

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/20369>

Please be advised that this information was generated on 2019-07-20 and may be subject to change.

De CAO Nederlandse Universiteiten en Richtlijn 1999/70/EG

door dr. W.H.A.C.M. Bouwens¹

De CAO Nederlandse Universiteiten kent een systeem dat het mogelijk maakt personeel gedurende langere tijd aan te stellen op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In dit artikel wordt de vraag aan de orde gesteld of dit systeem in strijd is met de Europese Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (1999/70/EG). Heeft deze richtlijn gevolgen voor de rechtspositie van het wetenschappelijk personeel, net zoals bijvoorbeeld in Groot-Brittannië?²

Richtlijn 1999/70/EG

Op 18 maart 1999 hebben de algemene brancheoverkoepelende werkgeversorganisaties (Unie van Industrie- en Werkgeversfederaties der Europese Gemeenschap (UNICE), Europees Centrum van gemeenschapsbedrijven (CEEP)) en het Europees Verbond van Vakverenigingen (EVV) een raamovereenkomst gesloten inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Zij hebben vervolgens gezamenlijk de Europese Commissie verzocht deze raamovereenkomst uit te voeren. Aldus is geschied. Op 28 juni 1999 kwam Richtlijn 1999/70/EG tot stand (PbEG 1999, L 175/43). Deze richtlijn is gericht op de uitvoering van de bovengenoemde raamovereenkomst, die als bijlage bij de richtlijn is opgenomen.

Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat waarvoor zij bestemd is. Dat geldt ook voor Richtlijn 1999/70. Het wordt aan de nationale instanties overgelaten om vorm en middelen te kiezen hoe dit resultaat te bereiken (art. 249 EG-Verdrag). Om de richtlijn in Nederland te implementeren is op 22 november 2002 de Wet van 7 november 2002, *Stb.* 560 in werking getreden. Daarmee overschreed Nederland (zoals wel vaker) de toegestane termijn. De lidstaten van de EU waren op grond van artikel 2 van Richtlijn 1999/70/EG namelijk verplicht hun nationale recht voor 11 juli 2001 in overeenstemming te brengen met de inhoud van de richtlijn.

Genoemde wet voegt twee nieuwe wetsartikelen toe aan Boek 7 van ons Burgerlijk Wetboek (BW): artikel 7:649, waarin onder meer is bepaald dat de werkgever geen onderscheid mag maken in de arbeidsvoorwaarden op grond van het al dan niet tijdelijk karakter van de arbeidsovereenkomst, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is, en artikel 7:657, op grond waarvan de werkgever werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tijdig en duidelijk in kennis moet stellen van vacatures ter zake van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Deze twee artikelen zijn terug te voeren op respectievelijk Clause 4 en Clause 6 van de raamovereenkomst.

Clause 5 van de raamovereenkomst ziet op het voorkomen van misbruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De lidstaten wordt in lid 1 van deze clause opgedragen *één of meer* van de volgende maatregelen te nemen:

¹ Willem Bouwens is UHD Sociaal Recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen

² Zie daarover o.m.: K. Urquhart, *Serial Postdoc Killer?*, in *Science Next Wave* d.d. 25 oktober 2002.

- a. de vaststelling van objectieve redenen voor de verlenging van een tijdelijke arbeidsovereenkomst;
- b. de vaststelling van de maximale duur van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd;
- c. de vaststelling van het maximum aantal opvolgende contracten.

Voorts dienen de lidstaten en/of, waar nodig, de sociale partners op grond van deze clausule te bepalen:

- in welke gevallen er sprake is van opvolgende contracten en
- onder welke voorwaarden een tijdelijk contract geacht wordt te gelden voor onbepaalde tijd.

Artikel 7:668a BW

Volgens de regering behoeft Clausule 5 in Nederland geen nadere implementatie, omdat in de op 1 januari 1999 in werking getreden Wet Flexibiliteit en zekerheid reeds regels zijn opgenomen met betrekking tot het gebruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (*Kamerstukken II*, 2000/01, 27 661, nr. 3, p. 4). Sinds de invoering van die wet bepaalt artikel 668a lid 1 van Boek 7 BW dat vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan 3 maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden, met inbegrip van deze tussenpozen, hebben overschreden, de laatste arbeidsovereenkomst met ingang van die dag heeft te gelden als een onbepaaldetijdcontract (lid 1 onder a). Deze omzetting van rechtswege in een onbepaaldetijdovereenkomst heeft eveneens plaats indien meer dan 3 voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan 3 maanden (lid 1 onder b).

In deze regeling worden zowel de maximale duur van opvolgende arbeidsovereenkomsten (Clausule 5, lid 1 onder b) als het aantal schakels (Clausule 5 lid 1 onder c) vastgelegd. Voorts wordt in artikel 7:668a aangegeven dat contracten die elkaar opvolgen met tussenpozen van meer dan 3 maanden niet relevant zijn voor de berekening van de maximumtermijn c.q. het aantal schakels. Ten slotte bepaalt artikel 7:668a het moment van conversie van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een contract voor onbepaalde tijd (>36 maanden; vierde contract). Voor het standpunt van de regering dat nadere regelgeving om het nationale recht in overeenstemming met deze clausule te brengen, niet nodig was, is derhalve het een en ander te zeggen. Op één punt kan men aarzelen. Art. 7:668a lid 5 BW maakt afwijking van de wettelijke regeling ten nadele van de werknemer mogelijk bij CAO. Deze afwijkingsmogelijkheid is niet aan nadere voorwaarden gebonden. Dat wil zeggen dat bij CAO elke beperking in aantallen of duur van opvolgende tijdelijke contracten terzijde kan worden geschoven.

Bij de behandeling van de implementatiewet in de Eerste Kamer is dit probleem aan de orde geweest. Groen Links vroeg de minister of een werknemer iets kan ondernemen als hem nooit een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt aangeboden. De verantwoordelijke bewindslieden wezen in hun antwoord op de verplichting van de werkgever om zich als goed werkgever te gedragen (*Kamerstukken I*, 2001/02, 27 661, nr. 322b, p. 3). Deze verplichting is neergelegd in art. 611 van Boek 7 BW en vormt, samen met de verplichting van de werknemer om zich als goed werknemer te gedragen, het arbeidsrechtelijk equivalent van de 'redelijkheid en billijkheid'. Op

grond van art. 248 lid 2 van Boek 6 BW is een tussen partijen krachtens overeenkomst geldende regel niet van toepassing 'voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.' Juristen spreken in dat verband van de derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid. Volgens de verantwoordelijk bewindslieden kan goed werkgeverschap meebrengen dat de werkgever onder omstandigheden geen beroep kan doen op een bepaling die meebrengt dat geen conversie kan plaatsvinden van opvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In voorkomend geval zal de rechter hierover dienen te oordelen.

Ongelimiteerd gebruik van bepaaldetijdovereenkomsten op grond van een CAO

De mededeling van de verantwoordelijk bewindslieden is juist, maar helpt ons niet veel verder nu niet wordt aangegeven wanneer redelijkheid en billijkheid zich verzetten tegen het beroep op een CAO-bepaling die het ongelimiteerd gebruik van bepaaldetijdcontracten mogelijk maakt. Het enkele feit dat in de CAO geen beperkingen als bedoeld in Clause 5 van de Raamovereenkomst zijn opgenomen is daarvoor naar mijn mening ontoereikend. Ik licht dit toe.

Wettelijke bepalingen die afwijking ten nadele van de werknemer slechts toestaan bij CAO (het zgn. driekwart-dwingend recht), zoals art. 7:668a BW, hanteert de wetgever indien hij het zinvol acht de sociale partners de mogelijkheid te bieden de regelgeving aan te passen aan de specifieke behoeften van de betreffende onderneming of bedrijfstak (zie *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 426, nr. 1 (Notitie 'Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht'), p. 5.) De belangen van de werknemers worden geacht voldoende gewaarborgd zijn door de noodzaak instemming te verkrijgen van de vakorganisaties, die in staat moeten worden geacht op basis van gelijkwaardigheid met de werkgevers(organisaties) te onderhandelen (vergelijk M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, 1954, p. 18-19 en Hoge Raad 20 december 2002, *NJ* 2003, 153, m.nt. TK).

Kijken we naar de considerans van de raamovereenkomst dan zien we dat de sociale partners door de overeenkomstsluitende partijen 'de eerst aangewezenen worden geacht om oplossingen te vinden die beantwoorden aan de behoeften van zowel werkgevers als werknemers.' Deze bijzondere verantwoordelijkheid kan blijkens Clause 8 lid 4 van de overeenkomst ook tot uitdrukking komen in (collectieve arbeids)overeenkomsten die afwijken van de overige clausules. Clause 8 luidt:

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

Gelet op deze bepaling en de ratio van de afwijkingsmogelijkheid in artikel 7:668a is een CAO die het ongelimiteerd gebruik van bepaaldetijdcontracten mogelijk maakt, naar mijn mening niet in strijd met Richtlijn 1999/70/EG.

De CAO Nederlandse universiteiten

Ook als men deze conclusie niet deelt, zal Richtlijn 1999/70/EG niet in stelling kunnen worden gebracht tegen het in de CAO Nederlandse universiteiten neergelegde systeem met betrekking tot opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

In de eerste plaats merk ik op dat de Richtlijn en de raamovereenkomst niet van toepassing zijn op ambtenaren (*Kamerstukken II*, 2000/01, 27 661, nr. 3, p. 6). Deel 1 van de CAO, dat betrekking heeft op de openbare universiteiten, wordt dus niet door de richtlijn geraakt.

Voorts moet worden opgemerkt dat strijd van het nationale recht met een richtlijn niet aan particulieren kan worden tegengeworpen (Hof van Justitie EG 26 februari 1986 (*Marshall*), *Jur.* 1986, p. 723). Een richtlijn legt naar haar aard slechts verplichtingen op aan de lidstaten. De CAO is in overeenstemming met art. 7:668a BW. Dat dit artikel mogelijk in strijd is met Richtlijn 1999/70/EG regardeert de werkgever niet. Als er strijd met de richtlijn bestaat, kan eventueel wel de Staat worden aangesproken tot vergoeding van de geleden schade (Hof van Justitie EG 19 november 1991 (*Francovich*), *NJ* 1994, 2).

Ten slotte, en dat is verreweg het belangrijkste, het systeem van de CAO NU is in overeenstemming met de voorschriften van de raamovereenkomst. Het stelt in art. 3.1 tot en met 3.5 voor vrijwel alle aanstellingen zowel in duur als in aantal zekere maxima aan opvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd. Voor zover dergelijke maxima ontbreken, zoals bij promovendi (art. 3.4 lid 8 CAO), koppelt de CAO het gebruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd uitdrukkelijk aan een bepaalde aanstellingsgrond. Voor alle typen geldt derhalve dat door de CAO een van de maatregelen is getroffen die de richtlijn in Clause 5 voorschrijft.

Ten slotte

Betekent dit nu dat het voortdurend gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd nimmer kan worden aangepakt? Neen. Met name het fenomeen dat bij het bereiken van het in de wet of in de CAO aangeduide conversiemoment de aanstelling voor drie maanden wordt onderbroken, om vervolgens een nieuwe reeks arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te kunnen beginnen, is naar mijn oordeel in rechte aanvechtbaar (zie meer uitgebreid: W.H.A.C.M. Bouwens, *Kettingrelaties*, *Sociaal Maandblad Arbeid* 1999, p. 10 e.v.).

De hier aangeduide ontwijkingsmogelijkheid is reeds ter sprake gekomen tijdens de parlementaire behandeling van de Wet Flexibiliteit en zekerheid. In de Eerste Kamer werd de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid geconfronteerd met een verzoek van de vakorganisaties in de omroepwereld om afkeuring uit te spreken over constructies die gericht zijn op ontduiking van de regeling van art. 7:668a BW. Zij wezen in dat verband op het feit dat men er bij de omroepen reeds toe was overgegaan overeenkomsten voor de duur van negen maanden aan te bieden. Gedurende de zomermaanden moeten de werknemers hun toevlucht zoeken tot de WW. De minister reageerde op dit verzoek met de opmerking dat hij het denkbaar achtte dat bij het jaar in, jaar uit afsluiten van contracten voor bepaalde tijd met onderbrekingen van meer dan drie maanden, op zeker moment sprake is van 'misbruik van het recht om ontslagbescherming van de werknemer tegen te gaan' (Handelingen EK 28 april 1998, p. 29-1514). Dit standpunt sluit aan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad over constructies die zich naar hun aard

ertoe lenen om te ontkomen aan de werking van dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer te beschermen tegen ontslag. Volgens de Hoge Raad brengt een redelijke, met het stelsel van de wet en de strekking van bedoelde wetsbepalingen strokende toepassing daarvan in dergelijke gevallen mee dat de gebruikte constructie niet het beoogde gevolg (het onthouden van ontslagbescherming) kan hebben (Hoge Raad 22 november 1991, *NJ* 1992, 707 (m.nt. PAS)). Met andere woorden: is van een dergelijke constructie sprake, dan zal naar huidig recht moeten worden aangenomen dat de werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan afdwingen.

Nijmegen 14 maart 2005