



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Rb. Midden-Nederland, ktr. Utrecht (rolnr. 2503410 UV EXPL 13-471 LH/4059, ECLI:NL:RBMNE:2013:7251: Onbeperkte afwijking ketenregeling bij cao in strijd met EU-recht, arbeidsovereenkomst niet van rechtswege geëindigd)

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2014

Published in

Jurisprudentie Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2014). Rb. Midden-Nederland, ktr. Utrecht (rolnr. 2503410 UV EXPL 13-471 LH/4059, ECLI:NL:RBMNE:2013:7251: Onbeperkte afwijking ketenregeling bij cao in strijd met EU-recht, arbeidsovereenkomst niet van rechtswege geëindigd). 43. Case note on: Rb. Midden-Nederland, ktr. Utrecht, 18/12/13 *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 2014(3), 362-367.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

JAR 2014/43 Rechtbank Midden-Nederland, kantonrechter, locatie Utrecht, 18-12-2013, 2503410 UV EXPL 13-471 LH/4059, ECLI:NL:RBMNE:2013:7251

Onbeperkte afwijking ketenregeling bij cao in strijd met EU-recht, Arbeidsovereenkomst niet van rechtswege geëindigd

Publicatie	JAR 2014 afl. 3
Publicatiedatum	10 februari 2014
College	Rechtbank Midden-Nederland, kantonrechter, locatie Utrecht
Uitspraakdatum	18 december 2013
Rolnummer	2503410 UV EXPL 13-471 LH/4059 LJN ECLI:NL:RBMNE:2013:7251
Rechter(s)	mr. Sap
Partijen	Patrick Franciscus Gerritsen te Haaksbergen, eisende partij, gemachtigde: mr. H. Houwers, tegen de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Koninklijke Nederlandse Voetbalbond te Zeist, verwerende partij, gemachtigde: mr. H.J.A. Knijff.
Noot	mr. dr. J.P.H. Zwemmer
Trefwoorden	Onbeperkte afwijking ketenregeling bij cao in strijd met EU-recht, Arbeidsovereenkomst niet van rechtswege geëindigd,
Regelgeving	BW Boek 6 - 248 lid 2 BW Boek 7 - 611 BW Boek 7 - 668 lid 5 Richtlijn 1999/70/EG

» Samenvatting

De werknemer is op 1 augustus 1996 in dienst getreden van de KNVB. Met ingang van 1 januari 1999 zijn partijen een schriftelijke arbeidsovereenkomst aangegaan voor de periode tot 1 augustus 2001 met betrekking tot de functie van scheidsrechter. Vanaf 1 augustus 2001 zijn partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangegaan en is de werknemer werkzaam geweest als assistent-scheidsrechter in de sectie betaald voetbal van de KNVB. Op deze arbeidsovereenkomst is de CAO voor (assistent-)scheidsrechters betaald voetbal van toepassing. In art. 5 lid 4 van de cao, zoals deze geldt vanaf 1 januari 2007, is vastgelegd dat alleen nog arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden gesloten. De KNVB heeft op 16 mei 2013 aan de werknemer meegedeeld dat hem geen nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangeboden, gelet op het meerdere keren niet deelnemen aan een conditietest, en dat het dienstverband op 30 juni 2013 zal eindigen. De werknemer heeft in kort geding gevorderd dat de KNVB wordt veroordeeld tot betaling van zijn salaris. Hij stelt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, nu de afwijking in de cao in strijd is met Richtlijn 1999/70/EG.

De kantonrechter overweegt dat art. 7:668a lid 5 BW richtlijnconform moet worden uitgelegd. Doelstelling van de richtlijn is onder meer om misbruik van tijdelijke contracten te voorkomen. Dit in aanmerking nemend, is de kantonrechter van oordeel dat de bewoordingen van art. 7:668a lid 5 BW ruimte laten voor een restrictieve interpretatie van de wettelijke mogelijkheid om bij cao ten nadele van de werknemer af te wijken van de ketenregeling. Cao-partijen hebben weliswaar de vrijheid om af te wijken van de wettelijke maxima, maar niet om geheel af te zien van elke beperking. Het beroep op art. 5 lid 4 van de cao is jegens de werknemer dan ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar en daarmee in strijd met het goed werkgeverschap. Hierbij speelt het lange ononderbroken dienstverband van de werknemer een grote rol. De werknemer heeft bijna 17 aangesloten jaren voor de KNVB gewerkt, waarvan de twee laatste arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd al voor de duur van 6,5 jaar waren, wat ruim meer is dan het dubbele van de wettelijk toegestane maximumduur. Verder heeft de KNVB geen precieze en concrete omstandigheden gesteld die rechtvaardigen dat zij het werk van de assistent-scheidsrechters in een reeks van jaren op basis van tijdelijke contracten laat verrichten. De arbeidsovereenkomst is derhalve na 1 juli 2013 blijven bestaan.

NB. Ook in «JAR» 2012/41 en «JAR» 2008/270 leidde een richtlijnconforme uitleg tot het aannemen van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd na meerdere tijdelijke contracten. In «JAR» 2011/245 en «JAR» 2014/44 werd daarentegen geoordeeld dat aan de door de richtlijn gestelde vereisten was voldaan.

» Uitspraak

1. Het verloop van de procedure

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Gerritsen, geboren op 29 december 1967, is op 1 augustus 1996 in dienst van de KNVB getreden. De eerste arbeidsovereenkomst van partijen is mondeling aangegaan. Met ingang van 1 januari 1999 hebben partijen een (schriftelijke) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gesloten, eindigend op 31

juli 2001. Tot 1 augustus 2001 heeft Gerritsen als scheidsrechter gewerkt.

2.2. Vanaf 1 augustus 2001 is Gerritsen voor de KNVB werkzaam geweest als assistent-scheidsrechter, laatstelijk als senior assistent-scheidsrechter, in de sectie betaald voetbal van de bond. Hij vlagde voetbalwedstrijden in de nationale en internationale competitie.

2.3. Met ingang van 1 augustus 2001 zijn partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangegaan. Op deze arbeidsovereenkomst is de CAO voor (assistent-)scheidsrechters betaald voetbal van toepassing. Deze CAO is tot stand gekomen tussen de KNVB enerzijds en de Belangenvereniging Scheidsrechters Betaald Voetbal (hierna te noemen de BSBV) anderzijds. Van deze CAO maakte een zogenoemde promotie-degradatieregeling onderdeel uit, die het voortduren van de arbeidsovereenkomst van de assistent-scheidsrechter afhankelijk maakte van de beoordeling van de kwaliteit van zijn functioneren.

2.4. In het overleg tussen de KNVB en de BSBV is in de loop van 2006 overeenstemming bereikt over een nieuwe CAO voor (assistent-)scheidsrechters betaald voetbal, die met ingang van 1 januari 2007 is gaan gelden. In deze CAO werd de eerdere promotie-degradatieregeling afgeschaft en is bepaald dat er alleen nog tijdelijke arbeidsovereenkomsten worden gesloten. De assistent-scheidsrechters die hun lopende arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met het oog op de gewijzigde arbeidsvoorwaardenregeling in de nieuwe CAO opzegden, werden daarvoor financieel gecompenseerd. Bij brief van 26 september 2006 heeft Gerritsen, lid van de BSBV, zijn voor onbepaalde tijd geldende arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 1 januari 2007. Dat deden ook al zijn collega's. Gerritsen ontving in verband met de opzegging een eenmalige compensatie van acht maandsalarissen (ruim € 18.000,= bruto) en vanaf 1 januari 2007 een jaarlijkse uitkering van € 2.750,= als vergoeding voor de afkoop van het eerdere vaste dienstverband. In aansluiting op de eerdere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zijn partijen met ingang van 1 januari 2007 een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan, voor de periode tot en met 30 juni 2011.

2.5. Met ingang van 1 juli 2010 kwam een nieuwe CAO voor (assistent-)scheidsrechters betaald voetbal tot stand, welke CAO tot en met 30 juni 2014 zal gelden. In artikel 5 lid 3 van deze CAO is bepaald: "De werkgever zal met een werknemer een arbeidsovereenkomst sluiten voor de duur van minimaal één en maximaal vijf jaar, zulks te bepalen door werkgever." Het vierde lid van deze CAO-bepaling luidt: "In afwijking van artikel 7:668a BW blijven alle tussen een werknemer en de werkgever aangegane arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd steeds gelden als aangegaan voor bepaalde tijd. Dit betekent derhalve dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussen een werknemer en de werkgever een onbeperkt aantal keer worden verlengd voor bepaalde tijd, zonder dat hierdoor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat." In Bijlage I bij deze CAO is geregeld dat (assistent-)scheidsrechters periodiek met goed gevolg een conditietest moeten afleggen. Partijen zijn ook door deze (huidige versie van de) CAO gebonden.

2.6. Met ingang van 1 juli 2011 heeft Gerritsen voor de KNVB gewerkt op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van twee jaren, derhalve tot en met 30 juni 2013.

2.7. Nadat Gerritsen op 15 maart 2013 nog een wedstrijd had gevlagd, stond op 20 maart 2013 voor hem de halfjaarlijkse conditietest gepland. Voor deze test heeft Gerritsen zich afgemeld vanwege (psychische) gezondheidsklachten, samenhangend met overbelasting in zijn privésituatie en door zijn bedrijfsactiviteiten als zelfstandige. In verband met spanningsklachten had Gerritsen al enige tijd niet getraind. De KNVB heeft Gerritsen daarna, in afwachting van een positieve conditietest, niet meer als assistent-scheidsrechter ingezet.

2.8. De KNVB heeft Gerritsen vervolgens opgeroepen voor de conditietest op 16 april 2013. Daaraan heeft Gerritsen niet deelgenomen. Vervolgens is hij opgeroepen voor de conditietest van 15 mei 2013. Bij e-mail van 13 mei 2013 heeft de KNVB aan Gerritsen meegedeeld dat hem geen nieuw contract zou worden aangeboden, als hij voor de test niet zou slagen. Gerritsen voelde zich genoodzaakt op 15 mei 2013 aan de conditietest mee te doen, ook al voelde hij zich niet fit. Hij heeft op 15 mei 2013 aan de test deelgenomen, maar deze tussentijds moeten afbreken.

2.9. Bij e-mail van 16 mei 2013 heeft de KNVB aan Gerritsen meegedeeld dat hem geen nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangeboden, en dat het dienstverband op 30 juni 2013 eindigt. Op het verzoek van Gerritsen van 25 mei 2013, om een herkansingsmogelijkheid in juli/augustus 2013 zodat hij de gelegenheid zou hebben om de conditionele achterstand in te lopen, heeft de KNVB afwijzend beslist. Vanaf 1 juli 2013 heeft de KNVB aan Gerritsen – ondanks daartoe te zijn gesommeerd – geen loon, bestaande uit een basis wedstrijdvergoeding en additionele wedstrijdvergoedingen, meer betaald.

2.10. Gerritsen, die zich op en na 20 maart 2013 wegens ziekte niet tot het verrichten van de bedongen arbeid in staat voelde, heeft op 7 november 2013 het UWV verzocht om een deskundigenoordeel. Op 19 november 2013 heeft het UWV, mede op basis van bij de behandelende sector ingewonnen inlichtingen, geoordeeld dat bij Gerritsen op 20 maart 2013 geen sprake was van beperkingen in zijn belastbaarheid als gevolg van ziekte, stoornis of gebrek. De verzekeringsarts oordeelde dat de spanningsklachten van Gerritsen zijn aan te merken als "in wezen natuurlijke reacties op de veelheid en zwaarte van het totaal aan activiteiten en gebeurtenissen."

3. De vordering en de standpunten van partijen Gerritsen

3.1. Gerritsen vordert in dit kort geding dat de KNVB wordt veroordeeld om aan hem te voldoen het achterstallige salaris vanaf 1 juli 2013, te vermeerderen met de wettelijke verhoging en de wettelijke rente. Voorts vordert Gerritsen de veroordeling van de KNVB om aan hem vóór de 25e van elke maand, zolang de arbeidsovereenkomst van partijen niet rechtsgeldig zal zijn geëindigd, het gebruikelijke salaris te voldoen, bij niet tijdige betaling te vermeerderen met de wettelijke verhoging en de wettelijke rente. Ten slotte vordert Gerritsen dat de KNVB wordt veroordeeld in de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 14 dagen nadat het vonnis is gewezen.

3.2. Gerritsen legt aan zijn loonvordering ten grondslag dat de arbeidsovereenkomst van partijen op 30 juni 2013 niet van rechtswege is geëindigd en dat het dienstverband sindsdien onverminderd voortduurt. Dat de arbeidsovereenkomst geldt als voor onbepaalde tijd aangegaan, volgt uit het bepaalde in het eerste lid, aanhef en onder a van artikel 7:668a BW. In het kader van deze zogenoemde ketenregeling dient de afwijking van het eerste lid van artikel 7:668a BW, zoals vervat in artikel 5 lid 4 van de toepasselijke CAO, buiten toepassing te blijven, omdat deze CAO-bepaling in strijd is met de doelstelling van de Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van de Europese Unie van 28 juni 1999 (verder ook te noemen de richtlijn) dan wel omdat de KNVB misbruik van recht maakt van de CAO-bepaling en in strijd met de eis van goed werkgeverschap handelt door het onbeperkt repeterend gebruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Subsidiair stelt Gerritsen zich op grond van artikel 7:667 lid 4 BW (de codificatie van de zogenoemde "Ragelie-regel") op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst van partijen op 30 juni 2013 niet zonder voorafgaande opzegging eindigde. Bij toepassing van deze "Ragelie-regel" dient de opzegging door Gerritsen van de arbeidsovereenkomst tegen 1 januari 2007 buiten beschouwing te worden gelaten, omdat hij destijds – wilde hij zijn werkzaamheden voor de KNVB kunnen voortzetten – geen andere keus had dan de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op te zeggen. Van een "rechtsgeldige opzegging" in de zin van artikel 7:667 lid 4 BW was daarom geen sprake. Omdat hij zich op 20 maart 2013 ziek heeft gemeld, maakt Gerritsen

aanspraak op de in artikel 8 lid 2 van de CAO geregelde loondoorbetaling bij arbeidsongeschiktheid, ter hoogte van 85% van 1/12e deel van het gemiddeld in de voorafgegane twaalf maanden ontvangen salaris.

3.3. De KNVB betwist de vordering. Ondanks dat aan de laatstelijk gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (van 1 juli 2011 tot en met 30 juni 2013) een tijdelijk arbeidscontract (voor de periode van 1 januari 2007 tot en met 30 juni 2011) is voorafgegaan, is de arbeidsovereenkomst van partijen op 30 juni 2013 van rechtswege geëindigd, omdat in de toepasselijke CAO is afgeweken van de ketenregeling van artikel 7:668a lid 1 BW. Die regeling is ingevolge het vijfde lid van dat artikel van driekwart dwingend recht. Aan artikel 5 lid 4 van de CAO staat de Richtlijn 1999/70/EG, die geen directe werking heeft, niet in de weg. De door Gerritsen verdedigde andersluidende opvatting is ook in strijd met het grondrecht van collectieve onderhandelingen. Sociale partners in de bedrijfstak, de KNVB en de BSBV, hebben in de CAO 2007-2010, waarbij is overgegaan op een systeem waarin alleen nog tijdelijke arbeidsovereenkomsten worden gesloten, ter compensatie voor de opgezegde vaste dienstverbanden, adequate (financiële) voorzieningen getroffen. Nu ook Gerritsen jarenlang van die financiële compensatie heeft geprofiteerd, kan hij er geen beroep meer op doen dat een hem nu onwelgevallig onderdeel van het door de sociale partners destijds overeengekomen "arbeidsvoorwaardenpakket" in strijd is met de genoemde richtlijn. Ook het beroep op de "Ragettie-regel" van artikel 7:667 lid 4 BW faalt, omdat Gerritsen de destijds lopende arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd rechtsgeldig heeft opgezegd. Mede op grond van de hem destijds verstrekte informatie over de in het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg afgesproken structuurwijziging per 1 januari 2007, was Gerritsen ermee bekend dat hij met zijn opzegging van 26 september 2006 afstand deed van ontslagbescherming. Ten slotte betwist de KNVB dat Gerritsen zich ziek heeft gemeld. Ook van arbeidsongeschiktheid is geen sprake geweest.

4. De beoordeling van het geschil

4.1. Het gaat in dit kort geding om de vraag of Gerritsen vanaf 1 juli 2013 in dienst van de KNVB is gebleven en of hij recht heeft op voortgezette loonbetaling. De kantonrechter stelt voorop dat het voor toewijzing van een spoedvoorziening, zoals door Gerritsen gevorderd, waarschijnlijk moet zijn dat een gelijklopende vordering in een te voeren bodemprocedure zal worden toegewezen. Alleen in dat geval kan daarop in kort geding worden vooruitgelopen. Tussen partijen is niet in geschil dat Gerritsen bij zijn vordering – gelet op de aard ervan – een spoedeisend belang heeft.

4.2. Bij de inhoudelijke beoordeling van het geschil neemt de kantonrechter tot uitgangspunt dat de KNVB zich voor haar standpunt, inhoudende dat de arbeidsovereenkomst van partijen op 30 juni 2013 is geëindigd, niet beroept op artikel 11 lid 1, aanhef en onder a van de CAO, waarin is bepaald dat de arbeidsovereenkomst zal zijn ontbonden, indien de werknemer niet voldoet aan de conditietest overeenkomstig Bijlage I bij de CAO. In de brief die haar jurist op 28 juni 2013 aan de toenmalige gemachtigde van Gerritsen heeft geschreven, stelde de KNVB zich uitdrukkelijk op het standpunt dat genoemde CAO-bepaling uitsluitend ziet op de tussentijdse ontbinding van de arbeidsovereenkomst en dat daarvan hier geen sprake is. In dit kort geding kan daarom in het midden blijven of de KNVB zich voor haar standpunt op de in de CAO bedoelde ontbindende voorwaarde had kunnen baseren.

4.3. De kern van het geschil betreft de vraag of de KNVB zich jegens Gerritsen mag beroepen op het bepaalde in artikel 5 lid 4 van de toepasselijke CAO. Met het opnemen van deze bepaling hebben CAO-partijen gebruik willen maken van de in het vijfde lid van artikel 7:668a BW voorziene mogelijkheid om bij CAO ten nadele van de werknemer af te wijken van de zogenoemde ketenregeling van het eerste lid van die wetsbepaling. Artikel 7:668a BW is met ingang van 1 januari 1999 ingevoerd bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid. De strekking van die wet was om enerzijds werkgevers meer ruimte te bieden voor verlenging van tijdelijke arbeidsovereenkomsten (flexibiliteit), maar om anderzijds ter voorkoming van langdurige werkonzekerheid voor werknemers het repeterende gebruik van tijdelijke contracten te beperken (zekerheid). Deze regeling is ingevolge het vijfde lid van driekwart dwingend recht, zodat daarvan bij CAO kan worden afgeweken.

4.4. Eind jaren '90 was ook in Europees verband het evenwicht tussen de bedoelde flexibiliteit en zekerheid onderwerp van overleg. Dit heeft geleid tot de Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, op 18 maart 1999 gesloten door het EVV, de UNICE en het CEEP (de Europese vakbond en werkgeversverenigingen). Het doel van deze raamovereenkomst was onder meer om "een kader vast te stellen om misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen." Clausule 5 lid 1 van de raamovereenkomst luidt: "Teneinde misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen, voeren de lidstaten, na raadpleging van de sociale partners (-), en/of de sociale partners, wanneer er geen gelijkwaardige wettelijke maatregelen ter voorkoming van misbruik bestaan, op een wijze die rekening houdt met de behoeften van bepaalde sectoren en/of categorieën werknemers, een of meer van de volgende maatregelen in: a) vaststelling van objectieve redenen die een vernieuwing van dergelijke overeenkomsten of verhoudingen rechtvaardigen; b) vaststelling van de maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd; c) vaststelling van het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten of verhoudingen mogen worden vernieuwd." De Richtlijn 1999/70/EG van 28 juni 1999 dient ter uitvoering van deze raamovereenkomst en bepaalt in artikel 2 dat de implementatie van de richtlijn uiterlijk op 10 juli 2001 moet hebben plaatsgevonden.

4.5. In Nederland heeft de wetgever in de richtlijn geen reden gezien om artikel 7:668a BW, waarvan het eerste lid de schakels van de keten van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten beperkt tot drie en de maximale totale duur stelt op 36 maanden, te wijzigen. Ook het vijfde lid van artikel 7:668a BW is gehandhaafd. Er dient vanuit te worden gegaan dat de wetgever bij deze keuze niet anders voor ogen heeft gestaan dan het getrouw omzetten van de genoemde richtlijn.

4.6. Bij de toepassing van het nationale recht is de Nederlandse rechter gehouden dit zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn, teneinde het daarmee beoogde resultaat te bereiken. Deze verplichting heeft betrekking op alle bepalingen van nationaal recht, ongeacht of deze dateren van eerdere of latere datum dan de betrokken richtlijn. Ook artikel 7:668a BW moet daarom in dit kort geding "richtlijnconform", dus zoveel mogelijk in overeenstemming met de richtlijn, worden uitgelegd. Daarbij neemt de kantonrechter in aanmerking dat het Europese Hof van Justitie (in de zaak "Adeneler", bij arrest van 4 juli 2006, nummer C-212-04) "het genot van vaste dienstbetrekkingen" heeft opgevat "als een essentieel onderdeel van de werknemersbescherming." Het belang van de beperking van de werkonzekerheid van werknemers weegt dus zwaar en de nationale rechter moet, vanaf het verstrijken van de omzettingstermijn, al het mogelijke doen om, het gehele nationale recht in beschouwing nemend en met toepassing van de daarin erkende uitlegmethoden, bij de beslechting van de bij hem aanhangige gedingen de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren en te vermijden dat werknemers door de opeenvolging van tijdelijke contracten in een preciaire situatie komen te verkeren. Deze verplichting wordt slechts begrensd door de algemene rechtsbeginselen, met name de rechtszekerheid en het verbod van terugwerkende kracht, en door de grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter. Ook kan richtlijnconforme uitleg niet dienen als grondslag voor een uitlegging "contra legem" van het nationale recht.

4.7. Tegen deze achtergrond is de kantonrechter voorshands van oordeel dat de bewoordingen van artikel 7:668a lid 5 BW ruimte laten voor een restrictieve

interpretatie van de wettelijke mogelijkheid om bij CAO ten nadele van de werknemer af te wijken van de ketenregeling van het eerste lid. Mede gelet op de strekking van de Wet Flexibiliteit en zekerheid, waarbij het vinden van een verantwoord evenwicht tussen het een en het ander voorop heeft gestaan, hebben CAO-partijen weliswaar de vrijheid om af te wijken van de wettelijke maxima – in aantal en duur – van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten die zonder rechtmatigheidsstoetsing kunnen worden beëindigd, maar niet om geheel af te zien van elke beperking door middel van de in artikel 5 lid 1 van de raamovereenkomst genoemde maatregelen ter bescherming van de werknemers tegen voortdurende werkonzekerheid. Deze uitleg van artikel 7:668a lid 5 BW blijft binnen de – hierboven, aan het slot van 4.6. bedoelde – grenzen die aan richtlijnconforme uitleg plegen te worden gesteld. Ook wordt de verdragsrechtelijk beschermde vrijheid van collectieve onderhandelingen, waarop de KNVB een beroep heeft gedaan, er niet op ontoelaatbare wijze door ingeperkt. Van een verkapt horizontale directe werking van de richtlijn is evenmin sprake, omdat de richtlijn zich niet alleen tot de EG-lidstaten maar ook tot de sociale partners richt. Op de KNVB rustte, in die hoedanigheid de CAO met de BSBV afsluitend, dan ook uit eigen hoofde de plicht om zich te richten naar het bepaalde in artikel 5 lid 1 van de raamovereenkomst. Dat heeft zij niet gedaan.

4.8. De uitkomst van dit geding wordt niet anders, indien – vanuit de idee: “wie het meerdere niet mag, mag het mindere, voor zover dat is toegestaan, wèl” – het voorgaande de KNVB niet zou weerhouden van een beroep op artikel 5 lid 4 van de toepasselijke CAO, voor zover althans de richtlijnconforme uitleg van artikel 7:668a lid 5 BW daaraan niet in de weg staat. Gezien de lengte van het ononderbroken dienstverband van Gerritsen kan de KNVB dit niet baten. Hij heeft bijna 17 jaar aangesloten voor de KNVB gewerkt, waarvan alleen al in de twee laatste arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gedurende 6 1/2 jaar, dus ruim meer dan het dubbele van de wettelijk toegestane maximum duur. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat de KNVB geen precieze en concrete omstandigheden heeft gesteld die rechtvaardigen dat zij het werk van de assistent-scheidsrechters in een reeks van jaren op basis van tijdelijke contracten laat verrichten. Onder de gegeven omstandigheden is daarom het beroep op artikel 5 lid 4 van de CAO, óók voor zover daarin een beperking van de totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zou worden ingelezen, jegens Gerritsen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, en daarmee in strijd met het goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW. Daaraan doet niet af dat in de CAO's die vanaf 1 januari 2007 hebben gegolden een financiële compensatie aan de assistent-scheidsrechters, onder wie Gerritsen, is toegekend voor de afkoop van hun eerdere vaste dienstverbanden en dat deze compensatie in de afgelopen jaren ook steeds is genoten. Voor de door de KNVB voorgestane “pakketvergelijking” is hier geen plaats, omdat de (financiële) voordelen die verbonden waren aan de opzegging van de arbeidsovereenkomst tegen 1 januari 2007 niet opwegen tegen het feit dat aan de werknemers een essentieel onderdeel van hun ontslagbescherming werd ontnomen. Bovendien geldt artikel 5 lid 4 van de CAO ook voor (assistent-)scheidsrechters die na 1 januari 2007 in dienst van de KNVB zijn getreden en geen financiële compensatie ontvangen.

4.9. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de arbeidsovereenkomst van partijen op en na 1 juli 2013 is blijven voortbestaan. Een beoordeling van hetgeen Gerritsen overigens aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd, kan daarom achterwege blijven. Het enkele voortbestaan van het dienstverband sinds 1 juli 2013 kan er echter niet toe leiden dat de loonvordering van Gerritsen onverkort wordt toegewezen. Na de door hem op 15 maart 2013 gevlagde voetbalwedstrijd heeft Gerritsen geen werkzaamheden meer voor de KNVB verricht. Uit het UWV-deskundigenoordeel van 19 november 2013 maakt de kantonrechter, met partijen, op dat van een verhindering tot werken wegens ziekte geen sprake is geweest. Of Gerritsen zich op 20 maart 2013 ziek heeft gemeld, kan daarom in het midden worden gelaten. Op de loondoorbetaling tijdens arbeidsongeschiktheid, zoals omschreven in artikel 8 lid 2 van de CAO, heeft Gerritsen derhalve geen recht. Dat hij vanaf 20 maart 2013 wegens een tekortschietende fysieke conditie niet meer op voetbalwedstrijden kon worden ingedeeld, komt voor de toepassing van artikel 7:628 BW niet voor rekening van de KNVB. Dat Gerritsen zijn training enige tijd heeft veronachtzaamd, komt voor zijn risico en hij heeft daarom over de afgelopen periode geen recht op gemiste additionele wedstrijdvergoedingen. Vanaf 1 juli 2013 heeft hij, zolang aan de arbeidsovereenkomst geen rechtsgeldig einde is gekomen, wèl recht op de maandelijks basis wedstrijdvergoeding. Dat daar geen arbeidsinspanning van Gerritsen tegenover heeft gestaan, blijft voor rekening van de KNVB, die zich op het – naar hierboven is overwogen: onjuiste – standpunt is blijven stellen dat het dienstverband op 30 juni 2013 was geëindigd. Het ligt op grond van dit vonnis in de rede dat partijen met elkaar afspreken wanneer Gerritsen opnieuw kan deelnemen aan een conditietest. Zodra hij deze test met goed gevolg heeft afgelegd, zal de KNVB hem weer op de gebruikelijke wijze moeten inzetten. Indien Gerritsen zijn conditie niet tot het voor zijn werk vereiste niveau wil of kan verbeteren, zal de KNVB zich alsnog over een einde van het dienstverband kunnen beraden.

4.10. De gevorderde wettelijke verhoging wegens te late betaling van de basis wedstrijdvergoeding over de maanden juli tot en met november 2013 is toewijsbaar overeenkomstig de in artikel 7:625 BW geregelde opbouw en tot het daarin gestelde maximum van 50%. Voor een matiging van dit maximum percentage ziet de kantonrechter op grond van de omstandigheden van dit geval geen reden. De wettelijke verhoging over het loon over de maanden december 2013 en volgende wordt afgewezen, omdat Gerritsen zich door tenuitvoerlegging van dit vonnis in het vervolg kan verzekeren van tijdige loonbetaling. De wettelijke rente over het loon is niet afzonderlijk weersproken en wordt toegewezen, zoals hierna omschreven.

4.11. De KNVB wordt, als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij, veroordeeld in de proceskosten. Deze worden aan de zijde van Gerritsen, tot dit vonnis, begroot op € 848,=, bestaande uit € 448,= aan vastrecht en € 400,= aan salaris gemachtigde. De wettelijke rente over deze proceskosten wordt toegewezen, zoals hierna omschreven.

De beslissing

De kantonrechter:

geeft de volgende onmiddellijke voorziening:

veroordeelt de KNVB om aan Gerritsen te voldoen de geldende basis wedstrijdvergoeding over de periode vanaf 1 juli 2013 totdat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd, vermeerderd met de wettelijke rente hierover vanaf de opeisbaarheid van de respectievelijke maandelijks termijnen tot de voldoening;

veroordeelt de KNVB om aan Gerritsen te voldoen de wettelijke verhoging wegens te late betaling van de basis wedstrijdvergoedingen over de maanden juli tot en met november 2013, overeenkomstig de in artikel 7:625 BW geregelde opbouw en tot het daarin gestelde maximum van 50%;

veroordeelt de KNVB tot betaling van de proceskosten aan de zijde van Gerritsen, tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 848,=, waarin begrepen € 400,= aan salaris gemachtigde, te voldoen binnen 14 dagen na de datum van dit vonnis, bij gebreke waarvan eerstgenoemd bedrag wordt vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

» Noot

Met de in 1999 ingevoerde ketenregeling van artikel 7:668a BW werd enerzijds beoogd tegemoet te komen aan de behoefte aan flexibiliteit van de werkgever en werden anderzijds, met het oog op de behoefte aan zekerheid van de werknemer, in duur en aantal beperkingen gesteld bij het overeenkomen van opeenvolgende tijdelijke contracten. Op grond van artikel 7:668a lid 5 BW kan bij cao (of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan) ten nadele van de werknemer worden afgeweken van de eerste vier leden van dit artikel. Deze afwijkingsmogelijkheid is niet gebonden aan nadere voorwaarden en in beginsel onbegrensd. In de wetsgeschiedenis is niet toegelicht in welke situaties bij cao zou kunnen worden afgeweken van de in artikel 7:668a BW gestelde grenzen aan het sluiten van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Artikel 7:668a BW valt onder de werkingssfeer van het Europese recht. In Richtlijn 1999/70/EG (betreffende de raamovereenkomst van Europese sociale partners inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd) worden voorwaarden gesteld bij het sluiten van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. In hun overwegingen bij de in de Richtlijn opgenomen raamovereenkomst namen Europese sociale partners op dat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de normale arbeidsverhouding zijn (overweging 6), arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd typisch zijn voor sommige sectoren, beroepen en activiteiten en zowel de werkgevers als de werknemers goed kunnen uitkomen (overweging 8) en het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd op basis van objectieve gronden een manier is om misbruik te voorkomen (overweging 7).

Om misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te voorkomen is in clause 5 van de raamovereenkomst voor de lidstaten de verplichting opgenomen een of meer van de in deze clause opgenomen drie maatregelen in te voeren indien in de nationale wetgeving van de lidstaat geen vergelijkbare anti-misbruik bepalingen bestaan. Deze drie maatregelen zien op de vaststelling van (i) objectieve redenen die een vernieuwing van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd rechtvaardigen, (ii) de maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en/of (iii) het aantal malen dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd mogen worden vernieuwd. De Nederlandse wetgever heeft zich op het standpunt gesteld dat clause 5 niet hoefde te worden geïmplementeerd omdat in artikel 7:668a BW al een regeling was opgenomen met betrekking tot het gebruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (Kamerstukken II 2001/01, 27 661, nr. 3, p. 4). In de literatuur is in de afgelopen jaren betoogd dat de afwijkingsmogelijkheid bij cao op grond van art. 7:668a, lid 5 BW dermate veel flexibiliteit biedt in de mogelijkheid ten nadele van de werknemer opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan, dat zij op gespannen voet staat met de waarborgen die de Richtlijn beoogt te geven (zie o.a. D.J.B. de Wolff, Tien jaar ketenregeling, TAP 2009 Special 3, A.G. Veldman, Europese bescherming in geval van tijdelijk dienstverband: barrière voor een flexibele arbeidsmarkt?, SMA 2007/3 en F.J.L. Pennings, Moeilijker handhaving van op sociale dialoog gebaseerde regulering? De Raamovereenkomst arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en Küçük-arrest, NTER 2012/7). De aanleiding hiervoor vormde jurisprudentie van het Hof van Justitie waarin werd geoordeeld dat een bepaling in de wetgeving van de lidstaat die meebrengt dat een werknemer geen bescherming heeft bij de vernieuwing van tijdelijke contracten, op zichzelf geen objectieve grond vormt voor het aangaan van tijdelijke contracten, zoals wordt vereist door de Richtlijn. Het begrip 'objectieve redenen' in de Richtlijn vereist naar het oordeel van het Hof van Justitie dat het gebruik van tijdelijke contracten wordt gerechtvaardigd door concrete elementen die met name verband houden met de betrokken activiteit en de uitvoeringsvoorwaarden ervan (HvJ EG 4 juli 2006, «JAR» 2006/175 (Adeneler) en HvJ EU 26 januari 2012, «JAR» 2012/76 m.nt. Knipschild (Küçük). Pennings leidt uit deze jurisprudentie af dat de criteria voor vernieuwing van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in de wettelijke regeling van de lidstaat zelf moeten staan. Dit zou betekenen dat in artikel 7:668a lid 5 BW moet worden opgenomen in welke omstandigheden en/of op welke wijze bij cao van de in dat artikel opgenomen ketenregeling kan worden afgeweken. Ook Rayer meent dat in plaats van de open afwijkingsmogelijkheid in artikel 7:668a lid 5 BW wettelijke grenzen moeten worden gesteld aan het bij cao afwijken van de ketenregeling (C.W.G. Rayer, Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014, p. 328). Of de Richtlijn hiertoe verplicht, is echter de vraag. Bouwens heeft gewezen op clause 8 lid 4 van de in de Richtlijn opgenomen raamovereenkomst waarin is opgenomen dat sociale partners op het daartoe geschikte niveau van de raamovereenkomst afwijkende afspraken kunnen maken (W.H.A.C.M. Bouwens, De CAO Nederlandse Universiteiten en Richtlijn 1999/70/EG, Dare 2005 (internetpublicatie). Volgens Veldman hoeven de afwijkingsmogelijkheden niet in artikel 7:668a lid 5 BW te worden opgenomen, maar kunnen afwijkende cao-afspraken in strijd zijn met de Richtlijn wanneer geen sprake is van objectieve redenen.

In de lagere rechtspraak van de afgelopen jaren is een enkele maal onder verwijzing naar de Richtlijn (terzijde) overwogen dat een cao-afpraak waarin het ontstaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor altijd was uitgesloten, of zonder goede reden niet werd verlengd met een beroep op een cao-afpraak (waarin was afgeweken van artikel 7:668a BW) in strijd is met de Richtlijn (Hof Amsterdam 26 juli 2007, «JAR» 2007/243 en Ktr. Heerlen 4 september 2008, «JAR» 2008/270). De kantonrechter Utrecht gaat aanmerkelijk verder in de onderhavige uitspraak en in zijn hierna onder «JAR» 2014/44 opgenomen uitspraak van 9 januari 2014. In de onderhavige uitspraak oordeelt de kantonrechter Utrecht dat de bewoordingen van artikel 7:668a lid 5 BW ruimte laten voor een restrictieve interpretatie van de wettelijke mogelijkheid om bij cao ten nadele van de werknemer af te wijken van de ketenregeling. De kantonrechter wijst daarbij op de Richtlijn en de overwegingen van het Hof van Justitie in het Adeneler-arrest alsmede op wat werd beoogd met de in 1999 in werking getreden ketenregeling. Nu door de werkgever geen "precieze en concrete omstandigheden" zijn aangevoerd die rechtvaardigen dat de werknemer jarenlang op basis van tijdelijke contracten werkzaam is, is een beroep op de afwijkingsmogelijkheid in de cao naar het oordeel van de kantonrechter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, en daarmee in strijd met het goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW. In zijn hierna onder «JAR» 2014/44 opgenomen uitspraak van 9 januari 2014 komt de kantonrechter te Utrecht eveneens op basis van een richtlijnconforme uitleg van artikel 7:668a lid 5 BW tot een tegengesteld oordeel. In deze zaak bestond naar het oordeel van de kantonrechter wel een objectieve reden die afwijking van de ketenregeling rechtvaardigde. Voorts waren hier de totale duur van de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en het aantal tijdelijke contracten dat tijdens deze periode kon worden gesloten aan een maximum gebonden. Ik acht deze restrictieve richtlijnconforme interpretatie van artikel 7:668a lid 5 BW, mede gelet op wat werd beoogd met de in 1999 in werking getreden ketenregeling, goed verdedigbaar. Dat de tekst van artikel 7:668a lid 5 BW meer ruimte laat, staat daaraan niet in de weg (vgl. HR 5 april 2013, «JAR» 2013/125 r.o. 3.7 en HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412 r.o. 3.5).

De restrictieve interpretatie van artikel 7:668a lid 5 BW door de kantonrechter te Utrecht moet mijns inziens ook in verband worden gezien met de voorgestelde wijzigingen van artikel 7:668a BW in het op 29 november 2013 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel Werk en Zekerheid. Hierin is de mogelijkheid waarin bij cao kan worden afgeweken van de ketenregeling in duur beperkt (4 jaar) en is het aantal contracten voor bepaalde tijd gemaximeerd (6 contracten). Voorts is in het wetsvoorstel afwijking bij cao alleen nog mogelijk indien sprake is van een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW (dit ziet dan op de periode na de in artikel 7:691 BW bedoelde periode) of wanneer de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering de verlenging en/of uitbreiding van het aantal contracten vereist. Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel volgt dat met de voorgestelde beperking van de in artikel 7:668a lid 5 BW

opgenomen afwijkmogelijkheid bij cao wordt beoogd de ketenregeling in overeenstemming te brengen met de Richtlijn (Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 75). Mijns inziens voldoet het wetsvoorstel in dat kader. Daar doet niet aan af dat wordt voorgesteld in een nieuw achtste lid van artikel 7:668a BW de mogelijkheid op te nemen dat de Minister van SZW kan bepalen dat de ketenregeling bij cao (of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan) buiten toepassing wordt verklaard voor bepaalde functies in een bedrijfstak. Uit de memorie van toelichting volgt dat wordt beoogd deze mogelijkheid in een beperkt aantal gevallen te gebruiken en in die regeling uitzonderlijke sectoren aan te wijzen, zoals de profvoetbalsector en daarbinnen dan specifiek de functie profvoetballer (Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 96). Ik acht voorshands niet aannemelijk dat een profvoetballer met succes zal kunnen betogen dat het ontbreken van bescherming bij de vernieuwing van tijdelijke contracten in strijd is met de Richtlijn. Ook hier kan naar mijn mening echter niet worden uitgesloten dat omstandigheden denkbaar zijn op basis waarvan het Hof van Justitie zou kunnen oordelen dat geen sprake is van objectieve redenen die het gebruik van tijdelijke contracten rechtvaardigen.

mr. dr. J.P.H. Zwemmer,