deze afspraken worden gemaakt met als doel het voorkomen dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Advocaat-generaal Langemeijer verwijst in zijn conclusie naar het Campina-arrest⁴⁵ uit 1991 waarin is bepaald dat er sprake is van misbruik *“wanneer er sprake is van een constructie die zich naar haar aard ertoe leent om te ontkomen aan de werking van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer bescherming tegen hem verleend ontslag te bieden”.*

De Hoge Raad is het met het Gerechtshof Amsterdam eens dat er in deze zaak geen sprake was van misbruik van recht omdat er, anders dan in de zaak Campina, geen sprake was van een constructie waarbij Simpson ten tijde van de onderbreking hetzelfde werk bleef doen in dienst van een uitzendbureau.⁴⁶ De keten was in dit geval onderbroken en de vierde arbeidsovereenkomst tussen Greenpeace en Simpson gold als aangegaan voor onbepaalde tijd.

⁴¹ HR 29 juni 2007, *JAR* 2007, 215.

⁴² Pepping & Pel 2008.

⁴³ HR 29 juni 2007, *JAR* 2007, 215.

⁴⁴ Hof Amsterdam 25 augustus 2005, *JAR* 2005, 234.

⁴⁵ HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 707. Meer hierover in paragraaf 3.1.

⁴⁶ Conclusie A-G Langemeijer bij HR 29 juni 2007, *LJN* BA2504.

2.3.3.4 Lagere jurisprudentie

Geen misbruik van recht

Dat het eenmalig hanteren van een tussenperiode niet direct tot misbruik van recht leidt, blijkt tevens uit een uitspraak van de Kantonrechter Dordrecht⁴⁷. In onderhavige zaak had de werkgever slechts eenmaal gebruik gemaakt van een onderbreking van meer dan drie maanden. Daarnaast is relevant dat de werknemer werkzaam is een branche waarin flexibiliteit is vereist. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd was aldus omgezet naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Misbruik van recht/strijd met de redelijkheid en billijkheid

De Kantonrechter Amsterdam⁴⁸ is in een andere zaak juist van mening dat er wel sprake was van misbruik van recht. De werkgever heeft aan de werknemer een voorstel gedaan om na het derde contract voor bepaalde tijd uit dienst te gaan en na drie maanden terug te keren op basis van een contract voor bepaalde tijd. Ter compensatie van het inkomensverlies in de drie tussenliggende maanden zou de werknemer een hoger salaris ontvangen. De werknemer gaat niet op dit voorstel in en stelt dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. De kantonrechter gaat hierin mee en overweegt dat het voorstel een dubbel karakter heeft en dat de werkgever naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onredelijk handelt. De werkgever dient immers aan het einde van de derde overeenkomst de keus te maken tussen of voortzetting van het dienstverband of beëindiging hiervan.

2.3.4 Seizoenscontracten

Seizoenswerk is een verzamelnaam geworden voor arbeid die gedurende een bepaalde periode in het jaar wordt verricht.⁴⁹ De tussenperiode van meer dan drie maanden biedt werkgevers de gelegenheid om iemand voor bijvoorbeeld acht maanden per jaar in dienst te nemen zonder dat conversie ontstaat. Dit zal voornamelijk voorkomen in het geval van seizoenswerk. Zo'n werkgever zal dan gebruik maken van de tussenperiode om te voorkomen dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Op die manier kan er sprake zijn van 'permanente tijdelijkheid'.⁵⁰ Alhoewel er geen wettelijke verplichting bestaat tot het opnieuw aanbieden van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, kan die verplichting wel bestaan op grond van het goed werkgeverschap.⁵¹

2.3.5. Lagere jurisprudentie

Strijd met goed werkgeverschap/misbruik van recht

De vraag bij seizoenscontracten is of de weigering om een nieuwe arbeidsovereenkomst in strijd is met het goed werkgeverschap of onder de noemer van misbruik van recht valt.⁵²

De Kantonrechter Utrecht⁵³ heeft in 2008 bepaald dat wanneer een werknemer jaar in jaar structureel in dienst is op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, er op een

⁴⁷ Ktr. Dordrecht 8 februari 2007, *LJN* AZ8281.

⁴⁸ Ktr. Amsterdam 11 mei 2012, *LJN* BW6495, *JAR* 2012, 160.

⁴⁹ Noot Knipschild bij Gerechtshof Leeuwarden 18 december 2012, *JAR* 2013, 52.

⁵⁰ De Wolff 2012.

⁵¹ Ktg. Heerenveen 20 november 1996, *JAR* 1997, 17.

⁵² De Wolff 2012.

⁵³ Ktr. Utrecht 9 januari 2009, *LJN* BG9194.

gegeven moment misbruik van recht plaatsvindt. In deze casus gaat het over een leraar die gedurende 18 jaar telkens tussen september en mei taalcursussen verzorgt. In de zomermaanden wordt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd beëindigd en is de werknemer aangewezen op de WW. De kantonrechter oordeelt dat dit in strijd is met het goed werkgeverschap en dat de werknemer daarom recht heeft op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

De volgende zaak die besproken zal worden is een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam⁵⁴. De werknemer werkt vanaf augustus 1995 elke zomer vanaf april tot en met oktober als bedrijfsleider in een restaurant. In de wintermaanden werkt hij incidenteel, gemiddeld vier uur per week en wordt zijn inkomen aangevuld met een WW-uitkering. In oktober 1999 weigert het toenmalige GAK echter de WW-aanvraag, omdat volgens hen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Het gerechtshof is het daarmee eens, omdat vanwege het incidentele werk in de wintermaanden er geen onderbreking heeft plaatsgevonden van meer dan drie maanden. De laatste arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (april-oktober 1999) is aldus gaan gelden als aangegaan voor onbepaalde tijd. De werknemer heeft daarbij aanspraak op alle arbeidsvoorwaarden die bij die laatste overeenkomst horen, waaronder het loon.

Misbruik van recht vindt plaats in de volgende zaken. De Kantonrechter Utrecht⁵⁵ heeft bepaald dat de weigering van de werkgever om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden, misbruik van recht oplevert nu de werknemer al verscheidene jaren in het cursusseizoen werkzaam is geweest voor de werkgever. Hetzelfde geldt in een zaak van de Kantonrechter Maastricht⁵⁶, waar de weigering van de werkgever om een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden aan een docent, die reeds zes jaar in dienst was op basis van een tijdelijke arbeidsovereenkomst, misbruik van recht oplevert. In dezelfde lijn oordeelt de Kantonrechter Groningen⁵⁷, waar een reisleidster gedurende zeventien achtereenvolgende jaren werkzaamheden verricht voor de werkgever. De werkgever handelt in strijd met het goed werkgeverschap, nu de arbeidsrelatie een dusdanig duurzaam karakter had verkregen, om geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden.

Het Kantongerecht Amsterdam⁵⁸ oordeelt in een andere zaak dat de werkgever in strijd met de postcontractuele goede trouw handelt door een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkneemster geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan de te bieden. De werkneemster is in de jaren 1994 tot en met 1997 telkens voor zes of zeven maanden in dienst bij de werkgever en werkzaam als hostess op Kreta. In juli 1997 overkomt haar een ongeluk met een door de werkgever beschikbaar gestelde auto. Hierdoor wordt de werkneemster voor 50% arbeidsongeschikt. Door het niet aanbieden van een nieuwe arbeidsovereenkomst heeft de werkgever in strijd met het goed werkgeverschap gehandeld.

Een recente uitspraak heeft plaatsgevonden door het Gerechtshof Leeuwarden⁵⁹. In die zaak gaat het om een reisleidster die sinds 1 juli 1989 telkens voor bepaalde duur tussen april en november in dienst is bij de werkgever. In de wintermaanden worden de reisleidsters getraind. De laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is aangegaan voor de periode van 23 april 2005 tot 1 november 2005. In maart 2005 heeft de werkgever laten weten dat geen nieuwe overeenkomst wordt aangeboden in verband met klachten over het functioneren van de reisleidster. De werkneemster zou niet aan haar administratieve verplichtingen voldoen. Het gerechtshof overweegt dat er geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand is

⁵⁴ Gerechtshof Amsterdam 28 september 2000, *JAR* 2000, 259.

⁵⁵ Ktr. Utrecht 12 december 2008, *JAR* 2009, 31.

⁵⁶ Ktr. Maastricht 4 september 2008, *LJN* BF5198.

⁵⁷ Ktr. Groningen 14 maart 2007, *JAR* 2007, 102.

⁵⁸ Ktg. Amsterdam 26 maart 1998, *JAR* 1998/155.

⁵⁹ Gerechtshof Leeuwarden 18 december 2012, *LJN* BY7478.

gekomen, omdat de arbeidsovereenkomsten worden onderbroken met meer dan drie maanden. Wel heeft de werkgever moeten waarschuwen dat de samenwerking wordt beëindigd wanneer de klachten zouden aanhouden. Nu dat niet gebeurd is, is er volgens het gerechtshof ten onrechte geen nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden.

Geen strijd met goed werkgeverschap/misbruik van recht

Het Gerechtshof Arnhem⁶⁰ heeft in 2011 afwijkend van bovenstaande jurisprudentie geoordeeld. In deze zaak is de werknemer, een hovenier, op 16 september 1974 in dienst getreden bij de werkgever. Met ingang van 18 maart 1994 is de arbeidsovereenkomst omgezet in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, met als einddatum 3 december 1994. In de jaren erna zijn partijen telkens in de periode maart – november een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd overeengekomen, de laatste van 4 maart tot 31 oktober 2008. Tijdens deze laatste arbeidsovereenkomst is de werknemer ziek geworden, waarna de werkgever in januari 2009 heeft laten weten dat er geen nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangeboden. Het gerechtshof oordeelt, in lijn met een eerdere uitspraak van de Hoge Raad⁶¹, dat er geen sprake is van ongeoorloofde ontduiking van art. 7:668a BW door het enkele feit dat werkgever en werknemer overeenkomen dat de werknemer na het verstrijken van een tussenperiode van meer dan drie maanden weer in dienst van de werknemer zal treden. Het gerechtshof is van mening dat een geen ‘nadere omstandigheden’ zijn waaruit opgemaakt kan worden dat de werkwijze van de werkgever aangemerkt kan worden als ontduiking of misbruik van recht. Tevens is volgens het hof van belang dat het gaat om seizoenswerk, in de periode tussen de arbeidsovereenkomsten heeft de werkgever ook daadwerkelijk geen werk voorhanden. Er is aldus geen sprake van een constructie om te ontkomen aan art. 7:668a BW.

2.4 Art. 7:668a lid 3 BW

In bepaalde situaties kan er van art. 7:668a lid 1 sub a BW afgeweken worden.

Art. 7:668a lid 3 bepaalt:

“Lid 1, onderdeel a, is niet van toepassing op een arbeidsovereenkomst aangegaan voor niet meer dan drie maanden die onmiddellijk volgt op een tussen dezelfde partijen aangegane arbeidsovereenkomst voor 36 maanden of langer.”

Te denken valt aan de werkgever die de werknemer voor een bepaalde periode (meer dan 36 maanden) aanneemt gedurende de voltooiing van een bepaald project en zich daarna vergist in de looptijd. In dat geval kan de werkgever de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd nog eenmaal verlengen met niet meer dan drie maanden zonder dat voor beëindiging opzegging nodig is.⁶² Zolang de verlengde arbeidsovereenkomst naadloos aansluit op de vorige arbeidsovereenkomst en is gesloten tussen juridisch dezelfde partijen eindigt de verlengde arbeidsovereenkomst van rechtswege.⁶³ De uitzondering van lid 3 geldt niet in het geval van opvolgend werkgeverschap ex. lid 2.⁶⁴

Het komt ook voor dat werkgever en werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met wederzijds goedvinden beëindigen wanneer de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd bereikt en het dienstverband daarna voortzetten op basis van een arbeidsovereenkomst voor

⁶⁰ Gerechtshof Arnhem 24 juli 2011, JAR 2011/224, LJN BR2729.

⁶¹ Hoge Raad 29 juni 2007, NJ 2007, 355.

⁶² Verhulp 2012 (T&C BW) art. 7:668a, aant. 5.

⁶³ Verhulp 2012 (T&C BW) art. 7:668a, aant. 5.

⁶⁴ Kamerstukken I 1997/98, 25 263, nr. 132b, p.19.

bepaalde tijd.⁶⁵ Wanneer de voortgezette arbeidsovereenkomst voor meer dan drie maanden wordt voortgezet is voor beëindiging opzegging nodig. Deze rechtsregel komt voor uit het arrest van de Hoge Raad Ragetlie/SLM⁶⁶ en is in de wet neergelegd in art. 7:667 lid 4 BW⁶⁷. Overigens blijkt uit rechtspraak dat bij een beëindiging van rechtswege (overeengekomen in cao of individuele arbeidsovereenkomst) bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd de Ragetlieregels niet van toepassing is.⁶⁸ Dit is dus een andere situatie dan de situatie waarin partijen met wederzijds goedvinden de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voortzetten met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Partijen dienen er evenwel op te letten dat in het geval van een arbeidsovereenkomst die is aangegaan voor 35 maanden en daarna wordt verlengd conversie plaatsvindt ex. art. 7:668a lid 1 BW. Overeenkomsten die gesloten worden voor een periode van meer dan 36 maanden kunnen, zoals eerder gemeld, wel met drie maanden worden verlengd zonder dat conversie plaatsvindt.⁶⁹

2.4.1 De Ragetlieregels

In het Ragetlie-arrest staat de vraag centraal of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die met wederzijds goedvinden is geëindigd en is voortgezet met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, van rechtswege eindigt of dient te worden opgezegd.⁷⁰ Uit het arrest blijkt dat enkel in het geval van rechtsgeldige opzegging de voortgezette arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt.⁷¹ De Hoge Raad heeft in dit arrest drie voorwaarden neergelegd horende bij de Ragetlieregels.

Anders dan door rechtsgeldige opzegging

De voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die volgt op een arbeidsovereenkomst voor *onbepaalde* tijd, eindigt alleen van rechtswege wanneer de voorgaande arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is opgezegd of ontbonden.⁷² Wanneer er sprake is van rechtsgeldige opzegging is niet helemaal duidelijk. Van der Grinten⁷³ verwijst voor de term 'rechtsgeldige opzegging' naar de nota naar aanleiding van het verslag⁷⁴ waarin wordt gesteld dat het moet gaan om een opzegging die niet (meer) vernietigbaar is. In de literatuur⁷⁵ wordt daaraan toegevoegd dat het niet belangrijk is of de werknemer de opzegging ook daadwerkelijk heeft vernietigd. Verhulp⁷⁶ acht deze opvatting juist, volgens hem is het niet relevant of de werknemer de onrechtmatige opzegging daadwerkelijk heeft vernietigd. Werknemers zullen namelijk niet snel geneigd zijn om de opzegging te vernietigen wanneer ze aansluitend een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd sluiten. Pas na afloop van deze voortgezette arbeidsovereenkomst zullen zij zich beroepen op de vernietigbaarheid van de (eerdere) onrechtmatige opzegging.

⁶⁵ Van den Hoek & Cohen 2008.

⁶⁶ HR 4 april 1986, *NJ* 1987, 678.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 257, nr. 3, blz. 1 en 3-5.

⁶⁸ Gerechtshof Amsterdam 26 mei 2005, *JAR* 2005, 132; Ktr. Amsterdam 15 november 2006 *JAR* 2007, 4; Ktr. Dordrecht 12 juni 2009, *JAR* 2009, 172; Ktr. Leiden 3 augustus 2011, *JAR* 2011, 250.

⁶⁹ De Wolff 1999, p. 190 en Houweling 2012.

⁷⁰ Verhulp 2012 (T&C BW) art. 7:667, aant. 7.

⁷¹ Asser/Heerma van Voss 2008 (5- III*) nr. 269 – 475.

⁷² M.a.w. opzegging met ontslagvergunning ex. art. 6 BBA of ontbinding door Kantonrechter ex art. 7:685 BW; Zie ook: Gerechtshof Amsterdam 26 mei 2005, *JAR* 2005, 132, waarin ook een beëindiging van rechtswege in een cao-bepaling als rechtsgeldige opzegging gold.

⁷³ Van der Grinten 2005.

⁷⁴ *Kamerstukken II*, 26 257, nr. 7, p. 5-6.

⁷⁵ Asser/Heerma van Voss 2008 (5- III*) nr. 269 – 475; Verhulp 2003; Ostendorp 2004.

⁷⁶ Verhulp 2005.

Alhoewel ontslag tijdens de proeftijd als rechtsgeldig wordt aangemerkt, kan er in sommige situaties misbruik van recht dan wel strijd met het goed werkgeverschap plaatsvinden wanneer de werkgever de werknemer in de proeftijd ontslaat en daarna een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aanbiedt.⁷⁷ In zulke gevallen zal de opvolgende arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigen, maar zal er voor beëindiging opzegging nodig zijn.⁷⁸ In een andere situatie waarin de werknemer tijdens de proeftijd zelf ontslag neemt is de Ragetlieregels niet van toepassing, zo blijkt uit een uitspraak van de Kantonrechter Gorinchem⁷⁹. De opzegging door de werknemer zal evenwel ondubbelzinnig gedaan moeten worden, enkel dan is de werknemer aan de opzegging gebonden.⁸⁰

Wordt een arbeidsovereenkomst op een andere manier dan door rechtsgeldige opzegging beëindigd en daarna voortgezet dan zal voor beëindiging opzegging nodig zijn. Te denken valt aan de situatie waarin partijen besluiten met wederzijds goedvinden de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd om te zetten in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.⁸¹ Dit is in lijn met de in het Ragetlie-arrest bedoelde ontslagbescherming, omdat bij rechtsgeldige opzegging of ontbinding de rechtmatigheid van het ontslag al is getoetst. Ook hier zal de werknemer ondubbelzinnig moeten instemmen met de beëindiging met wederzijds goedvinden.

Voortzetting van de arbeidsovereenkomst

Om te spreken van een voortgezette arbeidsovereenkomst, dient bekeken te worden of de arbeidsvoorwaarden min of meer hetzelfde zijn gebleven, aldus de Hoge Raad⁸². Daarbij is niet alleen de tijdsduur van de overeenkomst relevant, maar ook het loon en verdere secundaire arbeidsvoorwaarden. Eerder was in 2003 hetzelfde bepaald in twee zaken die het Gerechtshof te Arnhem⁸³ voorgelegd kreeg. In de memorie van toelichting is het volgende aangegeven:⁸⁴

"Van voortzetting in de zin van lid 4 is geen sprake als de identiteit van beide overeenkomsten te zeer verschilt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn voor wat betreft de overeengekomen arbeid of de salaris- en andere arbeidsvoorwaarden."

Deze laatste arbeidsovereenkomst zal dan van rechtswege eindigen.⁸⁵ Uit art. 7:667 lid 5 BW blijkt dat de Ragetlie-regel tevens geldt in het geval van verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid als elkaars opvolgers zijn aan te merken.

⁷⁷ HR 13 januari 1995, *JAR* 1995, 35 (Codfried/ISS), waarin sprake was van misbruik van bevoegdheid omdat de werkgever het proeftijdontslag enkel aanzet met als doel om de werknemer schade te berokkenen. Zie voor lagere jurisprudentie tevens: Ktr. Utrecht 27 januari 2012, *LJN* BV2109, *JAR* 2012/63 (Van Daalen/4some); Ktr. Rotterdam 28 oktober 2011, *JAR* 2011, 645; Ktr. Wageningen 1 november 2011, *JAR* 2011, 6; Gerechtshof Arnhem 26 juli 2011, *LJN* BR6498; Ktr. Eindhoven 6 mei 2010, *JAR* 2010/184; Rb. 's-Gravenhage 1 november 2001, *JAR* 2001, 18.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 257, nr. 3, p. 5; nr. 12, p. 12.

⁷⁹ Ktr. Gorinchem 5 maart 2008, *JAR* 2008, 97.

⁸⁰ Gerechtshof Leeuwarden 2 oktober 2012, *LJN* BX9186; *JAR* 2012, 290; HR 26 september 2008, *JAR* 2008, 277.

Voor zaken waarin de werkgever de werknemer niet aan de opzegging mocht houden zie: Ktr. Amsterdam 10 juni 2011, *JAR* 2011, 175; Ktg. Amsterdam 14 mei 1997, *JAR* 1997, 119.

⁸¹ Gerechtshof Arnhem 11 maart 2003, *JAR* 2003, 104: Het Gerechtshof kwam in onderhavige zaak niet tot de conclusie dat de Ragetlie-regel van toepassing is omdat de werkzaamheden teveel van elkaar verschilden. Wel bevestigt het gerechtshof dat bij een beëindiging met wederzijds goedvinden de voortgezette arbeidsovereenkomst dient te worden opgezegd. Zie ook: Luttmer-Kat, *SR* 1998, p. 338-340.

⁸² HR 8 juli 2011, *JAR* 2011, 210, *LJN* BQ5082 met conclusie van A-G Strikwerda.

⁸³ Gerechtshof Arnhem 11 maart 2003, *JAR* 2003, 104; Gerechtshof Arnhem 15 april 2003, *JAR* 2003, 197.

⁸⁴ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 257, nr. 3, blz. 4.

⁸⁵ Voor uitsluiting Ragetlie-regel bij wezenlijk andere werkzaamheden zie o.a.: Ktr. Amsterdam 12 april 2007, *JAR* 2007, 80; HR 8 juli 2011, *JAR* 2011/210; Gerechtshof Arnhem 7 september 2010, *JAR* 2010/288;

Binnen termijn van drie maanden

De voortgezette arbeidsovereenkomst dient binnen drie maanden te volgen op de eerdere arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Deze termijn volgt uit de conversiebepaling uit art. 7:668a lid 1 BW, immers bij een onderbreking van meer dan drie maanden wordt de keten onderbroken.⁸⁶

Hoe de Ragetlieregels zich verhoudt ten opzichte van de ketenregeling zal verder aan de orde komen in paragraaf 4.3.1.

2.5 Artikel 7:668a lid 5 BW (afwijking bij cao of publiekrechtelijke regeling)

Art. 7:668a lid 5 BW bepaalt het volgende:

“Van de leden 1 tot en met 4 kan slechts bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan worden afgeweken ten nadele van de werknemer.”

Voor de werknemer nadelige afwijkingen van de ketenregeling zijn aldus enkel geoorloofd wanneer deze afwijkingen bij cao is vastgelegd.⁸⁷ Het is dus zaak om na te kijken of er afwijkende bepalingen zijn in de van toepassing zijnde cao.

2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk kwam aan de orde op welk moment een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd omgezet wordt in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Uit art. 7:668a lid 1 BW zijn twee situaties te onderscheiden:

1. de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd hebben elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden opgevolgd en hebben de periode van 36 maanden overschreden.
2. meer dan drie arbeidsovereenkomsten hebben elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden opgevolgd.

Om aan de voorwaarden uit art. 7:668a lid 1 BW te voldoen zijn de volgende zaken relevant:

1. Dezelfde partijen.

De opvolgende arbeidsovereenkomsten moeten zijn gesloten tussen dezelfde partijen. Hierbij is het niet relevant of de werkzaamheden vergelijkbaar zijn gebleven.

2. Bepaalde tijd.

De opvolgende arbeidsovereenkomsten moeten arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd betreffen. Arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd tellen niet mee in de telling uit lid 1. In het geval van een voorovereenkomst ontstaat er per oproep een arbeidsovereenkomst. Wanneer viermaal een oproep heeft plaatsgevonden, met tussenpozen van minder dan drie maanden dan geldt de vierde oproep (arbeidsovereenkomst) als aangegaan voor onbepaalde tijd. Urenuitbreidingen worden in het algemeen niet gezien als zelfstandige arbeidsovereenkomsten.

3. Tussenpozen van niet meer dan drie maanden.

Worden de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aangegaan met een tussenperiode van meer dan drie maanden dan wordt de ketenregeling onderbroken. De Hoge Raad heeft in het Greenpeace-arrest bepaald dat bij een onderbreking van meer dan drie maanden er in principe

Gerechthof Arnhem 15 april 2003, *JAR* 2003, 197; Gerechthof Arnhem 11 maart 2003, *JAR* 2003, 104; Ktg. Amsterdam 23 september 1999, *JAR* 1999, 257.

⁸⁶ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 257, nr. 3, blz. 5.

⁸⁷ Drongelen & Fase 2009; Rensink 1998 (via Drongelen & Fase 2009); Ktg. Utrecht 22 mei 2001, *JAR* 2001, 45; Ktg. Tilburg 23 november 2000, *Prg.* 2000, 5586; Ktg. Eindhoven 8 februari 2001, *JAR* 2001, 46; Ktg. Amsterdam 13 december 2001, *JAR* 2002, 2; Ktr. 's-Gravenhage 25 april 2002, *Prg.* 2002, 5909.

geen sprake is van ongeoorloofde ontduiking of uitholling van art. 7:668a BW. Er kan echter wel sprake zijn van misbruik van recht en/of strijd met de redelijkheid en billijkheid wanneer de onderbrekingsregeling wordt ingezet. Dat zal vooral het geval zijn wanneer er bijkomende omstandigheden zijn, bijvoorbeeld wanneer er constructies worden bedacht om te ontkomen aan de werknemersbescherming. Het goed werkgeverschap kan tevens worden geschonden wanneer jaar in jaar uit contracten voor bepaalde tijd worden afgesloten met een dergelijke tussenperiode. Bij seizoenswerk wordt in het algemeen bijna altijd een tussenperiode van meer dan drie maanden gehanteerd. Alhoewel de keten dan wordt onderbroken, kan er op een gegeven moment wel van de werkgever verwacht worden dat hij het volgende seizoen een nieuwe arbeidsovereenkomst aanbiedt.

Lid 3 van art. 7:668a BW maakt een uitzondering op lid 1 in het geval waarin een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan voor meer dan 36 maanden wordt voortgezet met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor niet meer dan drie maanden. Deze laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt dan van rechtswege. Wanneer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt voortgezet met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dan kan het zijn dat deze laatste arbeidsovereenkomst voor beëindiging opgezegd dient te worden. Voor toepassing van de Ragetlieregel zijn drie voorwaarden. Ten eerste dient de arbeidsovereenkomst anders dan door rechtsgeldige opzegging geëindigd te zijn. Daarnaast dient opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een voortzetting te zijn van de voorgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De identiteit zal dus gelijkblijvend moeten zijn. Ten slotte zal de Ragetlieregel alleen van toepassing zijn wanneer de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd binnen niet meer dan drie maanden is opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

De Ragetlieregel en de ketenregel zijn overigens twee verschillende regelingen die nevenschikt aan elkaar zijn. Er zal aldus aan beide regelingen getoetst moeten worden. Tot slot blijkt uit 7:668a lid 5 BW dat bij cao kan worden afgeweken van het bepaalde in lid 1.

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komt aan de orde wanneer er in zijn algemeenheid sprake is van 'opvolgend werkgeverschap'. Bijzondere combinaties van arbeidsovereenkomsten komen in verdere hoofdstukken aan bod.

Lid 2 van art. 7:668a BW bepaalt dat lid 1 van overeenkomstige toepassing is wanneer er sprake is van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze als elkaars opvolgers zijn aan te merken.

De wettekst van art. 7:668a lid 2 luidt:

"Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen en werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn."

Het gaat aldus om dezelfde of soortgelijke werkzaamheden voor opvolgende werkgevers die niet juridisch dezelfde werkgevers zijn.⁸⁸ Wanneer er sprake is van opvolgend werkgeverschap worden de ervaringen door de eerste werkgever over de hoedanigheid van de werknemer, toegekend aan de opvolgende werkgever.⁸⁹

Voor de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid brachten werkgevers personeel afwisselend onder bij een uitzendbureau om zodoende de keten te onderbreken.⁹⁰ Een dergelijke constructie wordt ook wel een 'draaideurconstructie' genoemd. In 1991 heeft de Hoge Raad⁹¹ in het Campina-arrest bepaald dat deze handelswijze niet geoorloofd is. Volgens de Hoge Raad is er in het geval van een draaideurconstructie sprake *"van een constructie die zich naar haar aard ertoe leent om te ontkomen aan de werking van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer bescherming tegen hem verleend ontslag te bieden"*. In lagere rechtspraak⁹² is deze lijn gevolgd en is gebleken dat er sprake is van een ontoelaatbare constructie wanneer de werkgever zich enkel ten doel had gesteld om te ontkomen aan de ontslagbescherming voor werknemers.⁹³

3.2 Opvolgend werkgeverschap (algemeen)

In het arrest Van Tuinen/Taxicentrale Wolters⁹⁴ heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over hoe lid 2 van art. 7:668a BW dient te worden uitgelegd. Volgens de Hoge Raad moet aansluiting worden

⁸⁸ Verhulp (T&C BW) art. 7:668a aant. 4.

⁸⁹ HR 1 mei 1987, NJ 1988, 20 (Wareman/Demu); HR 24 oktober 1986, NJ 198/293 (Slijkoord/Hekkema); Ktg. Helmond 22 maart 1991, Prg. 1991, 3481.

⁹⁰ Boon (e.a.) 1991.

Boon (e.a.) verwijst tevens naar Rb. Amsterdam 6 februari 1991, Prg. 1991, 3447, LJN AI8421; Ktg. Helmond 22 maart 1991, Prg. 1991, 3481.

⁹¹ HR 22 november 1991, NJ 1992, 707.

⁹² Rb. Amsterdam 6 februari 1991, Prg. 1991, 3447; Ktg. Tilburg 21 november 1991, Prg. 1992, 3590; Ktg. Utrecht 14 oktober 1992, Prg. 1993, 3840; Ktg. Alkmaar 24 december 1993, Prg. 1994, 4129; Ktg. Leeuwarden 20 september 1994, Prg. 1994, 4185; Ktg. Gouda 4 april 1996, JAR 1996, 106; Ktg. Amsterdam 18 augustus 1997, JAR 1997, 195.

⁹³ Van Drongelen & Fase 2009.

⁹⁴ HR 11 mei 2012, LJN BV9603 (Van Tuinen/Taxicentrale Wolters). Zie recentelijk: Ktr. Utrecht 1 maart 2013, LJN BZ6335.

gezocht bij de maatstaf zoals eerder is geformuleerd in het arrest HR Slijkoord/Hekkema.⁹⁵ In die zaak ging het om de beantwoording op de vraag of een proeftijdbeding rechtsgeldig is aangegaan. Er is sprake van opvolgend werkgeverschap indien:

1. enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst en;
2. anderzijds tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.

Het arrest Van Tuinen/Taxicentrale Wolters zal uitgebreider terug komen in paragraaf 4.4.1.

Lid 2 is cumulatief van aard en dat betekent dat aan beide voorwaarden voldaan dient te worden om te kunnen spreken van opvolgend werkgeverschap. Gelijk(soortige) werkzaamheden zijn volgens de Kantonrechter Groningen⁹⁶ niet voldoende voor opvolgend werkgeverschap. Dit geldt ook wanneer de oude en nieuwe werkgever niets anders met elkaar van doen hebben dan dat ze elkaars concurrenten zijn.⁹⁷

Ad 1.

In tegenstelling tot lid 1, waar de aard van de werkzaamheden niet relevant is, is voor toepassing van lid 2 weldegelijk belangrijk dat het gaat om dezelfde werkzaamheden. Er moet met andere woorden sprake zijn van wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden om opvolgend werkgeverschap vast te stellen. Het ontbreken van deze overeenkomsten heeft als gevolg dat de ketenregeling niet van toepassing is.⁹⁸ Het volgende voorbeeld is te geven: een uitzendkracht werkt eerst op basis van een uitzendovereenkomst voor de inlener en wordt vervolgens (binnen drie maanden) door de inlener in dienst genomen op basis van een arbeidsovereenkomst, terwijl de arbeidsomstandigheden en arbeidsvoorwaarden niet veranderen. In dat geval wordt de inlener beschouwd als de opvolgend werkgever.⁹⁹ In de omgekeerde situatie dat de werknemer wordt ondergebracht bij een uitzendbureau en in dezelfde functie blijft werken, is het uitzendbureau aan te merken als opvolgend werkgever.¹⁰⁰ Er is geen sprake van opvolgend werkgeverschap wanneer de arbeidsomstandigheden en arbeidsvoorwaarden zijn veranderd.¹⁰¹

In tegenstelling tot art. 7:668a lid 1 BW geldt lid 2 ook bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zo bepaalde het Gerechtshof Leeuwarden¹⁰². In deze zaak was de werknemer sinds 1987 op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dienst bij Oranjewoud B.V. Deze arbeidsovereenkomst is per 31 maart 2004 door opzegging geëindigd. Vervolgens is de werknemer per 1 april 2004 bij AB Fryslân in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met als beëindigingsdatum 28 november 2004. Op 3

⁹⁵ HR 24 oktober 1986, NJ 198/293 (Slijkoord/Hekkema).

⁹⁶ Ktr. Groningen 13 maart 2009, LJN BI2789.

⁹⁷ HR 11 mei 2012, LJN BV9603 (Van Tuinen/Taxicentrale Wolters).

⁹⁸ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2012, LJN BX7362.

⁹⁹ Van Genderen, Fluit, Stefels, Witte & De Wolff 2010.

Ook: Ktr. Amsterdam 16 februari 2004, JAR 2004, 55; Gerechtshof Leeuwarden 17 maart 2004, JAR 2004, 99 en Ktr. Tholen 19 september 2005, JAR 2005, 229.

¹⁰⁰ Ktg. Amsterdam 17 augustus 2000, JAR 2000, 211: het juridisch werkgeverschap brengt met zich mee dat het uitzendbureau verplicht is passend werk te zoeken voor de werknemer.

¹⁰¹ Ktr. Rotterdam 24 april 2003, JAR 2003, 122; Ktr. Zwolle 16 november 2004, Prg. 2005, 29; Ktr. Bergen op Zoom 16 februari 2005, JAR 2005, 71; Ktr. Appeldoorn 24 oktober 2012, LJN BY3283.

¹⁰² Gerechtshof Leeuwarden 28 maart 2007, LJN BA1888; zie ook: *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9; *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 11 en 41; *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 7, p. 2; Van Drongelen & Fase 2009.

januari 2005 is opnieuw door partijen een arbeidsovereenkomst gesloten, eindigend op 4 december 2005. Hierna heeft de werkgever aangegeven geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden. Het gerechtshof kwam tot het oordeel dat AB Fryslân aangemerkt kan worden als opvolgende werkgever van Oranjewoud B.V., nu de werkzaamheden identiek waren gebleven. Nu de per 1 april 2004 aangegane arbeidsovereenkomst meer dan 36 maanden heeft voortgeduurd, gold deze arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.

Ad 2.

Als klassiek geval van opvolgend werkgeverschap wordt in de memorie van toelichting¹⁰³ het voorbeeld genomen van de werknemer die tevens als uitzendkracht dezelfde werkzaamheden verricht voor hetzelfde bedrijf.¹⁰⁴ Daarnaast geeft de wetgever aan dat er tevens gedacht kan worden aan bedrijfsovernames en het verschuiven van arbeidskrachten tussen verschillende rechtspersonen in één concern¹⁰⁵. In de komende hoofdstukken zullen we zien wanneer en onder welke voorwaarden art. 7:668a BW van toepassing is in het geval van bijzondere combinaties van opvolgende arbeidsovereenkomsten.

3.3 Conclusie

Dit (relatief) korte hoofdstuk beschrijft wanneer er in het algemeen gezegd sprake is van opvolgend werkgeverschap uit art. 7:668a lid 2 BW. Dat is van belang nu opvolgend werkgevers rekening dienen te houden met het arbeidsverleden van de werknemer bij voorgaande werkgevers. De ervaringen en vaardigheden van de werknemer worden dan als het ware toegekend aan de opvolgend werkgever.

De Hoge Raad heeft in het arrest Van Tuinen/Taxicentrale Wolters neergelegd wanneer een opvolgend dienstverband meetelt in de keten uit art. 7:668a lid 1 BW. Volgens de Hoge Raad moet er aangesloten worden bij het proeftijd criterium. Dit houdt in dat de opvolgende arbeidsovereenkomst:

1. enerzijds wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden vereist van de werknemer;
2. en dat anderzijds tussen de voormalige en de nieuwe werkgever dusdanige banden bestaan waardoor de ervaringen die de vorige werkgever over de werknemer heeft opgedaan worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.

Voor toepassing van lid 2 is niet vereist dat het gaat om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Ook arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd tellen mee.

¹⁰³ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p.11.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II 1996/97*, 24 263, nr. 3, p.26; nr. 6, p.11.

¹⁰⁵ Ktr. Heerlen 2 november 2011, *LJN* BW8463; Gerechtshof Leeuwarden 26 juni 2012, *LJN* BW9837.

HOOFDSTUK 4: BIJZONDERE COMBINATIES VAN OPVOLGENDE DIENSTVERBANDEN

4.1 Inleiding

In het arrest Van Tuinen/Taxicentrale Wolters heeft de Hoge Raad¹⁰⁶ de maatstaven voor opvolgend werkgeverschap neergelegd. In dit hoofdstuk komt aan de orde wanneer er sprake is van opvolgend werkgeverschap in het geval van bijzondere combinaties van opvolgende arbeidsovereenkomsten.

4.2 Art. 7:668a BW en de uitzend/payrollovereenkomst

In de memorie van toelichting¹⁰⁷ heeft de wetgever het voorbeeld genoemd van de werknemer die tevens als uitzendkracht dezelfde werkzaamheden verricht voor hetzelfde bedrijf. In art. 7:690 BW is de definitie van de uitzendovereenkomst te vinden:

“De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde.”

De uitzendovereenkomst is een arbeidsovereenkomst in bijzondere vorm.¹⁰⁸ Dit houdt in dat voor een uitzendovereenkomst is vereist dat voldaan wordt aan de vereisten uit art. 7:610 BW, kort gezegd de elementen gezag, arbeid en loon.¹⁰⁹ De payrollovereenkomst op zijn beurt is weer een bijzondere uitzendovereenkomst, waarbij feitelijk het materieel en het formeel werkgeverschap gesplitst zijn.

Art. 7:691 BW geeft bijzondere regels voor de uitzendovereenkomst. Een bijzondere afwijking op de ketenregeling voor uitzendovereenkomsten is te vinden in lid 1:

“Op de uitzendovereenkomst is artikel 668a eerst van toepassing zodra de werknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht.”

Deze bepaling houdt in dat tijdens de eerste 26 weken van de uitzendovereenkomst de ketenregeling nog niet van toepassing is. Gedeelten van een week tellen daarbij voor een volle week.¹¹⁰ Dit volgt uit de formulering ‘in meer dan 26 weken’. Gevolg is dat uitzendondernemingen in het eerste halfjaar de werknemer meer dan viermaal een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kunnen aanbieden zonder dat conversie optreedt. De wetgever wilde met deze bepaling voorkomen dat een uitzendbureau dat een uitzendkracht vier keer voor een korte periode uitzend wordt geconfronteerd met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Na de eerste 26 weken geldt, wanneer niet bij een van onderstaande cao's wordt aangesloten, de ketenregeling uit art. 7:668a BW wel, zo blijkt uit een uitspraak van het Gerechtshof Leeuwarden¹¹¹. De telling van 26 weken begint ex. art. 7:691 lid 4 BW opnieuw wanneer de uitzendovereenkomsten met meer dan een jaar worden onderbroken.

¹⁰⁶ HR 11 mei 2012, *LJN* BV9603 (Van Tuinen/Taxicentrale Wolters).

¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p.11.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 33.

¹⁰⁹ Grapperhaus (T&C BW) art. 7:690 aant. 1.

¹¹⁰ Grapperhaus (T&C BW) art. 7:691 aant. 1.

¹¹¹ Gerechtshof Leeuwarden 2 februari 2005, *LJN* AS5634, *JIN* 2005, 93.

4.2.1 Uitzend-cao's

Zoals uit art. 7:668a lid 5 BW is gebleken kan er bij cao van de ketenregeling worden afgeweken. In de uitzendbranche worden over het algemeen twee cao's gebruikt. In deze cao's wordt er door het gebruik van fases afgeweken van het bepaalde uit art. 7:668a BW. De ABU-CAO en de NBBU-CAO zijn de twee bekende. Op payrollovereenkomsten is vaak de Payroll-CAO van toepassing. Deze cao's bevatten afwijkende fasenregelingen. Belangrijk is het dus om deze als eerste na te kijken.

De fasenregelingen uit bovenstaande cao's gelden enkel tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht. Wanneer een inlener besluit de uitzendkracht in dienst te nemen kan het zo zijn dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Dit zal vooral het geval zijn wanneer de uitzendkracht al meermalen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd heeft gehad in zijn uitzendperiode.¹¹²

4.2.2 Lagere jurisprudentie

Opvolgend werkgeverschap

Art. 7:691 lid 1 BW bepaalt, zoals gezegd, dat de ketenregeling uit art. 7:668a BW de eerste zes maanden niet van overeenkomst is op de uitzendovereenkomst. Dat houdt echter niet in dat wanneer een inlener een uitzendkracht in dienst neemt, de uitzendperiode niet meegeteld wordt. In een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam¹¹³ komt een dergelijke situatie aan de orde. De werkneemster is op 1 juli 2001 bij de werkgever in dienst getreden voor de duur van één jaar. Achtereenvolgens is de arbeidsovereenkomst tweemaal verlengd. Voor haar indiensttreding bij de werkgever is de werkneemster reeds eerder vanaf 2 januari 2001 werkzaam in dezelfde functie, toen via een uitzendbureau. Op 18 juni geeft de werkgever aan dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet verlengd zal worden. De werkneemster daarentegen stelt zich op het standpunt dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. De kantonrechter overweegt dat uit de wetsgeschiedenis van art. 7:691 lid 1 BW blijkt dat de uitzondering uit dat artikel bedoeld is om te voorkomen dat het uitzendbureau die een uitzendkracht viermaal korte tijd naar dezelfde inlener uitzend geconfronteerd wordt met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In deze situatie geldt echter de gewone ketenregel uit art. 7:668a lid 2 BW, zo oordeelt de kantonrechter. De laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geldt aldus al aangegaan voor onbepaalde tijd.

Geen opvolgend werkgeverschap

Indiensttreding bij de inlener na een periode van uitzendwerk leidt niet automatisch tot opvolgend werkgeverschap, zo blijkt uit een uitspraak van de Kantonrechter Bergen op Zoom¹¹⁴. Nadat de werknemer vanaf 12 februari 2001 als uitzendkracht heeft gewerkt als automatiseringsmedewerker treedt hij per 13 mei 2001 in dienst bij de inlener in de functie van assistent technisch beheer binnen de afdeling automatisering. In zijn nieuwe functie krijgt de werknemer voor het eerst eigen verantwoordelijkheden en gaat hij meer specialistisch werk doen. De laatste arbeidsovereenkomst heeft als einddatum 11 mei 2002. Per deze datum is de arbeidsovereenkomst nog tweemaal verlengd voor de duur van een jaar. Op 10 mei 2004 stelt de werkgever dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd. De kantonrechter gaat hierin mee, overwegende dat voor opvolgend werkgeverschap relevant is dat het om dezelfde of

¹¹² Van den Hoek & Cohen 2008. Ter illustratie: De uitzendovereenkomst eindigt bij ziekte van de uitzendkracht. Wanneer de uitzendkracht meermalen ziek wordt en daarna weer gaat werken ontstaat er voor de zoveelste keer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

¹¹³ Ktr. Amsterdam 16 februari 2004, *JAR* 2004, 55.

¹¹⁴ Ktr. Bergen op Zoom 16 februari 2005, *JAR* 2005, 71.

soortgelijke werkzaamheden gaat. Dat de werknemer in beide functies op de afdeling automatisering werkte maakt volgens de kantonrechter niet dat de werkzaamheden zijn aan te merken als hetzelfde of soortgelijk. Het beroep op art. 7:668a lid 2 BW slaagde aldus niet.

Recentelijk lukt het een werknemer in de bouw eveneens niet om opvolgend werkgeverschap aan te tonen. In deze zaak, die door het Gerechtshof 's Hertogenbosch¹¹⁵ is behandeld, heeft de werknemer vanaf 1995 gewerkt als pijpfitter voor X Uitzendbureau en voor andere ondernemingen waarvan Z aandeelhouder/bestuurder was. Tussen 12 september 2005 en 20 februari 2006 werkte A voor andere uitzendbureau's. Vanaf 20 februari 2006 komt A terug bij X Uitzendbureau op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. A wordt uitgeleend aan GTI Mechanical B.V. voor 'montage op locatie'. De CAO NBBU wordt van toepassing verklaard. Op 17 februari 2007 loopt deze arbeidsovereenkomst af. Op 29 januari 2007 wordt tevens een tweede arbeidsovereenkomst met X overeengekomen, nu voor inlener L.M.C. voor 'montage op locatie Argos Oil'. Wederom is de CAO NBBU van toepassing verklaard. De derde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (met toepassing van de CAO NBBU) wordt op 18 mei 2007 gesloten voor inlener Industrie Services voor 'onderhoudsproject op Total Nederland B.V.' Deze overeenkomst loopt tot 4 januari. Per 21 januari 2008 gaat A aan de slag als pijpfitter op het project 'GTI Suez onderhoud Shell Pernis'. Er wordt aldus een vierde arbeidsovereenkomst gesloten tussen A en BTS waarin wordt vermeld dat het salaris wordt gebaseerd op het CAO akkoord voor de Metaalnijverheid. De bestuurder van deze laatste firma is tevens partner van Z en is op hetzelfde woonadres als X gevestigd. De vijfde, en laatste, arbeidsovereenkomst wordt (met toepassing van de CAO NBBU) op 13 mei 2008 gesloten tussen A en X Uitzendbureau voor inlener LMC voor 'Project Argos Oil'. Op 5 augustus 2008 meldt A zich ziek waarna X Uitzendbureau op 6 augustus 2008 laat weten dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd wegens het einde van het project. A beroept zich op de ketenregeling en stelt dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. De kantonrechter gaat hierin niet mee, overwegende de dat X voldoende kan onderbouwen waarom X en BTS verschillende en andersoortige ondernemingen zijn. Dat BTS de onderneming is van de echtgenote van X doet daaraan niet af. Daarnaast geldt dat art. 11 CAO NBBU bepaalt dat er alleen sprake is van opvolgend werkgeverschap wanneer de werkplaats gelijk blijft. Omdat A bij verschillende inleners en op verschillende werkplaatsen tewerk werd gesteld slaagt het beroep van A op opvolgend werkgeverschap niet. A slaagt er evenwel niet in om aan te tonen dat er misbruik van recht heeft plaatsgevonden door een project voor een bepaalde periode onder te brengen bij de onderneming BTS.

4.3 Art. 7:668a BW en faillissement

Art. 40 lid 1 Fw bepaalt het volgende:

"Werknemers in dienst van de gefailleerde kunnen de arbeidsovereenkomst opzeggen en hun (Red. hen) kan wederkering door de curator de arbeidsovereenkomst worden opgezegd, en wel met de inachtneming van de overeengekomen of wettelijke termijnen, met dien verstand echter dat in elk geval de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd met een termijn van zes weken."

In de praktijk zal het voorkomen dat de curator arbeidsovereenkomsten opzegt waarna de doorstarter het personeel opnieuw in dienst neemt. De opzegging in het kader van art. 40 lid 1 Fw is een rechtsgeldige opzegging zoals bedoeld in art. 7:667 BW. Dit betekent dat de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet meer opgezegd hoeft te worden. Echter, de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan op grond van art. 7:668a BW, zolang er sprake is van opvolgend werkgeverschap nog steeds geconverteerd worden in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Vooral in situaties waarin de curator de

¹¹⁵ Gerechtshof 's Hertogenbosch 19 februari 2013, L/JN BZ1929.

arbeidsovereenkomst opzegt en de medewerker vervolgens in dienst treedt bij de doorstarter is het de vraag welke regeling geldt. In de volgende paragraaf zal de verhouding tussen de Ragetlieregeling en de ketenregeling besproken worden.

4.3.1 De Ragetlieregeling en art. 7:668a lid 1 en 2 BW

Zoals reeds is vermeld regelt art. 7:668a lid 1 en lid 2 BW in welke gevallen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De Ragetlieregeling regelt in welke gevallen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die volgt op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor beëindiging moet worden opgezegd. Zowel in art. 7:667 lid 5 als in art. 7:668a lid 2 BW is een regeling opgenomen met betrekking tot opvolgend werkgeverschap. Ondanks dat de minister¹¹⁶ heeft aangegeven dat de Ragetlieregeling en de ketenregel ‘tegelijkertijd en naast elkaar van toepassing kunnen zijn’, waren in het verleden niet alle rechters¹¹⁷ en arbeidsrechtsdeskundigen¹¹⁸ daar zo zeker van.

4.3.1.1 Het HR Boekenvoordeel/Isik-arrest

In 2006 heeft de Hoge Raad¹¹⁹ een belangrijk arrest gewezen wat betreft de samenloop van de ketenregel en de Ragetlieregeling. In onderhavig geval treedt Isik in 1997 in dienst bij de werkgever, Octagon B.V. Zijn werkplaats heeft plaats in het filiaal ‘Knaakland’ te Enschede. In 2000, op 25 september, komen Isik en Octagon een arbeidsovereenkomst voor drie maanden overeen. Isik wordt hiermee filiaalchef. De arbeidsovereenkomst wordt vervolgens met negen verlengd. Al voor de einddatum van deze arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gaat Octagon B.V. failliet, waarna de curator de arbeidsovereenkomst tegen 1 juli 2001 opzegt. Nadat Boekenvoordeel een deel van de gefailleerde onderneming opkoopt sluiten Isik en Boekenvoordeel op 23 juli 2001 een arbeidsovereenkomst voor de duur van zes maanden, achtereenvolgens verlengd met de duur van een jaar. Na afloop van de laatste verlenging stelt Boekenvoordeel dat het dienstverband van rechtswege is geëindigd. De Kantonrechter Enschede wijst de vordering van Isik af, het Gerechtshof Arnhem daarentegen oordeelt dat de ketenregeling uit art. 7:668a BW ook van toepassing is in het geval van indiensttreding na faillissement. Boekenvoordeel gaat in cassatie. Advocaat-Generaal Timmerman geeft in zijn conclusie aan dat art. 7:668a lid 2 BW niet alleen van toepassing is in misbruiksituaties, maar dat aan het artikel een ruime betekenis toekomt. Zo wordt in de memorie van toelichting bedrijfsovernames als voorbeeld genoemd waarin de ketenregeling eveneens van toepassing is. Daarnaast acht Timmerman het ‘niet bezwaarlijk’ dat de doorstartende werkgever wordt geconfronteerd met het arbeidsverleden van de werknemer, nu die werkgever niet verplicht is om het personeel van de eerder gefailleerde onderneming in dienst te nemen. De Hoge Raad gaat in deze overwegingen mee. Tot slot overweegt de Hoge Raad dat art. 7:666 BW art. 7:668a BW niet uitsluit in het geval van een doorstart van een failliete onderneming.

4.3.1.2 Vege Motoren/X.

Waar in het Isik/Boekenvoordeel-arrest duidelijk is geworden dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd meetellen in het geval van doorstart na een faillissement, blijkt uit een arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage¹²⁰ dat ook arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd

¹¹⁶ *Handelingen I* 1997/98, 29, p. 1516; Palm 2012; Kuip & Scholtens 1999; Willems 2009.

¹¹⁷ ¹¹⁷ Ktr. Roermond 5 april 2007, *JAR* 2007, 279. Anders: Ktr. Sittard-Geleen 9 maart 2005, *JAR* 2005, 93.

¹¹⁸ Schaink & Smolders 2005, p. 17-18.

¹¹⁹ HR 14 juli 2006 (Boekenvoordeel/Isik), *JAR* 2006, 190.

¹²⁰ Gerechtshof 's-Gravenhage 3 maart 2009, *LJN* BI5977. Eerder kwamen diverse kantonrechters tot dezelfde conclusie, zie tevens: Ktr. Groningen 14 juli 2005, *JOR* 2005, 255; Ktr. 's-Hertogenbosch 12 december 2004, *JOR* 2004, 281; Ktr. Zwolle 11 december 2003, *JOR* 2004, 117; Ktr. Nijmegen 28 februari

meetellen zoals al eerder door Bouwens¹²¹ was bepleit. In deze zaak gaat het om werknemer X, die sinds 1977 in dienst was bij Vege Motoren B.V. Op 27 augustus gaat deze werkgever failliet, waarna de curator tegen 30 augustus 2004 de arbeidsovereenkomst met X opzegt. Na een doorstart treedt X in dienst bij Vege op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de duur van zes maanden. Achtereenvolgens wordt het dienstverband tot 31 december 2005 verlengd. Op 6 december 2005 meldt Vege dat de arbeidsovereenkomst niet zal worden verlengd. Hierop start X een procedure. Vege stelt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, omdat sprake is van pas twee arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Het gerechtshof komt tot de conclusie dat Vege aan te merken is als opvolgend werkgever, nu de werkzaamheden van X steeds hetzelfde zijn gebleven en omdat dusdanige banden bestaan tussen de verschillende werkgevers. Tot slot oordeelt het gerechtshof dat ook arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd meetellen in de ketenregeling uit art. 7:668a BW.

4.3.1.3 Lagere jurisprudentie

Opvolgend werkgeverschap

In een eerder gemelde uitspraak van de Kantonrechter Assen¹²² komt een situatie aan de orde waarin twee werknemers na faillissement van de voorgaande werkgever en opzegging van het dienstverband van de curator in dienst worden genomen bij de doorstarter. Beide werknemers zijn op 25 november 2002 voor de duur van 12 maanden in dienst getreden bij VVV Drenthe Plus in de functie van informatrice. De arbeidsovereenkomst is vervolgens nog tweemaal met een jaar verlengd, laatstelijk tot 24 november 2003. Voor hun indiensttreding bij VVV Drenthe Plus zijn de werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dezelfde functie werkzaam bij de op 17 september 2002 gefailleerde Stichting VVV Assen. De curator heeft op 19 september 2002 tegen 31 oktober 2002 de arbeidsovereenkomsten van beide werknemers opgezegd. Werkgever VVV Drenthe Plus stelt dat de dienstverbanden per 25 november 2005 van rechtswege zijn geëindigd. De werkgever stelt eveneens dat door de rechtsgeldige opzegging (uit art. 7:667 BW) van de curator de keten van arbeidsovereenkomsten is doorbroken. De kantonrechter gaat hier niet in mee. Volgens hem kan uit art. 7:668a lid 2 BW niet worden opgemaakt dat het opvolgend werkgeverschap is uitgesloten in onderhavig geschil. Art. 7:668a BW gaat volgens hem voor op art. 7:667 BW. Het arbeidsverleden van de werknemers telt aldus mee in de ketenregeling, waardoor de laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangemerkt wordt als aangegaan voor onbepaalde tijd.

In 2011 komt de Kantonrechter Venlo¹²³ eveneens tot het oordeel dat er sprake was van opvolgend werkgeverschap. In deze zaak worden de werknemers, na faillissement van de oude werkgever, in dienst genomen bij de doorstarter op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De werkgevers stelt aan het einde van deze bepaalde tijd dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd. De werknemers beroepen zich op opvolgend werkgeverschap en vorderen loon over de afgelopen periode en herstel van de dienstbetrekking. De kantonrechter oordeelt in deze zaak in lijn met de arresten HR Boekenvoordeel¹²⁴ en Vegemotoren/X¹²⁵ en overweegt dat art. 7:666 BW art. 7:668a BW niet uitsluit na doorstart na faillissement. Daarnaast oordeelt hij dat art. 7:668a lid 2 BW niet alleen van toepassing is op

2003, *JAR* 2003, 270; Ktr. Leiden 4 december 2002, *JOR* 2003, 122.

Zie eveneens: Westrhenen & De Lange 2006.

¹²¹ Bouwens 2007. Zie tevens: Ktr. Amersfoort 14 oktober 2008, *JAR* 2009, 3; Gerechtshof's-Hertogenbosch 7 november 2006, *LJN* BA4209; Ktr. Assen 26 april 2006, *LJN* AX0491.

¹²² Ktr. Assen 26 april 2006, *LJN* AX0491. Zie ook: Ktr. Venlo 19 januari 2011, *JAR* 2011, 182 en Gerechtshof's-Gravenhage 16 maart 2010, *LJN* BM5878.

¹²³ Ktr. Venlo 19 januari 2011, *JAR* 2011, 182.

¹²⁴ HR 14 juli 2006 (Boekenvoordeel/Isik), *JAR* 2006, 190.

¹²⁵ Gerechtshof's-Gravenhage 3 maart 2009, *LJN* BI5977.

misbruiksituaties. De doorstartende werkgever kan aldus als opvolgende werkgever worden aangemerkt en de werknemers hadden recht op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

De lijn van de arresten HR Boekenvoordeel en Vegemoteren/X wordt tevens gevolgt in een uitspraak van de Kantonrechter Roermond¹²⁶. Na faillissement van de oude werkgever wordt het dienstverband van drie werknemers opgezegd door de curator, waarna ze na doorstart van de onderneming bij de nieuwe werkgever in dienst treden op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van één jaar. Na het verstrijken van dit jaar stelt de (nieuwe) werkgever dat de arbeidsovereenkomsten van rechtswege zijn geëindigd. De kantonrechter is het daar niet mee eens, overwegende dat de ketenregeling niet is uitgesloten na opzegging door de curator in het geval van faillissement. Er zijn aldus arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd ontstaan.

Geen opvolgend werkgeverschap

In een andere zaak komt de Kantonrechter Amsterdam¹²⁷ niet tot het oordeel dat er sprake was van opvolgend werkgeverschap. In onderhavig geval is werknemer X op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd begin 1999 in dienst getreden bij Zelvova B.V. als cultuur technisch medewerker. Later, in februari 2011 besluiten partijen opnieuw een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd overeen te komen waarbij de functie van X veranderd is naar die van chauffeur. Werkgever Zelvova B.V. wordt op 18 oktober 2011 failliet verklaard, waarna de curator de arbeidsovereenkomst op 20 oktober 2011 opzegt. Zelvova Boom- en Groenverzorging B.V. neemt bij een doorstart de activa, naam en de goodwill over. Tevens worden een aantal medewerkers van Zelvova B.V. in dienst genomen, zo ook werknemer X die voor bepaalde tijd terugkeert als chauffeur. Deze arbeidsovereenkomst wordt niet verlengd. X besluit een procedure te starten, waarin hij stelt dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap en dat daarom zijn arbeidsovereenkomst geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd. De kantonrechter overweegt, in lijn met het HR Boekenvoordeel/Isik-arrest¹²⁸ dat de ketenregeling uit art. 7:668a BW tevens van toepassing is wanneer de oude werkgever failliet is verklaard en de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig door de curator is opgezegd. Daarnaast dient er gekeken te worden naar de criteria uit het HR Van Tuinen/Taxicentrale Wolters-arrest¹²⁹. Enerzijds is het belangrijk dat de functie wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden vereist, anderzijds dienen er tussen de oude en de nieuwe werkgever dusdanige banden te bestaan waardoor in redelijkheid de ervaringen over de hoedanigheid van de werknemer die de oude werkgever heeft opgedaan worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. In deze zaak kan X niet voldoende onderbouwen dat het door de oude werkgever verkregen inzicht in hem moet worden toegekend aan de nieuwe werkgever. Zo heeft de directeur c.q. eigenaar van Zelvova geen specifieke kennis van Zelvova B.V. Evenmin maakte Zelvova deel uit hetzelfde concern als Zelvova B.V. Dat Zelvova een voormalig bedrijfsleider in dienst heeft genomen, maakt niet dat aangenomen kan worden dat ‘dusdanige’ banden bestaan tussen de oude en nieuwe werkgever. Er is aldus geen sprake van opvolgend werkgeverschap.

De Kantonrechter Apeldoorn¹³⁰ komt in een andere zaak evenmin tot de conclusie dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap, nu omdat de nieuwe arbeidsovereenkomst niet wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden vereiste als in de voorgaande arbeidsovereenkomst. In deze zaak is X sinds 1 juni 1992 voor onbepaalde tijd in dienst bij de rechtsvoorgangers van A B.V. In maart 2010 gaat deze werkgever failliet, waarna het bedrijf wordt overgenomen door de huidige eigenaren van A B.V. Op 12 april 2010 sluiten partijen een

¹²⁶ Ktr. Roermond 19 januari 2011, *JAR* 2011, 310.

¹²⁷ Ktr. Amsterdam 28 februari 2013, *LJN* BZ3529.

¹²⁸ HR 14 juli 2006, *JAR* 2006, 190.

¹²⁹ HR 11 mei 2012, *JAR* 2012, 150.

¹³⁰ Ktr. Apeldoorn 24 oktober 2012, *LJN* BY3283.

arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd welke verlengd is voor de duur van een jaar. X stelt dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap en dat aldus een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. De kantonrechter gaat hier niet in mee, overwegende dat er dusdanige verschillen tussen de werkzaamheden waren tussen de oude en de nieuwe werkgever. Tevens zijn de toepasselijke CAO en andere arbeidsvoorwaarden verschillend. Dat maakt dat de kantonrechter oordeelt dat er geen sprake was van opvolgend werkgeverschap.

Wanneer er geen sprake is van opvolgend werkgeverschap kan de nieuwe werkgever opnieuw een proeftijd overeenkomen met de werknemer die na faillissement van de oude werkgever in dienst komt bij de nieuwe werkgever, zo blijkt uit een uitspraak van het Gerechtshof Leeuwarden¹³¹. Nadat de werkgever van X failliet gaat sluit de curator namens de gefailleerde werkgever een overnameovereenkomst met een andere, nieuwe werkgever waarin de nieuwe werkgever zich verplicht om met een aantal werknemers een jaarcontract te sluiten. Met werknemer X wordt aldus een arbeidsovereenkomst voor de duur van een jaar gesloten. Tegelijkertijd wordt in deze arbeidsovereenkomst een proeftijd opgenomen. Op 10 oktober 2003 doet de nieuwe werkgever een beroep op dit proeftijdbeding en zegt de arbeidsovereenkomst met X op. Het gerechtshof komt tot het oordeel dat het beding rechtsgeldig tot stand is gekomen, nu er in deze zaak geen dusdanige banden bestaan tussen de oude en de nieuwe werkgever. De proeftijd is volgens een arrest van de Hoge Raad¹³² bedoeld om kennis te maken met de hoedanigheid en de geschiktheid van de werknemer voor de overeengekomen arbeid. Nu er in deze situatie geen sprake is van opvolgend werkgeverschap was de proeftijd ook niet onrechtmatig overeengekomen.

4.4 Art.7:668a BW en de overgang van onderneming

De overgang van onderneming is in de wet geregeld in de artikelen 7:662 tot en met art. 7:666 BW. Door de overgang van onderneming treedt de verkrijgende werkgever in de plaats van de vervreemder. Alle rechten gaan op dat moment mee naar de verkrijger. Vooral in bijvoorbeeld het Wmo-vervoer beroepen werknemers zich bij ontslag op de overgang van onderneming. Vaak lukt dit niet. Lukt het wel om een beroep te doen op de overgang van onderneming dan treedt, zoals gezegd, de verkrijger in de plaats van de vervreemder. Dit heeft als gevolg dat er juridisch geen verschillende werkgevers zijn. Bij een overgang van onderneming moet er dus getoetst worden aan art. 7:668a lid 1 BW. Dit is een belangrijk verschil. Wanneer de overgang van onderneming niet aangenomen kan worden zal het opvolgend werkgeverschap getoetst moeten worden.

4.4.1 HR Van Tuinen/Taxicentrale Wolters¹³³

In het eerder genoemde Van Tuinen/Taxicentrale Wolters-arrest heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over art. 7:668a BW in combinatie met art. 7:663 BW. Met dit arrest heeft de Hoge Raad zich voor het eerst uitgelaten over de invulling van de term 'opvolgend werkgeverschap'.

De casus is als volgt. Op 12 maart 2007 treedt de werkneemster voor bepaalde tijd (voor 32 uur per week) in dienst als chauffeur bij Connexxion Taxi Services B.V. (hierna: Connexxion). Deze arbeidsovereenkomst wordt tweemaal voor bepaalde tijd verlengd, laatselijk tot en met 31 maart 2008. De werkzaamheden bestaan vooral uit Wmo-vervoer, deze activiteit heeft de Gemeente Leeuwarden via aanbesteding aan Connexxion gegund tot en met 31 maart 2008. Per

¹³¹ Gerechtshof Leeuwarden 29 maart 2006, *JIN* 2006, 181. In een andere zaak was er wel sprake van opvolgend werkgeverschap en was het overeengekomen proeftijdbeding nietig, zie: Ktr. Den Bosch 10 augustus 2004, *JAR* 2004, 213.

¹³² HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 130.

¹³³ HR 14 juli 2006, *JAR* 2006, 190. Zie tevens: Gerechtshof Leeuwarden 12 oktober 2010, *LJN* BO0510; Gerechtshof Leeuwarden 19 juni 2012, *LJN* BW8942.

1 april 2008 heeft de gemeente het Wmo-vervoer gegund aan de Vier Gewesten B.V. De feitelijke uitvoering van het vervoer wordt gedaan door X. Per 1 april 2008 treedt de werknemer in dienst bij X, op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en eveneens voor 32 uur per week. Ze blijft hetzelfde werk doen als bij de oude werkgever. De arbeidsovereenkomst wordt eenmaal verlengd tot en met 31 maart 2010 waarna X aangeeft de arbeidsovereenkomst niet verder te willen verlengen. De werknemer stelt dat ze krachtens art. 7:668a lid 2 BW of krachtens art. 7:663 jo. art. 7:668a lid 1 BW een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft verkregen bij werkgever X. De Hoge Raad oordeelt dat het beroep op art. 7:663 BW niet kan slagen, nu de werknemer ten tijde van de overgang (op 1 april 2008) niet langer in dienst was bij de oude werkgever. Voor de invulling van de term 'opvolgend werkgeverschap' zoekt de Hoge Raad aansluiting bij de maatstaven neergelegd in het arrest HR Slijkoord/Hekkema¹³⁴ waarin is bepaald wanneer een proeftijdbeding rechtsgeldig overeengekomen kan worden in geval van opvolgende werkgevers. Dit betekent dat voor opvolgend werkgeverschap enerzijds is vereist dat de nieuwe arbeidsovereenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige arbeidsovereenkomst en dat anderzijds de nieuwe werkgever redelijkerwijs geacht moet worden, ten aanzien van de verrichte arbeid, de opvolgende werkgever te zijn. Hierbij is van belang dat er dusdanige banden bestaan tussen de oude en de nieuwe werkgever waardoor de ervaringen met de werknemer over zijn hoedanigheid en geschiktheid die de oude werkgever heeft opgedaan worden toegekend aan de nieuwe werkgever. Het feit dat de werknemer bij de oude en de nieuwe werkgever dezelfde werkzaamheden verrichte is onvoldoende om tot opvolgend werkgeverschap te komen. Dat de oude en de nieuwe werkgever niks anders met elkaar van doen hebben dan dat zij elkaars concurrenten zijn maakt eveneens dat er niet wordt voldaan aan de criteria voor opvolgend werkgeverschap. De vorderingen van de werknemer worden aldus afgewezen.

4.4.2 Lagere jurisprudentie

Geen opvolgend werkgeverschap

Uit bovenstaand arrest kan dus worden afgeleid dat een overgang van onderneming niet automatisch met zich meebrengt dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit blijkt eveneens uit een uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch¹³⁵. In deze zaak sluiten werknemer en Stichting Vakopleiding Transport en Logistiek (VTL) met ingang van 16 februari 2005 een overeenkomst is het kader van een opleiding Chauffeur Beroepsgoederenvervoer. In deze overeenkomst wordt eveneens opgenomen dat er een arbeidsovereenkomst voor de duur van 24 maanden (tot 18 februari 2007) wordt overeengekomen waarbij de werknemer bij een opdrachtgever tewerk wordt gesteld. Deze opdrachtgever is X Transport B.V. in Breda, waar hij voornamelijk werkzaamheden als rijder uitvoert. Na de eerste 24 maanden treedt de werknemer voor bepaalde tijd in dienst bij X als chauffeur/rijder. Het werk bestaat uit door Satelliet aan X uitbesteede werkzaamheden. De arbeidsovereenkomst wordt eenmaal verlengd. Door een overname treedt de werknemer voor bepaalde tijd als vrachtwagenchauffeur in dienst bij Satelliet. Vervolgens stelt Satelliet dat met ingang van 17 augustus 2009 de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd. Het gerechtshof oordeelt dat de eerste (leer)overeenkomst tussen werknemer en VTL een ander karakter had dan de latere arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en X Transport B.V. Volgens het gerechtshof is er daarom geen sprake van wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden vergeleken met de leerovereenkomst en de eerste arbeidsovereenkomst met X. Satelliet kan daarom niet als opvolgende werkgever worden aangemerkt.

¹³⁴ HR 24 oktober 1986, NJ 198/293 (Slijkoord/Hekkema).

¹³⁵ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2012, LJN BX7362.

Dat de criteria voor opvolgende werkgeverschap tweeledig zijn blijkt eveneens uit een uitspraak van de Kantonrechter Groningen¹³⁶. In onderhavig geval sluiten de werkneemster en taxibedrijf A. met ingang van 1 maart 1999 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (voor 15 uur per week). Zij verricht voornamelijk werkzaamheden voor opdrachtgever X. Op een gegeven moment beëindigt X. de vervoersovereenkomst met A. Vervolgens gaat de werkneemster vanaf 1 januari 2008 op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor 15 uur per week aan de slag bij taxibedrijf B. De helft van haar werkzaamheden bestaan wederom uit diensten voor opdrachtgever X. In december 2008 laat de werkgever weten dat de arbeidsovereenkomst niet verlengd zal worden. De werkneemster stelt zich op het standpunt dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan, primair op grond van de overgang van onderneming, subsidair op basis van het opvolgend werkgeverschap. De kantonrechter overweegt dat er geen sprake is van opvolgend werkgeverschap omdat geen contractuele relatie (zoals vereist voor de overgang van onderneming) bestaat tussen de oude en nieuwe werkgever. Ten aanzien van het beroep op opvolgend werkgeverschap oordeelt de kantonrechter dat gelijke of gelijksoortige werkzaamheden niet voldoende zijn voor opvolgend werkgeverschap. Er dient evenwel sprake te zijn van dusdanige banden tussen de oude en de nieuwe werkgever. De werkneemster slaagt er niet in deze banden aantoonbaar te maken.

4.5 Art. 7:668a BW en ambtenarenrecht

Hoewel strikt genomen een aanstelling krachtens het ambtenarenrecht niet aan te merken is als een arbeidsovereenkomst, is er toch gekozen om deze bijzondere combinaties in dit onderzoek op te nemen. Het kan namelijk goed zijn dat een voormalig ambtenaar na zijn aanstelling dezelfde werkzaamheden blijft uitvoeren via een uitzendbureau. Het dienstverband met het uitzendbureau is dan wel een arbeidsovereenkomst. De vraag is dan of de aanstelling(en) moet(en) worden meegeteld.

4.5.1 Lagere jurisprudentie

Geen opvolgend werkgeverschap

In 2007 heeft de Rechtbank Maastricht¹³⁷ een uitspraak gewezen waaruit blijkt dat de ketenregeling uit art. 7:668a BW niet van toepassing is op ambtenaren. De desbetreffende ambtenaar is van 15 augustus 2003 tot 15 augustus 2004 op basis van art. 7 lid 4 van het Burgerlijk Ambtenarenreglement defensie (Bard) aangesteld bij het Ministerie van Defensie in de functie van Food Service Worker. De aanstelling is tweemaal met de duur van een jaar verlengd. Voor haar aanstelling heeft ze van 26 mei tot 20 juni 2003 via Randstad Uitzendbureau bij het ministerie gewerkt als keukenhulp. Op 8 juni 2006 wordt de ambtenaar schriftelijk medegedeeld dat de aanstelling niet verlengd zal worden. Hiertegen maakt de ambtenaar bezwaar, stellende dat de uitzendperiode voor haar aanstelling meegeteld moet worden voor het bepalen van het aantal aanstellingen. In art. 7 lid 8 Bard is een met art. 7:668a BW vergelijkbare regeling opgenomen, welke bepaalt dat tijdelijke aanstellingen worden omgezet in een aanstelling voor onbepaalde tijd wanneer de aanstellingen zich opvolgen in een tijdsbestek van drie jaar of langer. De rechtbank overweegt dat op het dienstverband met het uitzendbureau het burgerlijke recht van toepassing was en dat niet is gebleken dat in die periode het Bard eveneens van toepassing was. Op basis hiervan oordeelt de rechtbank dat de periode bij het uitzendbureau niet meegeteld hoeft te worden. De ambtenaar heeft echter wel recht op een aanstelling voor onbepaalde tijd, nu de ambtenaar precies drie jaar heeft gewerkt op basis van aanstellingen voor onbepaalde tijd. Hiermee is voldaan aan het bepaalde uit art. 7 lid 8 jo. art. 115 lid 1 Bard.

¹³⁶ Ktr. Groningen 13 maart 2009, *LJN* BI2789.

¹³⁷ Rb. Maastricht 11 juni 2007, *LJN* BA6881.

Opvolgend werkgeverschap

In een omgekeerde situatie, de ambtenaar heeft eerst als uitzendkracht gewerkt voor inlener de gemeente en wordt daarna aangesteld, is de Kantonrechter Enschede¹³⁸ van mening dat de ambtenaar wel een beroep kan doen op art. 7:668a lid 2 BW. Van 1 augustus 2005 tot 1 maart 2008 heeft de werknemer op detacheringsbasis vanuit het UMCU gewerkt voor Scienca. Dit op basis van een ambtelijke aanstelling. Op 1 maart 2008 is met Saxion een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan voor de duur van één jaar. Hierop was de CAO-HBO van toepassing. De arbeidsovereenkomst is na het jaar verlengd tot 1 augustus 2009, waarna de werkgever de werknemer meldt dat de arbeidsovereenkomst niet verlengd zal worden. De werknemer doet een beroep op art. 7:668a BW, stellende dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. De kantonrechter komt tot het oordeel dat, alhoewel art. 7:668a BW niet van toepassing is op ambtenaren en hoewel art. 7:615 Titel 7 Boek 10 BW uitsluit op ambtelijke aanstellingen, de werknemer toch een beroep kan doen op art. 7:668a BW. De kantonrechter baseert zijn besluit op de Richtlijn 1999/70/EG inzake maatregelen ter voorkoming van misbruik, welke na indiensttreding van art. 7:668a BW is ingevoerd. Doel van deze richtlijn en art. 7:668a BW is het beschermen van werknemers tegen (te) flexibele arbeidsconstructies. De kantonrechter acht het in dit licht onredelijk om de ambtelijke aanstelling niet mee te tellen. Omdat verder voldaan is aan opvolgend werkgeverschap is de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Eerder, in 2005, komt de Kantonrechter 's-Gravenhage¹³⁹ eveneens tot de conclusie dat ambtelijke aanstelling meegeteld moeten worden in de ketenregeling. De werkneemster is per 1 juni 2001 aangesteld als ambtenaar in tijdelijke dienst. Aanvullende afspraak daarbij is geweest dat de werkneemster bij goed functioneren een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangeboden zou krijgen. Op 7 december 2001 biedt de werkgever met ingang van 1 januari 2002 haar een arbeidsovereenkomst voor de bepaalde duur van drie jaar aan. Wederom is hierbij bepaald dat de werkneemster bij goed functioneren een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangeboden zou krijgen. Wanneer eind 2002 de werkneemster aangegeven wordt dat het functioneren als 'goed' wordt beoordeeld, biedt de werkgever echter geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan. De werkneemster is op dat moment zwanger. In december 2004 stelt de werkgever zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst op 1 januari 2005 van rechtswege afloopt. De kantonrechter bepaalt dat de werkneemster een beroep kan doen op art. 7:668a BW. Alhoewel dit rechtstreeks uit het artikel op te maken valt, verwijst de kantonrechter eveneens naar de Richtlijn 1999/70/EG ter voorkoming van misbruik van flexibele arbeidsrelaties. De kantonrechter merkt tevens op dat de richtlijn spreekt van 'arbeidsverhoudingen' en niet van 'arbeidsovereenkomsten'. Dit zou maken dat art. 7:668a BW ook van toepassing is op andere arbeidsverhoudingen dan civielrechtelijke arbeidsovereenkomsten.

De overweging van bovenstaande kantonrechters zijn opmerkelijk te noemen. De wetgever heeft er immers niet voor gekozen om na het van kracht worden van de richtlijn om het bepaalde in art. 7:688a BW te wijzigen. Daarnaast bepaalt art. 7:615 BW dat de bepalingen in Titel 7 Boek 10 BW niet van toepassing zijn op de ambtelijke aanstelling. Toch menen bovenstaande kantonrechters dat "een dergelijke strikte uitleg van een 'arbeidsovereenkomst' niet strookt met de bedoeling van die richtlijn. Dit argument komt de schrijver niet onredelijk voor. Opvolgende werkgevers bij een andere uitleg namelijk profiteren van het feit dat er een ambtelijke aanstelling in de schakel zit. Dit terwijl ze, want het opvolgend werkgeverschap is al getoetst, al in redelijkheid inzicht hebben verkregen in de hoedanigheid van de werknemer. De werknemer/ambtenaar op zijn beurt heeft ook al kunnen aantonen dat hij geschikt is voor het

¹³⁸ Ktr. Enschede 3 januari 2012, *JAR* 2012, 41. Zie ook: Rb. Den Haag 28 januari 2011, TAR 2011/49.

¹³⁹ Ktr. 's-Gravenhage 20 juli 2005, *JAR* 2005, 211.

werk. De Rechtbank Maastricht en de Rechtbank Den Haag menen dat de ambtenaar die eerst op basis van een arbeidsovereenkomst hetzelfde werk heeft gedaan geen beroep kan doen op art. 7:668a BW. Dat andere kantonrechters menen dat ambtelijke aanstellingen wel meegeteld kunnen worden bij de keten komt dan oneerlijk over. Op die manier kan de overheid profiteren van het feit dat art. 7:668a BW niet van toepassing is op de ambtelijke aanstelling. Dat kan ook de bedoeling niet zijn. Tot is het aan de wetgever om de wetgeving hieromtrent aan te passen. Een en ander gebeurt misschien met het wetsvoorstel normering rechtspositie ambtenaren.

4.6 Art. 7:668a BW en het rouleren van werknemers binnen een concern

In bepaalde situaties is het denkbaar dat een werknemer werkzaam is bij een werkgever die deel uit maakt van een samenhangend geheel van vennootschappen. Een dergelijk samenhangend geheel van vennootschappen wordt ook wel een concern genoemd. Het werken voor verschillende ondernemingen binnen een concern brengt echter niet automatisch met zich mee dat de ondernemingen als één gezien kunnen worden, zo bepaalt de Hoge Raad¹⁴⁰ in 2000.

4.6.1 Lagere jurisprudentie

Opvolgend werkgeverschap

Ondanks dat de verschillende vennoten binnen een concern niet als een geheel gezien kunnen worden, kan er wel degelijk sprake zijn van opvolgend werkgeverschap. Zo was dat ook het geval in een zaak die de Kantonrechter Heerlen¹⁴¹ heeft behandeld. In deze zaak is de verkoopmedewerkster op 11 mei 2007 voor de bepaalde duur van zes maanden in dienst getreden bij Sittard Specsavers B.V. Deze arbeidsovereenkomst voor is aansluitend tweemaal met twaalf maanden verlengd, de laatste eindigend op 11 november 2009. Voor de einddatum van dit contract is aan de werkneemster een arbeidsovereenkomst voor de bepaalde duur van zes maanden aangeboden bij 'Brunssum Specsavers B.V.'. De werkneemster zal met ingang van 1 september 2009 overgaan. De arbeidsovereenkomst met 'Brunssum Specsavers B.V.' is vervolgens op 1 maart 2010 met zes maanden verlengd. De werkgever meldt de werkneemster dat deze arbeidsovereenkomst niet meer verlengd zal worden. De kantonrechter verwijst in zijn overwegingen naar de memorie van toelichting¹⁴² waarin de minister heeft aangegeven dat art. 7:668a lid 2 BW eveneens van toepassing kan zijn wanneer er sprake is van het rouleren van personeel binnen een concern. De kantonrechter overweegt eveneens dat de werkneemster bij beide vennoten in dezelfde functie heeft gewerkt en dat Specsavers zich op internet nadrukkelijk profileert als een samenhangende organisatie. Daarnaast wordt het werven van personeel centraal georganiseerd binnen Specsavers. Dit maakt dat de kantonrechter heeft aangenomen dat er voldaan is aan de voorwaarden van opvolgend werkgeverschap. De werkneemster heeft aldus recht op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Eenzelfde situatie komt aan de orde bij het Gerechtshof Leeuwarden¹⁴³. Hier gaat het om een constructie waarbij Noppert aandelen houdt van Bouw-en Aannemingsbedrijf Noppert B.V. en Tiltup Systeem B.V. BM Noppert is hiervan een dochtermaatschappij en eveneens vennoot in het bedrijf bij Bouwcombinatie Noppert/Jorritsma VOF. In onderhavig geval heeft de werknemer vanaf oktober 2006 via een uitzendbureau als timmerman gewerkt bij inlener BM Noppert. Vervolgens heeft hij via een uitzendbureau gewerkt bij Tiltup. Per januari 2008 is de werknemer via een ander uitzendbureau gaan werken bij inlener Bouwcombinatie Noppert/Jorritsma VOF en BM Noppert. Met ingang van januari 2009 is tussen Noppert en de werknemer een

¹⁴⁰ Hoge Raad 1 december 2000, JAR 2001, 12.

¹⁴¹ Ktr. Heerlen 2 november 2011, L/JN BW8463.

¹⁴² Kamerstukken II 1996/97, nr. 3, p. 11.

¹⁴³ Gerechtshof Leeuwarden 26 juni 2012, L/JN BW9837.

arbeidsovereenkomst voor de duur van één jaar overeengekomen. Na afloop van deze overeenkomst stelt Noppert dat het dienstverband van rechtswege is geëindigd. Hier is de werknemer het niet mee eens en hij beroept zich daarom op art. 7:668a lid 2 BW. Het gerechtshof overweegt dat de arbeidsovereenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden van de werknemer eist als de voorgaande arbeidsovereenkomsten bij de verschillende uitzendbureaus. Daarnaast overweegt het gerechtshof dat tussen Noppert en de overige werkgever dusdanige banden bestaan dat het inzicht dat de vorige werkgevers hebben verkregen in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan Noppert.

Overigens kunnen ook arbeidsovereenkomsten met buitenlandse werkgevers die tot één concern behoren ook meetellen bij art. 7:668a lid 2 BW, zo blijkt uit een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam¹⁴⁴. In deze zaak zijn een Georgische werkneemster en de werkgever (Ernst & Young Tbilisi) met ingang van 1 september 2007 een arbeidsovereenkomst voor de bepaalde tijd van twee jaar overeengekomen. Tussentijds is voor de periode van 1 juli 2009 tot 1 september 2010 een nieuwe arbeidsovereenkomst gesloten tussen de werkneemster en Ernst & Young Accountants LLP. Op de eerste arbeidsovereenkomst is het Nederlandse recht niet van toepassing, op de tweede wel. De kantonrechter oordeelt dat, ondanks dat op de eerste arbeidsovereenkomst het Nederlandse recht niet van toepassing is, dat de werkneemster een beroep op art. 7:668a lid 2 BW toekomt. Omdat aan de voorwaarden van art. 7:668a lid 1 en lid 2 BW is voldaan, heeft de werkneemster een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd verkregen.

¹⁴⁴ Ktr. Amsterdam 30 augustus 2010, *JAR* 2010, 237.

HOOFDSTUK 5: CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

5.1 Inleiding

Medewerkers van het Juridisch Loket merken steeds vaker, wellicht door de financiële crisis, dat werknemers van hun werkgever te horen krijgen dat hun arbeidsovereenkomst niet meer wordt verlengd. De arbeidsovereenkomst zou volgens de werkgever van rechtswege eindigen. Deze stelling gaat niet altijd op. Na een bepaald aantal arbeidsovereenkomsten of wanneer de arbeidsrelatie een bepaalde periode heeft gelopen, wordt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit gegeven wordt ook wel conversie genoemd en de regels hiervoor zijn opgenomen in art. 7:668a BW. Dit onderzoek heeft beoogt de regels en voorwaarden uit art. 7:668a BW in kaart te brengen. Tevens is gebleken in welke bijzondere combinaties van opvolgende dienstverbanden de ketenregeling uit art. 7:668a BW eveneens van toepassing is. De resultaten uit dit onderzoek kunnen gebruikt worden om de klanten beter te informeren en adviseren omtrent het wel of geen aanspraak kunnen maken op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De centrale vraag luidde dan ook als volgt:

“Wanneer en onder welke voorwaarden wordt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zoals bedoeld in art. 7:668a BW?”

5.2 Conclusies

Wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is terug te vinden in art. 7:668a lid 1 BW. Uit dit artikellid zijn twee situaties te onderscheiden. Wanneer tussen dezelfde partijen:

- a. de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en de periode van 36 maanden hebben overschreden, of
- b. meer dan drie arbeidsovereenkomsten elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd, dan:

wordt de laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geacht te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd.

De volgende zaken zijn relevant om aan de voorwaarden uit dit betreffende artikellid te voldoen:

1. Het moet gaan om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die tussen dezelfde partijen zijn gesloten. De aard van de werkzaamheden zijn niet van belang.

2. Arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd tellen niet mee in de ketenregeling uit lid 1. Wanneer partijen een oproepovereenkomst sluiten is het voor de medewerkers van het Juridisch Loket belangrijk om na te gaan of het gaat om een oproepovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht of dat het gaat om een voorovereenkomst. De laatste is namelijk niet te zien als een arbeidsovereenkomst en telt dus ook niet mee in de keten. Wanneer er daadwerkelijk een oproep plaatsvindt ontstaat er wel een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Vier oproepen die elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden opvolgen zorgen ervoor dat conversie plaatsvindt. Uitbreiding van uren binnen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt over het algemeen niet gezien als een nieuwe, zelfstandige en opvolgende arbeidsovereenkomst. Uitbreiding van uren bovenop een al bestaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kunnen uiteindelijk wel een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd opleveren voor die extra uren. Dit zolang voldaan wordt aan lid 1.

Wanneer meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zich met tussenpozen van niet meer dan drie maanden opvolgen en de periode van 36 maanden hebben overschreden ontstaat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand. De laatste arbeidsovereenkomst geldt dan met ingang van de datum waarop de 36 maanden zijn overschreden als aangegaan voor onbepaalde tijd. Dit in tegenstelling tot sub b, waarbij conversie al plaatsvindt op de

ingangsdatum van de vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

3. Wanneer de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zich opvolgen met een tussenpoos van meer dan drie maanden dan wordt de keten onderbroken en begint de telling opnieuw. Een onderbreking van precies drie maanden is echter niet genoeg. In het Greenpeace-arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat er bij een onderbreking van meer dan drie maanden er in beginsel geen sprake is van ongeoorloofde ontduiking of uitholling van art. 7:668a BW. Misbruik van recht en/of strijd met redelijkheid en billijkheid kan in sommige situaties wel voorkomen. Hierbij kan gedacht worden aan constructies die zich ervoor lenen te ontkomen aan de werknemersbescherming. In sommige sectoren vindt er (bijna) altijd een onderbreking van meer dan drie maanden plaats, te denken valt aan het toerisme of tuinbouw. Deze onderbreking zorgt ervoor dat de ketenregel opnieuw begint met tellen. Toch kan op een gegeven moment van de werkgever verwacht worden dat hij de desbetreffende medewerker het volgende seizoen opnieuw een arbeidsovereenkomst aanbiedt. Dit zal vooral zo zijn wanneer de werknemer al jaar in jaar uit werkzaam is voor de werkgever.

Uit lid 3 van art. 7:668a BW valt een uitzondering op lid 1 sub a op te maken. Wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor meer dan 36 maanden onmiddellijk wordt voortgezet met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor niet meer dan drie maanden dan eindigt de laatste van rechtwege, en vindt er geen conversie plaats. Wanneer de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van meer dan 36 maanden wordt voortgezet met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor meer dan drie maanden dan is lid 1 sub a wel van toepassing. In dat geval een de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan.

Wanneer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt voortgezet met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dan dient in het algemeen gezegd de laatste arbeidsovereenkomst voor beëindiging opgezegd te worden.

Deze regel komt voort uit het HR Ragetlie-arrest en is in de wet geregeld in art. 7:667 lid 4 BW. Er horen de volgende voorwaarden bij:

1. De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is op een andere wijze dan door rechtsgeldige opzegging of door ontbinding door de rechter geëindigd. Een beëindiging met wederzijds goedvinden wordt in dit verband niet gezien als een rechtsgeldige opzegging. Wanneer de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wel is geëindigd door rechtsgeldige opzegging of ontbinding door de rechter, dan is de Ragetlieregel niet van toepassing.
2. De voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd moet een voortzetting van de voorgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd betreffen. Wanneer de aard en inhoud van de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd anders zijn dan de voorgaande dan geldt de Ragetlieregel eveneens niet. Er moet aldus sprake zijn van gelijkblijvende identiteit.
3. Bij een tussenperiode van meer dan drie maanden wordt de keten onderbroken en mist de Ragetlieregel eveneens toepassing.

Art. 7:668a lid 2 BW bepaalt dat de ketenregeling uit lid 1 tevens van toepassing is wanneer het gaat om dienstverbanden die elkaar opvolgen bij verschillende werkgevers die redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolgers te zijn. In dit verband spreken we ook wel van de term 'opvolgend werkgeverschap'. Lange tijd was de invulling van deze term niet duidelijk, totdat de Hoge Raad in 2012 het arrest Van Tuinen/Taxicentrale Wolters wijst. Uit dit arrest blijkt dat aangesloten moet worden bij het proeftijd criterium uit het arrest Slijkoord/Hekkema om te bepalen of er sprake is van opvolgend werkgeverschap. Dit betekent dat:

1. enerzijds de opvolgende arbeidsovereenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden moet eisen van de werknemer;
2. en dat tussen de voormalige en de nieuwe werkgever dusdanig banden moeten bestaan waardoor de ervaringen die de vorige werkgever over de werknemer heeft opgedaan worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.

In tegenstelling tot lid 1 tellen bij lid 2 ook arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd mee. Voor opvolgend werkgeverschap is eveneens relevant om op te merken dat er niet alleen naar

de werkzaamheden wordt gekeken, een arbeidsovereenkomst in het kader van een BBL-opleiding heeft een ander karakter als een (pure) arbeidsovereenkomst die daarop volgt bij het leerbedrijf. Ook een wijziging in arbeidsomstandigheden en arbeidsvoorwaarden (bijvoorbeeld het loon) kunnen tot gevolg hebben dat de keten wordt onderbroken.

Art. 7:668a BW is van driekwart-dwingend recht. Dit betekent dat, zo blijkt uit lid 5, dat bij cao of bestuursrechtelijke regeling van de ketenregeling kan worden afgeweken. Wanneer we kijken naar de bijzondere combinaties van opvolgende dienstverbanden dan zijn voorbeelden te noemen voor de twee bekende uitzendcao's, de NBBU-CAO en de ABU-CAO, en de Payroll-CAO.

Wanneer voor de uitzendkracht geen cao van kracht is dan geldt de ketenregeling uit art. 7:668a BW. Hierop geldt echter een uitzondering, te weten art. 7:691 lid 1 BW. Blijkens dit artikel is art. 7:668a BW de eerste 26 weken van de uitzendovereenkomst niet van toepassing. De telling begint dus pas na het eerste halfjaar te lopen. Wanneer de uitzendkracht in dienst wordt genomen door de inlener dan kan die werkgever geen beroep doen op art. 7:691 BW, omdat de bepaling enkel werking heeft tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau. De uitzendovereenkomst telt dus zowel qua aantal als qua tijd mee in de keten. Andersom, wanneer een werknemer na dienstverband met de werkgever wordt ondergebracht bij een uitzend- en/of payrollonderneming dan kan, zolang er wordt voldaan aan de vereisten voor opvolgend werkgeverschap, op basis van art. 7:668a BW een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan bij die het uitzendbureau of payrollbedrijf.

Art. 7:668a BW is ook van toepassing in situaties waarin de werknemer na faillissement van de oude werkgever een arbeidsovereenkomst overeenkomt met een (nieuwe) doorstartende werkgever. Zowel de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde als voor onbepaalde tijd tellen daarbij mee, zo blijkt uit de arresten Boekenvoordeel/Isik en Vegemotoren/X. Met deze arresten is ook duidelijkheid gekomen over de eventuele rangorde van de ketenregeling uit art. 7:668a BW en de Ragetlieregel uit art. 7:667 BW. Arbeidsrecht deskundigen waren voor deze arresten wel eens van mening dat de opzegging door de curator in het kader van de Faillissementswet de ketenregeling doorbrak. Dit is dus niet zo.

Met het Van Tuinen/Taxicentrale Wolters-arrest is duidelijk geworden dat de ketenregeling ook van toepassing kan zijn na een overgang van onderneming. Wanneer we kijken naar de combinatie van art. 7:668a BW en de overgang van onderneming is het belangrijk om te weten of er ook daadwerkelijk een overgang van onderneming plaatsvindt. Als dat zo is dan komt de verkrijger in de plaats van de vervreemder en is er geen sprake van juridisch verschillende werkgevers. In dat geval is lid 1 van toepassing. Slaagt het beroep op de overgang van onderneming niet, dan is het aan te bevelen om het opvolgend werkgeverschap te toetsen. Het vraagstuk van de overgang van onderneming en de ketenregeling speelt vooral in situaties waarin de gemeente besluit het Wmo-vervoer uit te besteden aan een andere vervoerder. Dat een werknemer in zo'n geval tevens overstapt naar de nieuwe werkgever en daar hetzelfde werk blijft doen betekent niet dat er automatisch sprake is van opvolgend werkgeverschap. Er zal tevens sprake moeten zijn van 'dusdanige banden' tussen de oude en de nieuwe werkgever waardoor de ervaringen van de oude werkgever met de werknemer worden toegekend aan de nieuwe werkgever. Vaak gebeurt het dat de oude en de nieuwe werkgever niks anders met elkaar van doen hebben dan dat zij elkaars concurrenten zijn. Dit gegeven is dan niet voldoende voor opvolgend werkgeverschap.

Met de combinatie art. 7:668a BW en de ambtelijke aanstellingen komen we op een moeilijk punt. Uit jurisprudentie blijkt dat de ketenregeling niet van toepassing is op ambtenaren die na een arbeidsrechtelijke betrekking met een oude werkgever worden aangesteld door de overheid. Art. 7:615 BW sluit het arbeidsrecht namelijk uit voor ambtenaren. Andersom menen rechters dat ambtelijke aanstellingen vóór een of meerdere arbeidsovereenkomsten wel meetellen in de keten. In het licht van de richtlijn 1999/70/EG zou het namelijk onbillijk zijn om

de term 'arbeidsovereenkomst(en)' te streng te hanteren. De richtlijn spreekt namelijk over bescherming tegen te flexibele arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen. Enerzijds is het te begrijpen dat het arbeidsrecht uitgesloten is voor ambtenaren, anderzijds komt het oneerlijk voor dat de overheid kan profiteren dat het civiele arbeidsverleden niet wordt meegeteld. Overigens hebben veel ambtenarenreglementen vergelijkbare ketenregelingen opgenomen. Desondanks blijft dan meestal gaat om 'aanstellingen'. Helaas heeft de hogere rechtspraak zich nog niet uitgelaten over dit vraagstuk. Eventueel wordt de wetgeving veranderd wanneer het wetsvoorstel normering rechtspositie ambtenaren.

Art. 7:668a BW geldt dus enkel voor arbeidsovereenkomsten en niet voor aanstellingen. Overigens zijn in veel ambtenarenreglementen wel overeenkomstige regelingen opgenomen. Het is dus zeker aan te bevelen om het toepasselijke reglement hierop te controleren. In de omgekeerde situatie waarin iemand eerst ambtenaar is geweest en daarna op basis van een arbeidsovereenkomst bij een opvolgende werkgever in dienst komt is de ketenregeling wel van toepassing.

Uit jurisprudentie blijkt eveneens dat er tevens sprake van opvolgend werkgeverschap kan zijn wanneer een werknemer tussen verschillende vennoten binnen een concern wordt verschoven. Verschillende werkgevers binnen een concern kunnen echter niet automatisch als een geheel worden gezien. Ook hier dient weer getoetst te worden aan het opvolgend werkgeverschap. Overigens tellen ook arbeidsovereenkomst met buitenlandse werkgevers binnen een concern mee in de ketenregeling.

5.3 Aanbevelingen

Het is de medewerkers van het Juridisch Loket aan te bevelen om de resultaten uit dit onderzoek te gebruiken wanneer er vraagstukken zijn over art. 7:668a BW. Omdat de juridisch medewerkers van het Juridisch Loket snel en deskundig informatie en advies moeten verstrekken aan de klanten, zal in het kader van efficiency een verkorte versie van dit onderzoeksrapport worden opgenomen in het zogeheten productenhandboek. Het productenhandboek is een intern handboek waarin belangrijke informatie over relevante rechtsgebieden binnen het Juridisch Loket zijn opgenomen. Daarnaast is er aan de hand van de resultaten uit dit onderzoek een checklist opgemaakt. Met deze checklist kunnen de medewerkers van het Juridisch Loket op het spreekuur of aan de balie stap voor stap nagaan of er sprake is van conversie. Het gebruik van de checklist is wederom gericht op het snel en deskundig informeren en adviseren van klanten. Medewerkers van de afdeling ICT zullen de checklist converteren in de benodigde documentvorm zodat de checklist door alle medewerkers van het Juridisch Loket integraal te gebruiken is in het productenhandboek.

LITERATUURLIJST

Literatuur:

Asser, Hartkamp & Sieburgh 2010

C. Asser, S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Algemeen overeenkomstenrecht, deel III*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser & Heerma van Voss 2012

C. Asser & G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Arbeidsovereenkomsten, deel V*, Deventer: Kluwer 2012.

Asser & Heerma van Voss 2008

C. Asser & G.J.J. Heerma van Voss, *7 Bijzondere arbeidsovereenkomsten, arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer 2008.

Boon (e.a.) 1991

M.N. Boon (e.a.), *Kroniek van het Privaatrecht over 1991*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991.

Combrink & Peters 2012

L. Combrink-Kuiters & S.L. Peters, *Het Juridisch Loket: de klant aan het woord 2012*, Utrecht: Raad voor Rechtsbijstand 2012.

Van Drongelen & Fase 2009

J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht, deel 1*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009.

Van Genderen, Fluit, Stefels, Witte & De Wolff 2010

D.M. van Genderen, D.S. Fluit, M.E. Stefels, W.G.M.J. Witte & D.J.B. de Wolff, *Arbeidsrecht in de praktijk*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2010.

Van der Grinten 2011

W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer 2011.

Van den Hoek & Cohen 2008

B. van den Hoek & M. Cohen, *Flexibele arbeidsrelaties*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2008.

Van der Heijden, Van Slooten & Verhulp 2012

P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten & E. Verhulp, *Arbeidsrecht, Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2012.

Kuip & Scholtens 1999

S.W. Kuip & C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en Zekerheid: parlementaire geschiedenis*, Deventer: Kluwer 1999, p. 590.

De Wolff 1999

D. de Wolff, *Monografieën, De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*, Deventer: Kluwer 1999.

Artikelen:

Bouwens 2007

W.H.A.C.M. Bouwens, 'Opvolgend werkgeverschap na faillissement', Amsterdam januari 2007.

Bungener & Verbeek 2009

A.F. Bungener & A.P.J.M. Verbeek, 'Oproepkrachten met klachten: de werking van art. 7:668a BW', *ArbeidsRecht* 2009/12.

Fleuren – Van Walsem 2000

J. M. Fleuren – Van Walsem, 'De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', *Dossier* nr. 42, juli 2000.

Van Haelst 2012

M.A. Van Haelst, 'Reikwijdte 'opvolgend werkgeverschap' na Van Tuinen-arrest'', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, Sdu Uitgevers, nummer 6, september 2012.

Hansma 1997

R. Hansma, 'Art. 768a. Verlenging arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', *SR* 1997, p. 208-210.

Hoogsteen 1999

J.M. Hoogsteen, 'De gevolgen van de Wet Flexibiliteit en zekerheid voor de verlengde overeenkomst voor bepaalde tijd', *Arbeidsrecht Integraal* 1999, p. 3-13.

Van Houte 2011

Y.A.E. van Houte, 'Uitzending en payroll: overeenkomst en verschil', *ArbeidsRecht*, juni-juli 2011.

Houweling 2012

A.R. Houweling, 'Commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 7 art. 7:668a BW', *OpMaat_Arbeidsrecht*, <www.opmaatarbeidsrecht.sdu.nl>, geraadpleegd op 12/02/2013 om 9:45 uur.

Luttmer – Kat 1998

A.M. Luttmer- Kat, 'De puntjes op de (Ragetlie)i', *SR* 1998, p. 338-340.

Luttmer – Kat 1997

A.M. Luttmer - Kat, 'Het nieuwe art. 7:668a BW is een bron van verwarring', *SR* 1997, p. 360-361.

Ostendorf 2004

K. Ostendorf, 'De Ragetlieregels: wat is rechtsgeldige opzegging?', *ArbeidsRecht* 2004, nr. 10, p. 3-7.

Palm 2012

S. Palm, 'De noodzaak tot afschaffing van de Ragetlieregels en het inperken van de reikwijdte van de ketenregeling', *Tijdschrift Arbeidsrecht*, Sdu Uitgevers, nr. 2, maart 2012.

Pepping & Pel 2008

A.M.E. Pepping & J. Pel, 'Stichting Greenpeace Council/ Simpson, Annotatie bij HR 29 juni 2007, nr. C06/080HR, *LJN*: BA2504; *NJ* 2007, 355; *RAR* 2007, 121; *JAR* 2007/215; *JOL* 2007, 489', *SMA* oktober 2008, nr. 10, p. 415-417.

Rensink

G.J.J. Rensink, 'Flexibiliteit en zekerheid en de bestaande (CAO-) bepalingen', *SR* 1998, p. 90-93.

Schaink & Smolders 2005

P.R.W. Schaink en H. Smolders, 'Faillissementstrends', *ArbeidsRecht*, nr. 1, 2005, p. 17-18.

Stichting voor de Arbeid

Stichting voor de Arbeid, 'Centrale aanbevelingen inzake aspecten van een werkgelegenheidsbeleid', 's-Gravenhage 24 november 1982.

Verhulp 2005

E. Verhulp, *JAR Verklaard*, 5 november 2005, nr. 7.

Verhulp 2003

E. Verhulp, *JAR Verklaard*, 27 november 2003, nr. 8, p.19.

Verhulp 2003

E. Verhulp, *JAR Verklaard*, 21 oktober 2003, nr. 12, p.25.

Verhulp 1998

E. Verhulp, 'Flexibiliteit en zekerheid; 17 wandeltochten zonder wegwijzers', *SR* 1998, p. 40-47.

Van Westrhenen & De Lange 2006

F. van Westrhenen & S. de Lange, 'Toepasselijkheid van art. 7:668a BW in faillissement', *ArbeidsRecht* 2006/4.

Willems 2009

P.W.H.M. Willems, 'De verhouding tussen de Ragetlie-regel versus de ketenregeling', *ArbeidsRecht* 2009/6/7.

Wolbers 2008

M.H. J. Wolbers, 'Arbeidsmarktintrede en vroege beroepsloopbaan van schoolverlaters in Nederland, 1986-2002', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken*, 2008, nr. 24, p. 19-35.

De Wolff 2012

D.J.B. de Wolff, 'Hoe permanent mag tijdelijk zijn?', *Praktijk* april 2012, afl. 4.

Kamerstukken:

Handelingen I 1997/98, 29.

Kamerstukken I 2001/02, 27 661, nr. 322b.

Kamerstukken I 1997/98, 25 263, nr. 132b en 132d.

Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 3 en nr. 12.

Kamerstukken II 1997/98, 26 257, nr. 7.

Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, nr. 6 en nr. 7.

Kamerstukken II 1995/96, 24 543, nr. 1 en 2.

Kamerstukken II 1991/92, 21 479, nr. 32.

Elektronische bronnen:

Afbeelding voorpagina: <http://www.nationalehulpguids.nl/nieuws/wp-content/uploads/2010/07/rechter-vrouwe-justitia.jpg>.

Hoge Raad:

HR 11 mei 2012, *LJN* BV9603, *JAR* 2012, 250.
HR 8 juli 2011, *LJN* BQ5082, *JAR* 2011, 210.
HR 26 september 2008, *JAR* 2008, 277.
HR 26 juni 2007, *LJN* BA2504, *JAR* 2007, 215.
HR 14 juli 2006, *NJ* 2007/101, *JAR* 2006, 190.
HR 1 december 2000, *JAR* 2001, 12.
HR 13 januari 1995, *JAR* 1995, 35.
HR 8 april 1994, *NJ* 1994/704, *JAR* 1994, 94.
HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 707.
HR 1 mei 1987, *NJ* 1988, 20.
HR 24 oktober 1986, *NJ* 198, 293.
HR 4 april 1986, *NJ* 1987, 678.
HR 25 januari 1980, *LJN* AC6801.

Gerechtshoven:

Amsterdam

Gerechtshof Amsterdam 12 mei 2010, *LJN* BM3048.
Gerechtshof Amsterdam 19 januari 2010, *JAR* 2010, 139, *LJN* BM3048.
Gerechtshof Amsterdam 25 augustus 2005, *JAR* 2005, 234.
Gerechtshof Amsterdam 26 mei 2005, *JAR* 2005, 132.
Gerechtshof Amsterdam 28 september 2000, *JAR* 2000, 259 .

Arnhem

Gerechtshof Arnhem 26 juli 2011, *LJN* BR6498.
Gerechtshof Arnhem 24 juli 2011, *JAR* 2011, 224, *LJN* BR2729.
Gerechtshof Arnhem 28 juni 2011, *LJN* BR2729.
Gerechtshof Arnhem 7 september 2010, *JAR* 2010, 288.
Gerechtshof Arnhem 15 april 2003, *JAR* 2003, 197.
Gerechtshof Arnhem 11 maart 2003, *JAR* 2003, 104.

's-Gravenhage

Gerechtshof 's-Gravenhage 16 maart 2010, *LJN* BM5878.
Gerechtshof 's-Gravenhage 3 maart 2009, *JAR* 2009, 108, *LJN* BH5997.

's-Hertogenbosch

Gerechtshof 's Hertogenbosch 19 februari 2013, *LJN* BZ1929.
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2012, *LJN* BX7362.
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2012, *LJN* BX7362.
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 juli 2007, *LJN* BB1936.
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 november 2006, *LJN* BA4209.

Leeuwarden

Gerechtshof Leeuwarden 18 december 2012, *JAR* 2013, 52.
Gerechtshof Leeuwarden 2 oktober 2012, *LJN* BX9186.
Gerechtshof Leeuwarden 26 juni 2012, *LJN* BW9837.
Gerechtshof Leeuwarden 19 juni 2012, *LJN* BW8942.
Gerechtshof Leeuwarden 20 december 2011, *LJN* BU8987.
Gerechtshof Leeuwarden 12 oktober 2010, *LJN* B00510.

Gerechtshof Leeuwarden 2 februari 2005, *LJN* AS5634, *JIN* 2005, 93.
Gerechtshof Leeuwarden 28 maart 2007, *LJN* BA1888.
Gerechtshof Leeuwarden 17 maart 2004, *JAR* 2004, 99.

Rechtbanken:

Alkmaar

Ktg. Alkmaar 24 december 1993, *Prg.* 1994, 4129.

Amersfoort

Ktr. Amersfoort 14 oktober 2008, *JAR* 2009, 3.

Amsterdam

Ktr. Apeldoorn 24 oktober 2012, *LJN* BY3283.
Ktr. Amsterdam 11 mei 2012, *JAR* 2012, 160.
Ktr. Amsterdam 10 juni 2011, *JAR* 2011, 175.
Ktr. Amsterdam 30 augustus 2010, *JAR* 2010, 237.
Ktr. Amsterdam 12 april 2007, *JAR* 2007, 80.
Ktr. Amsterdam 15 november 2006, *JAR* 2007, 4.
Ktr. Amsterdam 16 februari 2004, *JAR* 2004, 55.
Ktg. Amsterdam 13 december 2001, *JAR* 2002, 2.
Ktg. Amsterdam 17 augustus 2000, *JAR* 2000, 211.
Ktg. Amsterdam 17 juli 2000, *JAR* 2000, 176.
Ktg. Amsterdam 11 februari 2000, *JAR* 2000, 266.
Ktg. Amsterdam 23 september 1999, *JAR* 1999, 257.
Ktg. Amsterdam 26 maart 1998, *JAR* 1998, 155.
Ktg. Amsterdam 18 augustus 1997, *JAR* 1997, 195.
Ktg. Amsterdam 14 mei 1997, *JAR* 1997, 119.
Ktg. Amsterdam 6 februari 1991, *Prg.* 1991, 3447.

Apeldoorn

Ktr. Apeldoorn 24 oktober 2012, *LJN* BY3283.
Ktr. Apeldoorn 2 juli 2003, *JAR* 2003, 170.

Arnhem

Ktr. Arnhem 11 augustus 2004, *JAR* 2004, 218.

Assen

Ktr. Assen 26 april 2006, *LJN* AX0491.

Bergen op Zoom

Ktr. Bergen op Zoom 16 februari 2005, *JAR* 2005, 71.

Dordrecht

Ktr. Dordrecht 12 juni 2009, *JAR* 2009, 172.
Ktr. Dordrecht 8 februari 2007, *LJN* AZ8281.

Eindhoven

Ktr. Eindhoven 6 mei 2010, *JAR* 2010, 184.
Ktg. Eindhoven 8 februari 2001, *JAR* 2001, 46.

Enschede

Ktr. Enschede 3 januari 2012, *JAR* 2012, 41.

's-Gravenhage

Rb. 's-Gravenhage (Sector bestuursrecht) 28 januari 2011, *LJN* BQ0163.

Ktr. 's-Gravenhage 20 juli 2005, *JAR* 2005, 211.

Ktr. 's-Gravenhage 26 maart 2003, *JAR* 2003, 150.

Ktr. 's-Gravenhage 25 april 2002, *Prg.* 2002, 5909.

Rb. 's-Gravenhage 1 november 2001, *JAR* 2001, 18.

Groningen

Ktr. Groningen 13 maart 2009, *LJN* BI2789.

Ktr. Groningen 14 maart 2007, *JAR* 2007, 102.

Ktr. Groningen 14 juli 2005, *JOR* 2005, 255.

Gouda

Ktr. Gouda 13 september 2012, *JAR* 2012, 301.

Ktg. Gouda 4 april 1996, *JAR* 1996, 106.

Ktg. Gouda 7 januari 1988, *Prg.* 1988, 2840.

Gorinchem

Ktr. Gorinchem 5 maart 2008, *LJN* BC7458.

Heerenveen

Ktg. Heerenveen 20 november 1996, *JAR* 1997, 17.

Heerlen

Ktr. Heerlen 2 november 2011, *LJN* BW8463.

Helmond

Ktg. Helmond 22 maart 1991, *Prg.* 1991, 3481.

's-Hertogenbosch

Ktr. 's-Hertogenbosch 12 december 2004, *JOR* 2004, 281.

Leeuwarden

Ktg. Leeuwarden 20 september 1994, *Prg.* 1994, 4185.

Leiden

Ktr. Leiden 3 augustus 2011, *JAR* 2011, 250.

Ktr. Leiden 4 december 2002, *JOR* 2003, 122.

Maastricht

Ktr. Maastricht 4 september 2008, *LJN* BF5198.

Ktr. Maastricht 27 februari 2008, *LJN* BC5549.

Rb. Maastricht 11 juni 2007, *LJN* BA6881.

Meppel

Ktg. Meppel 15 maart 2001, *JAR* 2001, 73.

Middelburg

Ktr. Middelburg 27 oktober 2009, *LJN* BK9739.

Ktr. Nijmegen 28 februari 2003, *JAR* 2003, 270.

Midden-Nederland

Ktr. Utrecht 1 maart 2013, *LJN* BZ6335.

Nijmegen

Ktr. Nijmegen 16 maart 2011, *LJN* BP8248.

Roermond

Ktr. Roermond 19 januari 2011, *JAR* 2011, 310.

Ktr. Roermond 5 april 2007, *JAR* 2007, 279.

Rotterdam

Ktr. Rotterdam 28 oktober 2011, *JAR* 2011, 645.

Ktr. Rotterdam 24 april 2003, *JAR* 2003, 122.

Sittard-Geleen

Ktr. Sittard-Geleen 9 maart 2005, *JAR* 2005, 93.

Terneuzen

Ktg. Terneuzen 18 juli 2001, *JAR* 2001, 167.

Tilburg

Ktg. Tilburg 23 november 2000, *Prg.* 2000, 5586.

Ktg. Tilburg 21 november 1991, *Prg.* 1992, 3590.

Tholen

Ktr. Tholen 19 september 2005, *JAR* 2005, 229.

Utrecht

Ktr. Utrecht 27 januari 2012, *LJN* BV2109, *JAR* 2012, 63.

Ktr. Utrecht 24 juni 2010, *JAR* 2010, 192.

Ktr. Utrecht 9 januari 2009, *LJN* BG9194.

Ktr. Utrecht 12 december 2008, *JAR* 2009, 31.

Ktg. Utrecht 22 mei 2001, *JAR* 2001, 45.

Ktg. Utrecht 7 maart 2001, *JAR* 2001, 91.

Ktg. Utrecht 14 oktober 1992, *Prg.* 1993, 3840.

Venlo

Ktr. Venlo 19 januari 2011, *JAR* 2011, 182.

Wageningen

Ktr. Wageningen 1 november *JAR* 2011, 6.

Zwolle

Ktr. Zwolle 3 maart 2009, *LJN* BH5911.

Ktr. Zwolle 16 november 2004, *Prg.* 2005/29.

Ktr. Zwolle 11 december 2003, *JOR* 2004, 117