

40

Flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs

P R E A D V I E S

Frans Brekelmans
Guus Heerma van Voss
Willem Lindeboom

VvO Vereniging voor Onderwijsrecht

2021



Flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs

Flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs

VvO Vereniging voor Onderwijsrecht 2021

40

Preadvies

Frans Brekelmans

Guus Heerma van Voss

Willem Lindeboom

Secretariaat Vereniging voor Onderwijsrecht
E-mail: secretaris@vonderwijsrecht.nl

Vormgeving omslag: Villa Y, Henxel
Zetwerk: Imago Media Builders, Amersfoort

NUR: 840

© Sdu B.V., Den Haag, 2021

Sdu B.V.

Postbus 20025, 2500 EA Den Haag, tel. (070) 378 99 11

Nadere informatie over de uitgaven van Sdu B.V. vindt u op www.sdu.nl.

Alle rechten voorbehouden. Behalve de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervaelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens kopiëren dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich te wenden tot de stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Vanwege de aard van de uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht. Uw persoonlijke gegevens worden door ons zorgvuldig behandeld en beveiligd. Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u op uw vakgebied van informatie te voorzien over gelijksoortige producten en diensten van Sdu. Voor het toesturen van informatie over (nieuwe) producten en diensten gebruiken wij uw e-mailadres alleen als u daarvoor toestemming heeft gegeven. Uw toestemming kunt u altijd intrekken door gebruik te maken van de afmeldlink in het toegezonden e-mailbericht. Als u in het geheel geen informatie wenst te ontvangen over producten en/of diensten, dan kunt u dit laten weten aan Sdu Klantenservice: informatie@sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzegtermijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system of any nature, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written permission of the publisher.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu B.V. neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

Inhoudsopgave

1	Inleiding / 7
1.1	Aanleiding voor de keuze van het onderwerp / 7
1.2	Vraagstelling van het preadvies / 7
1.3	Methode van aanpak / 7
2	Flexibele arbeidsrelaties in het arbeidsrecht / 9
2.1	Historische ontwikkeling / 9
2.2	Bestaan van een arbeidsovereenkomst / 14
2.3	Afbakening van zelfstandige arbeid / 17
2.4	De rol van rechtsvermoedens / 24
2.5	Conclusie / 26
3	Afzonderlijke flexibele arbeidsrelaties / 27
3.1	Deeltijdwerk / 27
3.2	Arbeid voor bepaalde tijd / 33
3.3	Oproepwerk / 49
3.4	Uitzendwerk / 57
3.5	Payrollwerk / 61
3.6	Conclusie / 66
4	Flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs / 67
4.1	Inleiding / 67
4.2	Bijzondere redenen voor het gebruik van flexibele arbeidsrelaties / 67
4.3	Enkele cijfers / 73
4.4	Algemene opmerkingen / 74
4.5	Primair onderwijs / 75
4.6	Voortgezet onderwijs / 78
4.7	Middelbaar beroepsonderwijs / 80
4.8	Hoger beroepsonderwijs / 81
4.9	Wetenschappelijk onderwijs / 83
4.10	Conclusie / 85
5	Bepalingen in onderwijs-cao's over flexibele arbeidsrelaties / 87
5.1	Historische ontwikkeling / 87
5.2	Primair onderwijs / 92

5.3	Voortgezet onderwijs / 95
5.4	Middelbaar beroepsonderwijs en volwasseneducatie / 98
5.5	Hoger beroepsonderwijs / 100
5.6	Universiteiten / 102
5.7	Onderwijsbestuurders / 106
5.8	Onbevoegde werknemers / 108
5.9	Tijdelijke uitbreiding / 113
5.10	Conclusie / 117
6	Toekomstige richting / 119
6.1	De huidige stand van zaken / 119
6.2	Actuele ontwikkelingen / 120
6.3	Herbezinning op het gebruik van flexibele arbeidsrelaties / 124
Stellingen behorende bij het Preadvies / 129	
Flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs / 129	
Vereniging voor Onderwijsrecht 2021 / 129	
De auteurs / 131	

1 **Inleiding**

1.1 **Aanleiding voor de keuze van het onderwerp**

In het onderwijs wordt – in aansluiting op de ontwikkeling in het arbeidsrecht – sinds de jaren 1990 ruim gebruikgemaakt van flexibele arbeidsrelaties. In het arbeidsrecht staat deze ontwikkeling ter discussie, omdat de balans tussen flexibiliteit voor de werkgever en werkzekerheid voor de werknemer erdoor onder druk staat. Een en ander maakt het voor de theorie en de praktijk van het onderwijsrecht van belang om deze ontwikkeling nader te doordenken.

1.2 **Vraagstelling van het preadvies**

In dit preadvies wordt de betekenis van flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs geschetst, hun juridische regeling besproken en worden praktische problemen hierbij geanalyseerd.

De centrale vraag van het preadvies is op welke wijze flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs in de toekomst dienen te worden benaderd.

1.3 **Methode van aanpak**

Om te komen tot beantwoording van de vraagstelling van het preadvies wordt in hoofdstuk 2 eerst de opkomst van flexibele arbeidsrelaties in het arbeidsrecht besproken, waarbij aandacht wordt geschonken aan de redenen voor een toenemend gebruik en de vraag in hoeverre deze redenen ook in de onderwijssector gelden. Hierbij wordt ook stilgestaan bij de centrale plaats van de arbeidsovereenkomst in het arbeidsrecht, de opkomst van zelfstandige arbeid en de toenemende moeilijkheden bij de afbakening met de traditionele vorm van arbeid in ondergeschikt verband.

Hoofdstuk 3 beschouwt de juridische aspecten van de voor het onderwijs belangrijkste flexibele arbeidsrelaties, te weten deeltijdarbeid, arbeid voor bepaalde tijd, oproepwerk, uitzendwerk en payrollwerk. Deze bespreking kan enerzijds nuttig zijn als handleiding bij het gebruik van flexibele arbeidsrelaties en anderzijds ertoe dienen om de problemen rond deze vormen van arbeid te analyseren.

Vervolgens wordt in hoofdstuk 4 de feitelijke situatie gezien van flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs. Daartoe worden eerst enkele specifieke factoren behandeld van de onderwijssector die het gebruik van flexibele arbeidsrelaties kunnen beïnvloeden. Vervolgens zijn getalsmatige gegevens verzameld om een indruk te krijgen van de mate

van gebruik van de verschillende flexibele arbeidsrelaties in de verschillende sectoren van het onderwijs.

In hoofdstuk 5 worden de cao's van de onderwijssector geanalyseerd op daarin neergelegd beleid ten aanzien van flexibele arbeidsrelaties en specifieke bepalingen voor de vormgeving daarvan.

Hoofdstuk 6 sluit het preadvies af met een slotbeschouwing. Daarin worden eerst de conclusies van de afzonderlijke hoofdstukken samengevat. Vervolgens worden actuele ontwikkelingen besproken op het gebied van het beleid ten aanzien van flexibele arbeidsrelaties. Ten slotte wordt de centrale vraag van dit preadvies beantwoord en worden daarmee enkele bespiegelingen gegeven over de toekomst van flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs.

Taakverdeling tussen de preadviseurs

De hoofdstukken 2 en 3 van het preadvies zijn primair geschreven door Heerma van Voss, hoofdstuk 4 door Brekelmans en hoofdstuk 5 door Lindeboom. Daarnaast hebben de preadviseurs ook bijdragen geleverd aan en commentaar gegeven op elkaars hoofdstukken, waardoor het een gemeenschappelijk werkstuk is geworden. De slotbeschouwing is in gezamenlijke discussie tot stand gekomen.

Hoewel de opvattingen van de preadviseurs op sommige punten uiteenlopen, kunnen zij zich allen vinden in de uiteindelijk geformuleerde tekst. Daarbij hebben zij gestreefd naar een combinatie van arbeidsrechtelijke en onderwijsrechtelijke inzichten. Zij hopen dat het preadvies enerzijds kan dienen als informatiebron en naslagwerk voor de praktijk en anderzijds kan inspireren tot een vruchtbare discussie over de toekomst van flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs.

2 Flexibele arbeidsrelaties in het arbeidsrecht

2.1 Historische ontwikkeling

Sinds jaar en dag is het vaste arbeidscontract voor velen de norm voor de relatie tussen werkgever en werkende. De laatste decennia hebben flexibele arbeidsrelaties echter een enorme vlucht genomen. Die ontwikkeling is aan het onderwijs niet voorbij gegaan.

Ontwikkeling van de rechtspositie van het onderwijspersoneel

Voor de Tweede Wereldoorlog bood in het bedrijfsleven het arbeidscontract voor onbepaalde tijd nog maar weinig bescherming. De ontslagbescherming was in het civiele arbeidsrecht toen immers nog zeer beperkt. In de private sector ontleenden werknemers soms juist meer zekerheid aan een contract voor bepaalde tijd: voor de overeengekomen tijdsduur was men van werk (en vooral inkomen) verzekerd.

Voor ambtenaren lag dat echter anders. De eenzijdige aanstelling door de overheid en hun afhankelijkheid van politieke machtswisselingen, leidde ertoe dat de ambtelijke rechtspositie al vanaf het begin van de eeuw werd verstevigd in de ambtenarenreglementen van de verschillende overheden. Dit proces werd versterkt door de Ambtenarenwet van 1929. Ambtenaren ontleenden hieraan een grotere zekerheid in de duur van hun aanstelling en in hun arbeidsvoorwaarden. Leerkrachten in het openbare onderwijs volgden automatisch deze ontwikkeling van de ambtelijke arbeidsverhouding. Het personeel van het bijzonder onderwijs werd aangesteld op arbeidsovereenkomst. Wat betreft de arbeidsvoorwaarden viel het openbare onderwijs rechtstreeks onder het Rechtspositiebesluit onderwijs.¹ De toepassing van deze arbeidsvoorwaarden werd tevens als voorwaarde gesteld voor de bekostiging van het bijzonder onderwijs. Het Rechtspositiebesluit maakte in deze instellingen onderdeel uit van de arbeidsovereenkomst (die in de praktijk akte van benoeming was genaamd).²

Rechtsbescherming voor ambtenaren werd geboden door de laagdrempelige ambtenarenrengerechten en de Centrale Raad van Beroep. In het bijzonder onderwijs werd de rechtsbescherming uiteraard geboden door de kantonrechter, met in hoger beroep de rechtbank (later: het gerechtshof) en in cassatie de Hoge Raad. Om op een gelijk niveau te komen met de ambtelijke rechtsbescherming van het openbaar onderwijs werden voor het bijzonder onderwijs aanvullend de commissies van beroep ingesteld, die vaak

1 Voor het wetenschappelijke onderwijs en later ook het hoger beroepsonderwijs golden aparte rechtspositiebesluiten.

2 Zie voor de ontwikkeling van het Rechtspositiebesluit naar cao's: paragraaf 5.1.

de ambtenarenjurisprudentie volgden.³ Daarom was de rechtspositie van het gehele onderwijspersoneel al voor de oorlog relatief goed geregeld. Dit nam overigens niet weg dat de werknemer in het bijzonder onderwijs een arbeidsovereenkomst met zijn werkgever had, met als gevolg dat het arbeidsovereenkomstenrecht van het Burgerlijk Wetboek (tevens) voluit van toepassing was.

Na de oorlog is het privaatrechtelijke arbeidsrecht belangrijk uitgebreid. De arbeidsvoorwaarden zijn met de welvaartsontwikkeling flink verbeterd, de sociale zekerheid is uitgebreid tot een veelomvattende verzorgingsstaat en de rechtsbescherming tegen ontslag werd door de invoering van de preventieve ontslagtoets na de oorlog en de uitbreiding van het civielrechtelijke ontslagrecht in 1954 belangrijk versterkt. Tot ongeveer 1980 werd de ambtelijke rechtspositie niettemin nog vaak geprefereerd, onder meer vanwege de nog steeds sterkere cultuur van ontslagbescherming en de goede pensioenvoorziening.

Na die tijd is de ambtelijke rechtspositie echter geleidelijk meer op één lijn gebracht met die van werknemers naar burgerlijk recht. Hiervoor bestond een aantal redenen. In de eerste plaats ontbrak een rechtvaardiging voor een afwijkende positie van ambtenaren, nu de positie van gewone werknemers belangrijk was verbeterd. Daarnaast kregen ook overheidswerkgevers behoefte aan meer flexibiliteit teneinde de arbeidsorganisatie te kunnen moderniseren en flexibiliseren. Ten slotte wilden ook de werknemers in de publieke sector een meer gelijkwaardige onderhandelingspositie in het arbeidsvoorwaardenoverleg.

Deze laatste behoefte werd versterkt toen de overheid in de jaren 1980 noodzakelijke bezuinigingen op de overheidsbegroting ging vinden door kortingen op ambtenarsalarissen en premies voor de ambtelijke pensioenen. Normalisering van de ambtelijke rechtspositie werd stap voor stap gerealiseerd en in 2020 afgesloten met de invoering van de civielrechtelijke arbeidsovereenkomst als juridische basis ook voor de ambtelijke arbeidsverhouding.⁴ Sindsdien valt de gehele onderwijssector onder het civielrechtelijke arbeidsrecht.⁵ Voor het bijzonder onderwijs had dit tot gevolg dat de verplichte aansluiting van de werkgever bij een commissie van beroep uit de onderwijswetgeving werd geschrapt. Voor de rechtsbescherming volgt hieruit dat in de gehele onderwijssector de kantonrechter bevoegd is tot behandeling van geschillen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst, met de mogelijkheid van hoger beroep op het gerechtshof en daarna cassatieberoep op de Hoge Raad.

3 Zie voor de commissie van beroep: B.J. van der Net, *Kringenrechtspraak voor leerkrachten bij het bijzonder onderwijs* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977; W.J.J. Beurskens, *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1991; E. van Vliet, *Commissies van beroep in het bijzonder onderwijs* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2016.

4 Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra).

5 F.H.J.G. Brekelmans & E. van Vliet, 'Wet normalisering rechtspositie ambtenaren en het openbaar onderwijs', *School en Wet*, 2018-3, p. 10-15; F.H.J.G. Brekelmans, W. Lindeboom, L.C.J. Sprengers & E. van Vliet, *Advies Op weg naar één arbeidsrecht voor de gehele onderwijssector. Gevolgen van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) voor ambtenaren in het openbaar primair en voortgezet onderwijs en aandachtspunten en aanbevelingen voor cao-partijen*, Utrecht: Expertisecentrum Onderwijsgeschillen 2019.

Oorsprong van flexibele arbeidsrelaties

Flexibele arbeidsrelaties zijn al vanouds bekend in het arbeidsrecht, vooral voor incidentele inzet. Bepaalde werkzaamheden, zoals laden en lossen, oogsten, het geven van cursussen, het bedienen in winkels en horecagelegenheden en optreden van artiesten leidden tot onregelmatige behoefte aan (aanvullende) arbeid. Er moest tijdelijk (extra) personeel worden aangetrokken omdat het vaste personeelsbestand niet was afgestemd op onverwachte fluctuaties in de vraag naar dit werk of omdat er mensen nodig waren die over specialistische kennis of vaardigheden beschikten. Ook kon (extra) personeel nodig zijn wegens tijdelijke afwezigheid van vaste personeelsleden door ziekte, vakantie en dergelijke. Bij winkels en seizoenbedrijven moest in perioden van grote drukte het personeelsbestand gedurende de toptijden tijdelijk worden aangevuld. Ook in het onderwijs worden flexibele arbeidsrelaties op deze wijze al decennia ingezet, bijvoorbeeld om zieke leerkrachten te vervangen. Zo werden in de tijd dat onderwijzeressen gewoonlijk na hun huwelijk of moederschap met lesgeven stopten, voormalig lerarissen wel opgeroepen als invalkracht.

Structurele inzet van flexibele arbeidsrelaties

Sinds ongeveer 1980 worden flexibele arbeidsrelaties echter in het arbeidsrecht in toenemende mate structureel ingezet. Nieuw was vanaf die tijd dat de voor de flexibele vormen van arbeid gebruikte constructies op grotere schaal werden toegepast dan daarvoor, teneinde tegemoet te komen aan een grotere behoefte om uit concurrentieoverwegingen arbeid doelmatig in te zetten. Ook arbeidsrechtelijk is daardoor in die periode meer aandacht ontstaan voor de verschillende vormen van flexibel werk. Reden voor het toegenomen gebruik lijkt in de eerste plaats de gedachte dat ontslagbescherming het moeilijk maakt om van vast personeel zo nodig weer af te komen. Daarnaast is sinds de jaren 1990 de doorbetaling van loon tijdens ziekte gedurende de ziekteperiode van maximaal twee jaar ingevoerd, met de bijbehorende verplichtingen voor de werkgever tot re-integratie van de zieke werknemer in het arbeidsproces. Het risico hierop vinden veel werkgevers ook vaak belastend en vormt daardoor mede een reden tot terughoudendheid met het aangaan van langlopende arbeidsrelaties. Administratieve belasting maakt vervolgens het uitbesteden van werkgeverstaken bij kortdurende dienstverbanden aan intermediairs, zoals uitzendbureaus, aantrekkelijk. In het onderwijs was ook meer sprake van snellere wijziging van omstandigheden. Zo maakten de toenemende aantallen leerlingen en studenten en bezuinigingen op de overheidsuitgaven de jaarlijkse budgettering kraker. Dit vereiste daardoor meer flexibiliteit in het personeelsbestand. Ook het toezicht op de kwaliteit van het onderwijs en de mondigheid van ouders en leerlingen/studenten is geïntensiveerd, waardoor het functioneren van docenten indringender ter discussie staat. Het universitaire onderzoek werd vaker gefinancierd op basis van projecten, die in concurrentie moesten worden verworven. Het onderwijs kreeg ook meer te maken met opdrachtonderwijs en onderzoek, waarnaar een wisselende vraag bestond.

Inpassing in het arbeidsrecht

De flexibele arbeidsverhoudingen die in de afgelopen veertig jaar in het arbeidsrecht zijn ontwikkeld, betroffen met name oproeparbeid, thuiswerk, uitzendwerk en freelancewerk. Payrollwerk is later opgekomen als variant op uitzendwerk. Bij deze vormen van arbeid stond aanvankelijk ter discussie of deze op basis van een arbeidsovereenkomst werden verricht. Naarmate deze vormen van arbeid meer werden geïnstitutionaliseerd, verschoof de discussie naar de vraag welke rechten en plichten aan de arbeidsverhouding – hoe ook gekwalificeerd – zijn verbonden. Ook deeltijdwerk en arbeid op basis van contracten voor bepaalde tijd worden gerekend tot de flexibele arbeidsrelaties. Bij deze twee vormen staat het bestaan van een arbeidsovereenkomst als zodanig gewoonlijk niet ter discussie.⁶ Ten slotte heeft in de periode sinds 1990 ook het gebruik van zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) grote omvang aangenomen. Gestund door ruime belastingfaciliteiten om ondernemerschap te bevorderen, werden ook arbeidskrachten ingeschakeld als zzp'er die vroeger een arbeidsovereenkomst zouden hebben gekregen.

Aanpak via cao's en rechtspraak

Het toegenomen gebruik van flexibele arbeidsrelaties heeft wel geleid tot het opnemen van cao-bepalingen om het gebruik nader te reguleren, maar die beperken het gebruik van deze contractvormen toch maar marginaal.⁷

Ook zijn via rechterlijke procedures de grenzen van het gebruik van flexibele arbeidsrelaties verkend. In het algemeen hebben ook rechters de ontwikkeling van deze contractvormen echter niets principieel in de weg gelegd. De rechtspraak pleegt zich te richten op afzonderlijke concrete casusposities en legt daarbij alleen praktijken aan banden die duidelijk in strijd zijn met de bedoeling van de wetgever.⁸ Zo werd de figuur van oproepwerk in de rechtspraak zonder veel problemen op pragmatische gronden aanvaard, ook als deze relaties – in tegenstelling tot het traditionele arbeidscontract – nauwelijks zekerheid boden over de omvang van het werk.

Aanpak door de wetgever

Rond de eeuwwisseling is de wetgever in actie gekomen op het gebied van de flexibele arbeidsrelaties. Naar aanleiding van een akkoord in de Stichting van de Arbeid in 1996 is in 1999 de Wet flexibiliteit en zekerheid ingevoerd, waarin nadere regels werden gesteld.⁹ De wet verruimde het gebruik van uitzendwerk, maar bracht dit ook

6 Zie over deze materie uitvoerig D.J.B. de Wolff & E. Verhulp (red.), *Flexibele arbeidsrelaties* (Monografieën Sociaal Recht nr. 25), Deventer: Wolters Kluwer 2017. In dit boek is overigens de Wet arbeidsmarkt in balans die in 2020 werd ingevoerd nog niet verwerkt.

7 Zie voor cao-bepalingen op dit gebied in het onderwijs hierna hoofdstuk 5.

8 Ook de recente jurisprudentie over de vraag of degenen die werken voor platforms die digitaal werkzaamheden coördineren (zoals *Deliveroo*, *Über* en *Booking.com*) als werknemer van die platforms moeten worden gezien, wordt van geval tot geval bekeken aan de hand van de feitelijke omstandigheden. Al lijkt er zich inmiddels – ook internationaal – een lijn in de jurisprudentie af te tekenen dat platforms die vervoers- en bezorgdiensten organiseren als werkgever worden beschouwd.

9 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300 (*Wet flexibiliteit en zekerheid, Wfz*).

uitdrukkelijk onder het stelsel van de arbeidsovereenkomst en het cao-recht. Daarnaast werden rechtsvermoedens ingevoerd om partijen te bewegen duidelijker af te spreken wat de aard en de omvang van de arbeidsrelatie waren. Het aantal mogelijke opvolgende contracten voor bepaalde tijd werd gelimiteerd, maar de mogelijkheid tot het hebben van drie aansluitende tijdelijke contracten zonder opzegverplichting werd ingevoerd. Ontduiking van beschermende regels werd bemoeilijkt. Voor oproepcontracten met een beperkte en onzekere omvang werd een minimale beloning van drie uur loon per opdracht voorgeschreven. Daarnaast werd in aparte wetten op grond van EU-richtlijnen het onderscheid in rechten en plichten verbonden aan deeltijdwerk en voltijdwerk,¹⁰ respectievelijk vaste en tijdelijke contracten¹¹ beperkt. Ook uitzendwerk werd door een EU-richtlijn nader beschermd.¹² Deze stroom van wetgeving heeft uiteindelijk de groei van het aantal flexibele arbeidsrelaties niet wezenlijk afgeremd. Het gebruik van flexibele arbeidsrelaties lijkt er in sommige opzichten eerder door gefaciliteerd.

In 2015 is er vervolgwetgeving gekomen. In de Wet werk en zekerheid (Wwz) werd het aantal opeenvolgende tijdelijke contracten beperkt en werd de mogelijkheid om arbeidsrechtelijke bescherming te ontwijken verder teruggedrongen.¹³ De niettemin voortdurende praktijk noopte tot een nieuwe aanscherping in de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) van 2020. In deze wet werd enerzijds het aantal opeenvolgende tijdelijke contracten weer verruimd, terwijl anderzijds ontwijkingsmogelijkheden verder werden beperkt. Via een systeem van per contractvorm gedifferentieerde premies voor de WW werd getracht het gebruik van flexibele arbeidsrelaties minder aantrekkelijk te maken. Voor het eerst werd ook payrollwerk wettelijk ingekaderd. De regeling voor oproepwerk werd aanzienlijk uitgebreid. De meest recente ontwikkeling uit Europa op dit gebied is de richtlijn die voorspelbare en transparante arbeidsvoorwaarden voorschrijft.¹⁴ Deze moet door Nederland formeel nog worden geïmplementeerd, maar de regeling voor oproepwerk voldoet reeds in hoge mate aan de eisen van deze richtlijn.

Al deze wetgeving bleef echter in lijn met het beleid in de voorafgaande jaren om betrekkelijk tolerant te zijn ten aanzien van de mogelijkheid om via flexibilisering van arbeidsrelaties ook de zekerheden van werknemers te beperken. In de maatschappelijke discussie werd daarom ondanks deze wettelijke regelingen toenemende kritiek geuit op wat vooral door vakorganisaties en sommige politieke partijen inmiddels de 'doorgesloten flexibilisering' werd genoemd.

10 Artikel 7:648 BW, ingevoerd door de Wet van 3 juli 1996, *Stb.* 1996, 391, ter implementatie van Richtlijn 97/81/EG van 15 december 1997 inzake deeltijdarbeid, *Pb. EG* 1998, L 41 en L 131.

11 Artikel 7:649 BW, ingevoerd door de Wet van 7 november 2002, *Stb.* 2002, 650, ter implementatie van Richtlijn 1999/70/EG van 28 juni 1999 inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *Pb. EG* 1999, L 175.

12 Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid, *Pb. EU* 2008, L 327.

13 Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216 (*Wet werk en zekerheid, Wwz*).

14 Richtlijn (EU) 2019/1152 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende voorspelbare en transparante arbeidsvoorwaarden in de EU, *Pb. EU* 2019, L 186, p. 105.

2.2 Bestaan van een arbeidsovereenkomst

Voor het toepasselijk zijn van de arbeidsrechtelijke bescherming van een arbeidskracht is het naar huidig recht in de eerste plaats van belang of de arbeidsrelatie het karakter heeft van een arbeidsovereenkomst.

Definitie van de arbeidsovereenkomst

De arbeidsovereenkomst is wettelijk gedefinieerd als de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten (artikel 7:610 BW). De arbeidsovereenkomst onderscheidt zich van de overeenkomst van opdracht (titel 7.7 BW, artikel 7:400 BW) en de overeenkomst van aanneming van werk (titel 7.12 BW, artikel 7:750 BW) door het element 'in dienst', dat de ondergeschiktheid van de werknemer aan het gezag van de werkgever meebrengt. Daarnaast zijn de elementen 'loon' en 'arbeid' essentieel. Deze drie essentiële elementen worden hierna ieder kort besproken.

Element 'in dienst'

Het element 'in dienst' wordt ook wel aangeduid met de termen 'gezagsverhouding' en 'ondergeschiktheid'. Het gaat hier om een cruciaal element om te onderscheiden van zelfstandige arbeid. Zo noemt de Hoge Raad de gezagsverhouding kenmerkend voor de arbeidsovereenkomst. Van belang is daarbij bijvoorbeeld of de werkgever de werknemer kan ontslaan.¹⁵

Het begrip 'gezagsverhouding' wordt tegenwoordig echter niet meer zo opgevat dat bepalend is of de werkgever daadwerkelijk aanwijzingen bij het werk geeft. Reeds het hebben van de bevoegdheid om aanwijzingen te geven, is voldoende. Dit komt ook tot uitdrukking in het tegenwoordig regelmatig gemaakte onderscheid tussen 'formeel gezag' en 'inhoudelijk gezag' en daarnaast tussen 'werkdiscipline' respectievelijk 'werkinhoud'. Voor veel werknemers beperken de instructies van de leidinggevende zich in hoge mate tot coördinatie en afstemming van hun werkzaamheden, meer dan dat zij in hun werk dagelijks aanwijzingen ontvangen. Dat heeft te maken met de grotere zelfstandigheid van veel werknemers door hogere opleidingen en verspreiding van werkzaamheden over meer locaties, waaronder tegenwoordig ook vaak thuiswerk.

Nu de beoordeling van de aanwezigheid van ondergeschiktheid daardoor minder eenvoudig kan plaatsvinden aan de hand van formele kenmerken, wordt de kwalificatievraag of er sprake is van ondergeschiktheid complexer. In geval van twijfel wordt de aanwezigheid van een ondergeschiktheidsverhouding daarom tegenwoordig beoordeeld aan de hand van verschillende factoren, zoals de vraag of de arbeid binnen een organisatorisch verband wordt verricht, of de arbeid een duurzaam of incidenteel karakter heeft, voor wiens risico het werk wordt gedaan, of de werkverschaffer sociale premies en loonbelasting inhoudt en afdraagt of dat juist degene die werkt zelf inkomstenbelasting en btw afdraagt en of de werkende andere aan het werknemerschap ver-

15 HR 14 juni 1991, NJ 1992/173 (Kruis/Christelijk Gereformeerde Kerk).

bonden rechten geniet, zoals (betaalde) vakantiedagen en doorbetaling bij ziekte. Uit de afweging van al deze factoren moet dan blijken of de werknemer de arbeid zelfstandig verricht, dan wel in ondergeschiktheid. Is geen ondergeschiktheid aanwezig, dan wordt een overeenkomst om arbeid tegen loon te verrichten beschouwd als een van opdracht. Advocaat-generaal Huydecoper heeft de te maken beoordeling in zijn conclusie bij het *Beurspromovendi*-arrest kenmerkend omschreven als een 'holistische' weging van de gezamenlijke omstandigheden, om vast te stellen of die in hun geheel opleveren dat de relatie als arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd.¹⁶

Opmerkelijk is dat artikel 7:402 BW ook de opdrachtnemer verplicht om gevolg te geven aan de aanwijzingen van de opdrachtgever omtrent de uitvoering van de opdracht. Het verschil is dan dat de opdracht een specifieke werkzaamheid betreft en de aanwijzingen slechts betrekking hebben op de uitvoering daarvan, terwijl de arbeidsovereenkomst een in beginsel onbepaalde inhoud heeft, die tijdens de arbeidsverhouding nader wordt ingevuld. De gezagsverhouding van de arbeidsovereenkomst brengt daardoor een veel omvangrijker aanwijzings- of instructiebevoegdheid van de werkgever mee.

De term 'gezag' begint in het moderne spraakgebruik ook uit de tijd te raken. Deze term legt de nadruk op de bevoegdheid van de werkgever om instructies te geven, terwijl dat tegenwoordig veelal niet meer dagelijks gebeurt. De nadruk komt in de praktijk meer te liggen op het feit dat de werknemer deel uitmaakt van een organisatorisch verband, waarbinnen hij zijn werkzaamheden verricht en waaraan hij ondergeschikt is. Internationaal is de term 'ondergeschiktheid' als element van de arbeidsovereenkomst inmiddels ook gangbaarder. Daarbij wordt dan de vraag of ondergeschiktheid aanwezig is beoordeeld aan het (gezamenlijk of afzonderlijk) bestaan van de elementen werkinstructies, leiding en integratie in de arbeidsorganisatie.¹⁷

Element 'arbeid'

Het begrip 'arbeid' dient ruim te worden opgevat. De te verrichten '*arbeid*' kan zowel lichamelijk als geestelijk van aard zijn. Zelfs indien is overeengekomen dat de werknemer slechts aanwezig dient te zijn, maar ter plekke geen activiteiten hoeft te verrichten, bijvoorbeeld bij een bewakingsfunctie of wachtdienst, wordt dit als 'arbeid' aangemerkt. De tussen partijen gesloten overeenkomst of de van toepassing zijnde cao bepaalt welke arbeid bedongen is en gedurende welke tijd.

Wat de te vervullen functie precies inhoudt, is vaak moeilijk af te spreken, zeker als de overeenkomst voor onbepaalde tijd wordt aangegaan. Van de werknemer wordt dan verwacht dat hij flexibel is en zich aanpast aan veranderingen in de werkwijzen van de werkgever. Artikel 7:660 BW biedt de mogelijkheid de arbeidsinhoud tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst nader in te vullen.

16 A-G Huydecoper, conclusie bij HR 14 april 2006, NJ 2007/447, JAR 2006/119, RAR 2006/74 (*Beurspromovendi/UvA*).

17 Bernd Waas & Guus Heerma van Voss (eds.), *Restatement of Labour Law in Europe, Volume I, The Concept of Employee*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2017, p. xxiv en xliii-l.

De werktijd moet door partijen worden overeengekomen. De Arbeidstijdenwet en het Arbeidstijdenbesluit dienen hierbij in acht te worden genomen.

De arbeid moet in het belang zijn van de werkgever. Vooral bij stages kunnen daar vragen over rijzen. Een stageovereenkomst, waarbij de activiteiten van de stagiair overwegend gericht zijn op het uitbreiden van eigen kennis en ervaring, mede met het oog op de voltooiing van een opleiding, is geen arbeidsovereenkomst.¹⁸ Een stage als advocaat zal in de regel wel op basis van een arbeidsovereenkomst plaatsvinden. Bij een stage in het onderwijs zal derhalve helder moeten worden afgesproken wat de rechten en verplichtingen van de stagiair zijn en daarmee worden bepaald of de stageovereenkomst eventueel (al dan niet ten dele) als een arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd.

De arbeid van een beurspromovendus bij de universiteit wordt ook geacht arbeid in de zin van artikel 7:610 BW te zijn, ongeacht het feit dat de promovendus voornamelijk een proefschrift voorbereidt ter verwerving van een academische graad. Aan het criterium van 'arbeid' wordt dan voldaan doordat promovendi met hun promotie een bijdrage leveren aan het onderzoek en de onderzoeksresultaten waarop de universiteit zich richt in het kader van haar maatschappelijke doelstellingen.¹⁹

De arbeid moet verder persoonlijk worden verricht (artikel 7:659 BW). De werknemer kan zich alleen met toestemming van de werkgever laten vervangen.

Element 'loon'

Het element 'loon' is niet nader wettelijk gedefinieerd. Volgens de jurisprudentie wordt hiermee bedoeld op de overeengekomen tegenprestatie voor de arbeid.²⁰

Een reële onkostenvergoeding vormt geen loon. Een vrijwilliger of 'volontair' heeft geen arbeidsovereenkomst. Wordt echter wel een vergoeding betaald voor de arbeid, dan kan daarmee wel aan het element loon worden voldaan. Het maakt daarbij niet uit of deze vergoeding onder het minimumloon ligt. Door het voldoen aan het element loon kan een arbeidsovereenkomst ontstaan, waardoor de werkgever verplicht wordt alsnog het minimumloon of cao-loon te betalen. Kost en inwoning en een klein bedrag aan vakantiegeld en kerstgratificatie waren in het geval van de zaak-Bethesda/*Van der Vlies* reeds voldoende om aan te nemen dat een inwonende bejaardenverzorgster gedurende bijna dertig jaar een arbeidsovereenkomst had gehad, waardoor met terugwerkende kracht over vijf jaar loon moest worden aangevuld.²¹

Gedurende zekere tijd

Het begrip 'gedurende zekere tijd' dat ook voorkomt in de wettelijke definitie vormt naar de heersende opvatting geen zelfstandig element van de definitie van de arbeidsovereenkomst.

18 HR 29 oktober 1982, NJ 1983/230 (*Hesseling/Stichting Ombudsman*) en HR 10 juni 1983, NJ 1984/60 (*Groen/RK Ziekenverpleging*).

19 HR 14 april 2006, NJ 2007/447, JAR 2006/119, RAR 2006/74 (*Bonden/UvA – Beurspromovendus*).

20 HR 18 december 1953, NJ 1954/242.

21 HR 12 oktober 2001, NJ 2001/635, JAR 2001/217 (*Bethesda/Van der Vlies*).

Omdat hierover in de literatuur echter verschillend wordt gedacht, is bij de invoering van het Nieuw BW de term wel gehandhaafd in de definitie. In de toelichting bij artikel 7:610 BW werd vermeld dat ‘zekere tijd’ met name in die gevallen betekenis kan hebben als element, waarin men er niet goed uitkomt met het element gezagsverhouding, mede met het oog op het tegenwoordig veelvuldiger gebruik van flexibele arbeidsrelaties waarbij sprake is van een wisselende arbeidsinzet. In de praktijk speelt dit element echter zelden een doorslaggevende rol. Het element heeft nog aan betekenis verloren door de invoering van de rechtsvermoedens van artikel 7:610a BW en artikel 7:610b BW.²²

Conclusie

In het onderwijs wordt in de meeste gevallen gewerkt met de arbeidsovereenkomst als arbeidsverhouding. Wel is het in voorkomende gevallen – en zeker bij het gebruik van flexibele arbeidsrelaties – van belang het onderscheid scherp in het oog te houden met zelfstandige dienstverlening (waarbij het element ‘ondergeschiktheid’ ontbreekt), met stagiairs (waarbij het element ‘arbeid’ ontbreekt) en met vrijwilligerswerk (waarbij het element ‘loon’ ontbreekt). Het eerste onderscheid wordt in de volgende paragraaf nog verder besproken.

2.3 **Afbakening van zelfstandige arbeid**

Zelfstandige arbeid wordt gewoonlijk overeengekomen in een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW). Ten opzichte van de arbeidsovereenkomst ontbreekt hier het vereiste van ‘ondergeschiktheid’. In de praktijk van flexibele arbeidsrelaties is er tegenwoordig regelmatig aanleiding tot twijfel welk type overeenkomst van toepassing is.

Bij onduidelijkheid over het karakter van een arbeidsverhouding, is de tekst van de overeenkomst niet doorslaggevend, maar is ook van belang hoe aan de overeenkomst uitvoering wordt gegeven. De verhouding tussen deze beide elementen is in het arbeidsrecht een belangrijk discussiepunt. Een goed voorbeeld van de toepassing van deze doctrine vormt het arrest-*Agfa/Schoolderman*. De werkneemster had op basis van wisselende en op papier tijdelijke contracten gewerkt en was geleidelijk hetzelfde werk gaan doen als het vaste personeel. Het oorspronkelijke karakter van de arbeidsverhouding was volgens de Hoge Raad verloren gegaan, en tussen partijen was een arbeidsverhouding ontstaan die zich inhoudelijk in niets of vrijwel niets onderscheidde van arbeidsverhoudingen van vergelijkbaar vast personeel. De arbeidsverhouding moest dan ook op één lijn worden gesteld met die van het vaste personeel, ook al was formeel niet een wekelijks vast aantal arbeidsuren op vastgestelde tijden overeengekomen. De volgens de arbeidsovereenkomst formeel bestaande vrijheid bestond in feite niet meer. De aanvankelijk overeengekomen arbeidsvoorwaarden waren niet doorslaggevend, maar mede kwam betekenis toe aan de wijze waarop partijen in de praktijk aan de arbeids-

²² Zie hierna paragraaf 2.4.

overeenkomst uitvoering gaven en aldus daaraan een andere inhoud hebben gegeven.²³ Ongetwijfeld zal de maatschappelijk zwakke, economisch afhankelijke positie van de tijdelijke arbeidskracht bij dit oordeel hebben meegespeeld.

We zien hier een toepassing van het leerstuk 'het primaat van de feiten', ook wel aangeduid als 'wezen gaat voor schijn' of 'door de constructie heen zien'. Dit leerstuk heeft tot doel om werknemers te beschermen in de afhankelijke positie waarin zij verkeren bij het onderhandelen over hun overeenkomst om te werken. Dat doel bleek ook uit de zaak-*Groen/Schoevers*, waarin het leerstuk juist niet werd toegepast om een werkende te beschermen, omdat deze in een arbeidsrechtelijk sterke positie verkeerde. Het ging hierbij om een zelfstandig belastingadviseur die lessen gaf op een school voor secretaresses naast zijn belastingpraktijk en op eigen verzoek geen arbeidsovereenkomst had gesloten. Deze persoon werd niet beschermd toen de opdrachtgever het contract beëindigde en hij zich alsnog op het feitelijk bestaan van een arbeidsovereenkomst beroepde. De Hoge Raad overwoog dat in dit geval doorslaggevende betekenis toekwam aan de vraag of partijen totstandkoming van een arbeidsovereenkomst hebben beoogd en hoe zij daaraan vervolgens uitvoering hadden gegeven. Daarbij werd de maatschappelijke positie van de opdrachtnemer in aanmerking genomen en met name dat de wijze van betaling op zijn initiatief tot stand was gekomen. Dat leidde tot de conclusie dat er sprake was van een overeenkomst van opdracht.²⁴

De nadruk die de Hoge Raad in dit laatste arrest legde op de bedoeling van partijen heeft onder beoefenaren van het arbeidsrecht jarenlang misverstanden doen bestaan. Het arrest wekte de indruk dat partijen, door de bedoeling van tevoren vast te leggen om geen arbeidsovereenkomst af te sluiten, zelf zouden kunnen beslissen of zij wel of niet een arbeidsovereenkomst overeenkwamen, ongeacht de daarna geldende verhoudingen. Zo dient het arrest echter niet te worden gelezen. De formule van het *Agfa/Schoolderman*-arrest bleef gehandhaafd. De Hoge Raad betrok echter wel de aanvankelijke uitdrukkelijke bedoeling van de werknemer om geen arbeidsovereenkomst te sluiten in de overwegingen. Hiermee werd voorkomen dat deze werknemer op het moment dat hem dat beter uitkwam alsnog zou 'switchen' van een overeenkomst van opdracht naar een arbeidsovereenkomst.

Een uitleg waarbij de bedoeling van partijen belangrijker is dan de praktijk waarnaar zij nadien leven, verdraagt zich niet met het leerstuk dat in het arbeidsrecht vooral naar de feitelijke verhoudingen wordt gekeken teneinde de werknemer te beschermen als de zwakkere partij. Zo kijkt ook het Hof van Justitie van de EU bij de beoordeling van de vraag of er een arbeidsovereenkomst is met name naar de feitelijke verhoudingen. Volgens het hof moet bij de omschrijving van het begrip 'werknemer' worden uitgegaan van objectieve criteria die, wat de rechten en plichten van de betrokkenen betreft, kenmerkend zijn voor de arbeidsverhouding. Het hoofdkenmerk van de arbeidsverhou-

23 HR 8 april 1994, NJ 1994/704, JAR 1994/94 (*Agfa/Schoolderman*).

24 HR 14 november 1997, NJ 1998/149, JAR 1997/263 (*Groen/Schoevers*).

ding is dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt.²⁵

Hetzelfde hof heeft ook de figuur gedefinieerd van ‘*schijnzelfstandige*’. De kwalificatie als ‘zelfstandige’ naar nationaal recht sluit niet uit dat een persoon moet worden aangemerkt als ‘werknemer’ in de zin van het recht van de Unie, indien zijn zelfstandigheid slechts fictief is en dus een echte arbeidsverhouding verhuult. Bijgevolg wordt aan de status van ‘werknemer’ in de zin van het recht van de Unie niet afgedaan door het feit dat een persoon naar nationaal recht op fiscale, administratieve of bureaucratische gronden als zelfstandige is aangeworven, voor zover die persoon onder leiding van zijn werkgever handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, hij niet deelt in de commerciële risico’s van die werkgever en hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt, aldus het hof.²⁶

Ook de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) heeft aanbevolen de feiten leidend te laten zijn bij de vraag naar de kwalificatie van de arbeidsverhouding: ‘For the purposes of the national policy of protection for workers in an employment relationship, the determination of the existence of such a relationship should be guided primarily by the facts relating to the performance of work and the remuneration of the worker, notwithstanding how the relationship is characterized in any contrary arrangement, contractual or otherwise, that may have been agreed between the parties.’²⁷

Ten slotte heeft de Hoge Raad in 2020 zijn leer verduidelijkt en daarmee het genoemde misverstand weggenomen. Hij overwoog nu dat indien de inhoud van een overeenkomst voldoet aan de omschrijving van de arbeidsovereenkomst, de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Anders dan uit het arrest-*Groen/Schoevers* wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Deze kwalificatie van een overeenkomst moet worden onderscheiden van de – daaraan voorafgaande – vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf. Nadat de rechter met behulp van die maatstaf de overeengekomen rechten en verplichtingen heeft vastgesteld (uitleg), kan hij beoordelen of die overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst (kwalificatie), aldus de Hoge Raad.²⁸

25 HvJ EG 3 juli 1986, nr. C-66/85 (*Lawrie-Blum*).

26 HvJ EU 4 december 2014, nr. C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV/Kiem*).

27 *Employment Relationship Recommendation*, nr. 198 van 2006.

28 HR 6 november 2020, NJ 2021/116, JAR 2021/287, RAR 2021/13 (*Participatieplaatsen Amsterdam*).

Conversie van opdracht naar arbeidsovereenkomst?

Een discussiepunt is nog de vraag in hoeverre sprake kan zijn van een conversie van een overeenkomst van opdracht in een arbeidsovereenkomst of andersom. De Hoge Raad maakte uit dat een stageovereenkomst niet zonder uitdrukkelijke nieuwe afspraak kan opgaan in een arbeidsovereenkomst.²⁹ Dit is begrijpelijk teneinde te voorkomen dat een stage verlenend bedrijf ongemerkt en onbedoeld een werknemer in dienst krijgt. Ook kan een arbeidsovereenkomst met een uitzendbureau of detacheringsbedrijf met het oog op de rechtszekerheid niet geruisloos overgaan op één met de inlener, indien met die inlener geen contractuele betrekkingen zijn ontstaan.³⁰ Dat valt te verklaren uit het feit dat sprake is van een wisseling van partijen en dat de werknemer en de vermeende nieuwe werkgever geen contractuele banden zijn aangegaan. In beide gevallen verzet de rechtszekerheid zich tegen een zogeheten ‘geruisloze overgang’. Dit alles sluit echter niet uit dat een overeenkomst van opdracht geleidelijk het karakter krijgt van een arbeidsovereenkomst tussen dezelfde partijen. Hier is meer sprake van wat wel wordt genoemd het ‘van kleur verschieten’. Het aannemen van deze mogelijkheid past bij het leerstuk van het primaat van de feiten. Hiervoor zijn aanknopingspunten te vinden in het eerder aangehaalde arrest-*Agfa/Schoolderman*, waar de Hoge Raad overweegt dat het oorspronkelijke karakter van de arbeidsverhouding verloren was gegaan, en tussen partijen een arbeidsverhouding was ontstaan die zich inhoudelijk in niets of vrijwel niets onderscheidde van arbeidsverhoudingen van vergelijkbaar vast personeel. De aanvankelijk overeengekomen arbeidsvoorwaarden waren niet doorslaggevend, maar mede kwam betekenis toe aan de wijze waarop partijen in de praktijk aan de arbeidsovereenkomst uitvoering gaven en aldus daaraan een andere inhoud hebben gegeven.³¹ Ook ten aanzien van het overgaan van opdrachtovereenkomsten in een maatschapsovereenkomst heeft de Hoge Raad overwogen dat de omstandigheid dat tussen enkele van betrokken partijen aanvankelijk afzonderlijke overeenkomsten van opdracht bestonden, er op zichzelf niet aan in de weg staat dat de rechtsverhouding tussen partijen verandert zonder dat tussen hen een specifiek daarop gerichte overeenkomst is gesloten. De belangrijke verschillen die tussen deze overeenkomsten bestaan, brengen echter mee dat de motivering van het oordeel van de rechter dat de rechtsverhouding tussen partijen zich heeft ontwikkeld van een overeenkomst van opdracht in een overeenkomst van maatschap, aan hoge eisen moet voldoen.³²

Rol Belastingdienst

De situatie is nog ingewikkelder, doordat ook de Belastingdienst de zelfstandigheid van een dienstverlener moet erkennen, om te voorkomen dat sociale premies moeten worden afgedragen en loonbelasting moet worden ingehouden. Wie als zelfstandige wil werken, kon in het verleden daarover duidelijkheid krijgen door een Verklaring

29 HR 28 juni 1996, NJ 1996/711, JAR 1996/153 (*Verhoef/Van Zuijlen*).

30 HR 6 april 2002, NJ 2003/124, JAR 2002/100 (*ABN AMRO/Malhi*).

31 HR 8 april 1994, NJ 1994/704, JAR 1994/94 (*Agfa/Schoolderman*).

32 HR 2 september 2011, NJ 2012/75 (*Dierenartsmaatschap*), rov. 3.7.3.

Arbeidsrelatie (VAR) aan te vragen bij de Belastingdienst.³³ De VAR vrijwaarde opdrachtgevers en opdrachtnemers van premie- en loonheffingsplicht, maar werd zonder noemenswaardige controle afgegeven door de fiscus. Dat veroorzaakte onzekerheid voor beide partijen, omdat dit kon leiden tot grote navorderingen indien het uiteindelijke oordeel (van de Belastingdienst of de rechter) anders uitviel. Het leidde ook tot schijnzelfstandigheid van personen die door onvoldoende controle door de mazen van het net glipten. Op grond van de Wet DBA (deregulering beoordeling arbeidsrelaties) is in 2016 de VAR ingetrokken, omdat deze te veel ruimte bood voor schijnzelfstandigen om aan premieheffing te ontkomen. Daarvoor in de plaats zou de Belastingdienst gaan werken met zogeheten ‘modelovereenkomsten’, waaraan partijen vooraf zekerheid zouden kunnen ontlenen over hun status. Al kort na de invoering was er veel kritiek op het systeem van modelovereenkomsten. De commissie-Boot heeft onderzoek gedaan naar de inhoud en het gebruik van die overeenkomsten en was ook niet onverdeeld positief.³⁴ Eind 2016 heeft de staatssecretaris van Financiën aangekondigd dat er in 2017 zal worden afgezien van naheffing van premies en oplegging van boetes bij werkenden die menen als zelfstandige te werken, maar eigenlijk werknemer zijn.³⁵ Dit handavingsmoratorium is nadien meermalen verlengd. Gedurende die tijd wordt er gewerkt aan invoering van een nieuw systeem om opdrachtgevers en opdrachtnemers vooraf duidelijkheid te geven over hun fiscale en sociaalverzekeringsrechtelijke status. Vanaf begin 2021 lopen er proeven met een webmodule die werkers en werkverschaffers moet helpen om de aard van hun arbeidsrelatie vast te stellen. Daarbij zal worden gewerkt met opdrachtgeversverklaringen, die wat preciezer en gemakkelijker te controleren zouden moeten zijn dan de oude VAR. Verder moet er een *opt-out* mogelijkheid komen voor zelfstandigen die tijdelijk werkzaam zijn voor een opdrachtgever en een hoog uurtarief kunnen vragen.³⁶

Inzetbaarheid zelfstandige zonder personeel

De zelfstandige zonder personeel (zzp'er) lijkt op te rukken in het onderwijs. Volgens de Kamer van Koophandel zouden op dit moment ruim 2.400 mensen als zelfstandig werkend docent ingeschreven staan in het handelsregister. Dat zou – nog steeds volgens de Kamer van Koophandel – een verdubbeling zijn ten opzichte van vijf jaar geleden. Over de andere twee personeelscategorieën in het onderwijs (ondersteunend personeel en directie) zijn geen gegevens bekend. Een belangrijke vraag is echter: kan een docent wel als zelfstandige werkzaam zijn? Of is er sprake van een arbeidsovereenkomst?

De zelfstandige zonder personeel werkt formeel op basis van een opdrachtovereenkomst in de zin van artikel 7:400 BW. Het is – zoals hiervoor is uiteengezet – echter niet (uitsluitend) aan partijen om hun relatie te kwalificeren. Wat betekent dit alles nu voor

33 Zie de wet van 23 december 2004, *Stb.* 2004, 720 (Wet uitbreiding rechtsgevolgen VAR).

34 *Eindrapport van de Commissie (Model)overeenkomsten aan de Staatssecretaris van Financiën*, Den Haag: november 2016, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 34036, nr. 40, zie www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/11/18/rapport-commissie-boot.

35 *Kamerstukken II* 2016/17, 34036, nr. 40.

36 *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, nr. M.

de docent die zich als zzp'er 'in de markt zet'? Deze kwestie is tot op heden voor zover bekend niet specifiek voor het onderwijs in een zaak tussen werkgever en 'werknemer' aan de orde geweest, maar wel in een fiscale procedure.

Het ging in die zaak om een docent die als invalleerkracht werkzaam was geweest op vijf basisscholen. Drie van de vijf scholen hadden aan de Belastingdienst laten weten dat hij daar ook als werknemer aangesteld was geweest, wat ook werd bevestigd door het feit dat er een arbeidsovereenkomst ('akte van benoeming') was en hij in de loonadministratie was opgenomen. Desondanks claimde de docent dat hij als zelfstandig ondernemer werkzaam was geweest en dat hij de inkomsten daarom als winst uit onderneming kon opgeven en niet als loon uit dienstbetrekking. Dit zal ook wel mede zijn veroorzaakt door het feit dat hij naast zijn werkzaamheden als docent als zelfstandig timmerman werkzaam was.

De feiten duiden volgens het gerechtshof Den Bosch in deze zaak op zichzelf al op het bestaan van een arbeidsovereenkomst, maar desondanks gaat het hof in op de argumenten die de docent daar tegenin brengt. Hij stelde onder meer dat hij zich zonder overleg met de school zou kunnen laten vervangen door een andere, door hem ingehuurd, leraar. De docent stelde ook, dat hij niet verplicht zou zijn geweest om deel te nemen aan door de scholen georganiseerde activiteiten die (in)direct verband houden met het lesgeven. Zo zou het hem vrij hebben gestaan om al dan niet aanwezig te zijn bij lerarenvergaderingen of andere overleggen. Het hof vond echter dat hij geen van beide punten aannemelijk had gemaakt. Daaruit leidde het hof weer af, dat de voor het ondernemerschap vereiste zelfstandigheid ontbrak en dat sprake was van een arbeidsovereenkomst.³⁷

Min of meer in dezelfde zin – en ook in een fiscale kwestie – oordeelde eerder het gerechtshof Amsterdam. Het ging daar om een docent die na zijn pensionering vanuit een besloten vennootschap was blijven werken voor een onderwijsinstelling. Hij stelde dat hij dit als zelfstandige deed. Uit onderzoek van de fiscus was echter gebleken dat de docent 'in hoofdzaak regelmatige werkzaamheden (verrichtte), die onder een gezagsverhouding plaatsvinden volgens reguliere roosters, waarbij de docenten zijn gecontracteerd om deze werkzaamheden persoonlijk te verrichten'. Dit bracht het hof tot het oordeel dat wel degelijk sprake was van een dienstbetrekking.³⁸

In een latere uitspraak van hetzelfde hof ging het om een hoogleraar aan wie door de universiteit de opdracht was verstrekt tot het invullen van een bijzondere leerstoel. De betrokken hoogleraar deed dit vanuit zijn besloten vennootschap. Het hof leidde uit de manier waarop de benoeming tot stand was gekomen af 'dat de betrekking tussen belanghebbende en de hoogleraar mede beheerst werd door aanwijzingen en instructies afkomstig van (personen, instellingen of organen van) de universiteit'. Betrokkene diende zich bovendien te houden aan een reglement, zijn onderwijsopdracht, een zogenaamd structuurrapport en aan 'de instructies van het roosterbureau van de universiteit met betrekking tot de tijdstippen en – naar het hof veronderstelt – de locaties

37 Hof Den Bosch 15 januari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:75.

38 Hof Amsterdam 20 december 1999, ECLI:NL:GHAMS:1999:AA7824.

waarop de hoogleraar college behoorde te geven.' Uit dit alles leidde het hof af dat sprake was van een gezagsverhouding en derhalve van een privaatrechtelijke dienstbetrekking.³⁹

Mede gelet op deze drie uitspraken zal naar onze opvatting degene die tegen betaling wordt ingezet in regulier onderwijs in het algemeen – ondanks een eventueel overeengekomen overeenkomst van opdracht – een arbeidsovereenkomst met zijn of haar werkgever hebben. In het bijzonder geldt dat voor de docent. In de praktijk zal het in de meeste gevallen ondenkbaar zijn dat de werkende zich bij gelegenheid door een door hem of haar gekozen vervanger zal kunnen laten vervangen. Ook zal de werkende zich in hoge mate moeten conformeren aan het onderwijsprogramma en aan het rooster van de school. Deze gedachte sluit ook goed aan bij de recente rechtspraak van de Hoge Raad.

Uit het voorgaande zou voor het onderwijs tegelijkertijd kunnen worden geconcludeerd dat het wel mogelijk is om in deze sector met zelfstandig dienstverleners te werken, zolang er geen sprake is van ondergeschiktheid. Wanneer de dienstverlener evenwel de kenmerkende taken van de onderwijsorganisatie gaat verrichten, zoals onderwijs geven of onderzoek doen, zal al snel de vraag rijzen of er wezenlijk verschil is met de situatie van werknemers die hetzelfde werk in ondergeschiktheid doen.

Uitsluitend in zeer specifieke gevallen zal hier mogelijk anders over gedacht kunnen worden. Dit kan – afgezien van opdrachten aan externe dienstverleners – bijvoorbeeld het geval zijn bij invalleerkrachten of bij bepaalde ondersteunende of leidinggevende functies. Ook kan hierbij worden gedacht aan docenten met een zelfstandig bedrijf buiten de onderwijsorganisatie, dat in hoofdzaak is gericht op andere activiteiten dan onderwijs en waarbij de doceertaak slechts een relatief kleine omvang heeft. In die gevallen dient tevens te worden voorkomen dat de verhouding geleidelijk overgaat in een ondergeschiktheidsrelatie, doordat de betrokkene zijn werkzaamheden verlegt naar de onderwijstaak.

Het is in zulke gevallen van belang dat de arbeidsverhouding de kenmerken heeft van zelfstandige dienstverlening. Dat betekent dat er een duidelijke (en schriftelijke) overeenkomst van opdracht is gesloten, dat de betrokkene meer opdrachtgevers heeft, dat de concrete werkzaamheden duidelijk tevoren zijn afgesproken, dat er geen vast salaris wordt uitgekeerd, maar dat wordt beloond per overeengekomen prestatie, dat er facturatie plaatsvindt met afdracht door de dienstverlener van btw, dat geen premies voor sociale verzekeringen en loonbelasting door de werkgever worden ingehouden en afgedragen, dat typische werknemersrechten als vakantiedagen niet worden toegekend, dat geen betaling plaatsvindt voor ziekte dagen enzovoort.

Conclusie

Het werken met opdrachtovereenkomsten zal in het bekostigd onderwijs naar huidig recht als regel geen werkbaar model kunnen zijn.

39 Hof Amsterdam 30 januari 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF4294. Het arrest is overigens in 2005 in cassatie op formele gronden vernietigd. Het middel tegen deze specifieke opvatting van het hof faalde echter.

2.4 De rol van rechtsvermoedens

Om de werknemer in flexibele arbeidsrelaties meer zekerheid te bieden over het bestaan en de omvang van de arbeidsovereenkomst kent de wet twee bepalingen met zogeheten rechtsvermoedens.

In het kader van flexibilisering van arbeidsrelaties doet zich regelmatig de vraag voor of een bepaalde overeenkomst kan worden gekarakteriseerd als een arbeidsovereenkomst. Indien wel vaststaat dat er een arbeidsovereenkomst is, bestaat dikwijls onduidelijkheid over de omvang daarvan. Deels is dit een gevolg van het feit dat partijen hierover geen duidelijke afspraken maken. Regelmatig wordt daarom aan de rechter gevraagd om meer duidelijkheid te verschaffen. Deze bepalingen beogen de werknemer daarbij in een betere bewijsspositie te brengen. Ook beoogt de wetgever hiermee een preventief effect in de zin dat de werkgever wordt gestimuleerd om onzekere elementen in de toekomstige arbeidsverhouding te voorkomen. De gekozen referteperiode betreft een termijn van drie maanden.

De rechtsvermoedens zijn uitdrukkelijk weerlegbaar. De werkgever behoudt het recht om tegenbewijs te leveren. Ook behoudt de rechter zijn bevoegdheid de bewijslast om te draaien wanneer er geen feiten zijn die het rechtsvermoeden opleveren.⁴⁰ Indien aan de referteperiode niet volledig is voldaan, geldt immers in beginsel de normale bewijslastverdeling, die echter niet uitsluit dat de rechter aanleiding ziet de bewijslast anders te verdelen.⁴¹

Rechtsvermoeden arbeidsovereenkomst

Het eerste rechtsvermoeden houdt in dat degene die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst.⁴²

Deze bepaling beoogt niet om wijziging te brengen in de criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Naast de referteperiode van drie maanden geldt bij dit rechtsvermoeden ook dat wekelijks dan wel ten minste twintig uren per maand moet zijn gewerkt. Daarmee is het rechtsvermoeden gekoppeld aan een arbeidstijdpatroon, waarin in een redelijke periode met regelmatige frequentie dan wel gedurende een substantiële periode per maand, arbeid is verricht.

Het bestaan van een schriftelijke arbeidsovereenkomst waarin de arbeidsrelatie als een andere overeenkomst dan een arbeidsovereenkomst wordt geduid, is op zichzelf niet voldoende voor het weerleggen van het rechtsvermoeden arbeidsovereenkomst. Het is immers zeer wel mogelijk dat de arbeidsverhouding feitelijk voldoet aan de wettelijke eisen van de arbeidsovereenkomst.⁴³ In de meeste jurisprudentie waarin de werknemer een beroep doet op het rechtsvermoeden en de werkgever dit tracht te weerleggen,

⁴⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 23.

⁴¹ Artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

⁴² Artikel 7:610a Burgerlijk Wetboek.

⁴³ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6, NV II, p. 5-7.

kwalificeert de rechter de overeenkomst door de criteria arbeid, loon en ondergeschiktheidsverhouding toe te passen. Op grond van die toepassing wordt dan geconcludeerd tot de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst of juist niet; het rechtsvermoeden speelt dan voor die kwalificatie geen rol meer. Een situatie waarin het rechtsvermoeden wel van belang was, deed zich voor bij het gerechtshof Amsterdam. De omstandigheden die pleitten voor de kwalificatie arbeidsovereenkomst en de omstandigheden die daartegen pleitten, hielden elkaar in evenwicht. Aan het rechtsvermoeden kwam daarom doorslaggevende betekenis toe.⁴⁴

Rechtsvermoeden arbeidsomvang

Het tweede rechtsvermoeden houdt in, dat indien een arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, de bedongen arbeid in enige maand wordt vermoed een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in de drie voorafgaande maanden.⁴⁵

Dit rechtsvermoeden gaat uit van het vaststaan van een arbeidsovereenkomst. De bepaling beoogt houvast te bieden in situaties waarin de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is overeengekomen, evenals in situaties waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur.⁴⁶

Het rechtsvermoeden arbeidsomvang kan worden weerlegd door aan te tonen dat een hogere gemiddelde arbeidsduur dan is overeengekomen wordt veroorzaakt door incidenteel overwerk.

Indien in de onderneming regelmatig langere werktijden gelden dan overeengekomen, doet de werkgever er goed aan de bijzondere reden daarvoor te kunnen motiveren en tevoren aan de werknemer te hebben duidelijk gemaakt om een lastige bewijspositie te vermijden in het geval de werknemer zich op dit rechtsvermoeden beroept.⁴⁷

Conclusie

Voor het onderwijs betekenen de bepalingen over de rechtsvermoedens dat ook bij kortdurende of onregelmatige inzet van personeel duidelijke schriftelijke afspraken gemaakt moeten worden over de duur en de mate van inzet, waaruit het incidentele karakter van de arbeid blijkt. Vervolgens moet de werkgever zich daadwerkelijk aan deze afspraken houden. Indien er afwijkingen plaatsvinden, dienen die uitdrukkelijk te worden aangekondigd als incidenteel. Krijgen zij een structureel karakter, dan dient de overeenkomst te worden gewijzigd.

Gebeurt dit niet, dan dreigt het risico dat de arbeidsverhouding wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst en dat de gemiddelde omvang van de arbeid gedurende drie

44 Hof Amsterdam 14 juli 2009, NJ 2011/127, JAR 2010/68. Het tegen dit oordeel gerichte cassatieberoep werd door de Hoge Raad met toepassing van art. 81 RO verworpen, HR 11 februari 2011, RvdW 2011/262, JAR 2011/75 (Hoofdsynagoge/Mahazri).

45 Artikel 7:610b Burgerlijk Wetboek.

46 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, MvT, p. 22-23.

47 Vgl. Hof Leeuwarden 28 mei 2008, JAR 2008/293.

maanden wordt beschouwd als de overeengekomen omvang van de arbeidsduur. Het is vooral deze transparantie die de rechtsvermoedens willen bewerkstelligen. Van belang is ook dat het tweede rechtsvermoeden kan leiden tot een (onopgemerkte) uitbreiding van het aantal arbeidsuren van een zittende medewerker.

2.5 Conclusie

Bij het aangaan van arbeidsverhoudingen is het belangrijk de verhoudingen juridisch juist te duiden en aan beide zijden transparant te zijn over de bedoelingen. Vervolgens dienen beide partijen zich aan die afspraken te houden. Daarnaast dient te worden bewaakt dat indien de verhoudingen in de loop der tijd veranderen, de contractuele relatie eveneens wordt aangepast.

Het is riskant om feitelijke ondergeschiktheidsrelaties voor te doen als zelfstandige werkzaamheden. De inschakeling van zelfstandigen voor incidentele opdrachten of specifieke projecten is niet uitgesloten, maar de zelfstandig ondernemer inzetten in het onderwijs dat gefinancierd wordt door de overheid zal als regel geen werkbaar model zijn.

3 Afzonderlijke flexibele arbeidsrelaties

In dit hoofdstuk worden de verschillende in de onderwijssector gebruikte vormen van flexibele arbeidsrelaties nader besproken met betrekking tot de aspecten die van belang zijn voor het onderwijs. Daarbij worden algemene arbeidsrechtelijke regelingen (zoals de algemene regeling van arbeidsvoorwaarden en het ontslagrecht) slechts behandeld voor zover zij specifieke bijzonderheden kennen voor het gebruik van flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs. De besproken arbeidsrelaties zijn deeltijdwerk, arbeid voor bepaalde tijd, oproepwerk, uitzendwerk en payrollwerk.

3.1 Deeltijdwerk

Van de verschillende flexibele arbeidsrelaties lijkt deeltijdarbeid het meest op reguliere arbeidsverhoudingen. In Nederland is deeltijdarbeid zo wijdverbreid, dat deeltijdwerkers als regel dezelfde rechten hebben verworven als voltijdwerkers.

Gelijke behandeling ongeacht arbeidsduur

De wet verbiedt de werkgever om onderscheid te maken tussen werknemers op grond van een verschil in arbeidsduur in de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet dan wel opgezegd, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is (artikel 7:648 lid 1 BW).⁴⁸ Het College voor de Rechten van de Mens is bevoegd te oordelen over de naleving van deze bepaling (artikel 7:648 lid 3 BW).

Uiteraard betekent het verbod van onderscheid dat hetzelfde loon per uur dient te worden betaald. Verschillen in totale beloning zijn mogelijk, zolang zij in verhouding staan tot de werktijd. Dit levert nog weleens praktische vragen op ten aanzien van de al dan niet volledige toekenning van vergoedingen. Bij vergoeding die kosten dekken (zoals reiskosten), ligt dan vergoeding van de werkelijke kosten in de rede. Bij vergoeding van eenmalige kosten, zoals ziektekosten, is verdeling met eventuele andere werkgevers denkbaar.

Dit artikel betekent niet noodzakelijkerwijs dat deeltijdwerkers, als zij meer dan het overeengekomen aantal uren werken, ook dezelfde overwerkvergoeding ontvangen als voltijders. Indien een deeltijdwerker die volgens zijn contract negentien uur werkt, en in het twintigste uur meer zou verdienen dan een voltijdwerker in diens twintigste uur,

⁴⁸ Dit verbod van onderscheid naar arbeidsduur dient tevens ter implementatie van Richtlijn 97/81/EG inzake deeltijdarbeid.

dan zou dit volgens het Hof van Justitie ook discriminatie vormen.⁴⁹ Het omgekeerde geldt ook: een deeltijdwerker mag als hij overwerkt ook niet minder verdienen dan een voltijdwerker in hetzelfde uur.⁵⁰ Deeltijdwerkers hebben bescherming tegen ontslag in strijd met dit discriminatieverbod (artikel 7:681 lid 1 onder b BW). Voorts geldt een verbod van benadeling wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op lid 1 of ter zake bijstand heeft verleend (artikel 7:648 lid 4 BW).

Combinatie van deeltijdfuncties

In de onderwijssector komt het veelvuldig voor dat leraren per jaar voor een bepaald aantal uren worden aangesteld, waarbij dat aantal uren ieder jaar kan variëren. Juridisch kan een uitbreiding van het oorspronkelijke aantal uren op twee manieren worden vormgegeven: door een vernieuwing/wijziging van het bestaande contract met een verhoging van het aantal uren of door het sluiten van een zelfstandige tweede overeenkomst voor uitsluitend het aantal bijkomende uren. In het laatste geval is het denkbaar dat eenzelfde werknemer twee of meer arbeidsovereenkomsten naast elkaar heeft, met verschillende omvang en looptijden. Het is mogelijk dat de bijkomende uren voor een andere periode worden aangegaan dan de oorspronkelijke overeengekomen uren, bijvoorbeeld slechts voor een jaar of met een latere einddatum dan de oorspronkelijk overeengekomen aanstelling. Dit kan er toe leiden dat naast elkaar bestaande arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd op uiteenlopende momenten aflopen en diensten-gevolge ook worden gevolgd door verschillende WW- en wachtgeldtrajecten. Voor de rechtsgevolgen tijdens de looptijd van de overeengekomen periode maakt de vorm die is gekozen in beginsel weinig verschil. Of men nu twee verschillende aanstellingen heeft of één aanstelling met een wisselende omvang, dezelfde arbeidsrechtelijke regels zullen van toepassing zijn. Zie nader over de toepassing van de 'ketenregeling' bij tijdelijke uitbreiding van de arbeidsovereenkomst hierna paragraaf 5.9.

Deeltijdontslag

Wanneer het aantal uren waarvoor de overeenkomst is aangegaan moet worden verminderd, rijst eveneens de vraag welke juridische vorm dit krijgt. Gaat het om afzonderlijke arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, dan is het denkbaar dat wordt volstaan met het laten aflopen van een deel van deze overeenkomsten.

Gaat het om een contract met een aantal uren dat moet worden beperkt, dan is een probleem dat de wet niet voorziet in de mogelijkheid van deeltijdontslag. Over de wenselijkheid van deze mogelijkheid was de doctrine in het verleden verdeeld. Was het arbeidscontract wel of niet deelbaar? Zou de mogelijkheid het niet te makkelijk maken om afbreuk te doen aan de rechtszekerheid van de werknemer? Vormde het niet een te grote ingreep in de contractsvrijheid? Daartegenover stond het argument dat de flexibiliteit soms nodig kan zijn en dat deeltijdarbeid ook algemeen is aanvaard. Wanneer

49 HvJ EG 15 december 1994, *Jur.* 1994, p. I-5727, *JAR* 1995/36 (*Helmig*).

50 HvJ EU 6 december 2007, nr. C-300/06, *JAR* 2008/19 (*Voss/Land Berlin*).

men zonder een deeltijdontslag toch hetzelfde resultaat wil bereiken, dan zou dit overigens langs een omweg wel te realiseren zijn. Theoretisch bestonden daarvoor twee opties. De eerste houdt in dat een volledig ontslag wordt gegeven, waarna een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt gesloten met een kleinere omvang. De tweede optie betreft een wijziging van de arbeidsovereenkomst. Deze kan weer op twee manieren worden bereikt. De meest eenvoudige mogelijkheid is een wijziging van de overeenkomst met wederzijds goedvinden. Ingewikkelder wordt het wanneer de werknemer niet instemt met de wijziging. In dat geval moet de werkgever een voorstel doen en een beroep doen op de verplichting om als goed werknemer in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst.⁵¹

De impasse in de doctrine is door de Hoge Raad ten dele doorbroken in de *Kolom*-beschikking. Ondanks het ontbreken van een wettelijke regeling moet volgens de Hoge Raad de mogelijkheid van gedeeltelijk ontslag wel worden aanvaard voor het bijzondere geval dat, door omstandigheden gedwongen, wordt overgegaan tot een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer. Hierbij valt te denken aan het noodzakelijkerwijs gedeeltelijk vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden en aan blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer.

Tevens bleek uit deze uitspraak dat de gekozen vorm van het deeltijdontslag voor de Hoge Raad geen verschil maakt. In deze zaak hadden partijen de bestaande arbeidsovereenkomst beëindigd en waren zij een nieuwe arbeidsovereenkomst aangegaan met minder uren in verband met de gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van werknemer. De Hoge Raad oordeelde dat in dit geval de voortzetting van de bestaande arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm erop neerkomt dat de bestaande arbeidsovereenkomst in feite gedeeltelijk is beëindigd. In dergelijke gevallen kan volgens de Hoge Raad worden gesproken van een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst, ongeacht of in het gegeven geval de vermindering van de arbeidsduur heeft plaatsgevonden in de vorm van (i) een gedeeltelijke beëindiging, (ii) een algeheel ontslag gevolgd door een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst dan wel (iii) aanpassing van de arbeidsovereenkomst.⁵² Deze uitspraak betekent dat – onder de door de Hoge Raad gestelde voorwaarden – naar onze mening ook in deeltijd kan worden opgezegd (en toestemming door het UWV moet worden verleend) bij ontslag op grond van economische redenen of bij blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid (a- en b-grond). Bij de meer persoonlijke ontslaggronden, waarvoor ontbinding door de kantonrechter vereist is, bestaat de mogelijkheid van gedeeltelijke ontbinding echter nog niet.

Transitievergoeding bij deeltijdontslag

Na de invoering van het recht op transitievergoeding in 2015 bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever, rees de vraag of deze vergoeding

51 HR 26 juni 1998, NJ 1998/767, JAR 1998/199 (*Van der Lely/Taxi Hofman*) en HR 4 november 2003, NJ 2004/138, JAR 2003/296 (*Stoof/Mammoet*).

52 HR 14 september 2018, NJ 2019/323, JAR 2018/257, RAR 2018/157 (*Kolom*).

ook verschuldigd was bij deeltijdontslag of pas bij het einde van de gehele overeenkomst. De wet regelde dit niet.

De Hoge Raad heeft hierover in dezelfde *Kolom*-beschikking geoordeeld dat indien door omstandigheden gedwongen wordt overgegaan tot substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer ook recht ontstaat op een gedeeltelijke transitievergoeding. Indien de aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding in dat geval niet zou worden aanvaard, zou de werknemer door een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd een deel van de transitievergoeding mislopen waarop hij bij een algehele beëindiging van de arbeidsovereenkomst op dat moment aanspraak zou hebben. De werknemer zou bij een na die vermindering plaatsvindende, algehele beëindiging van de arbeidsovereenkomst immers een op aanmerkelijk lagere grondslag berekende transitievergoeding ontvangen dan zonder die vermindering het geval zou zijn geweest. De omstandigheden die in de hiervoor genoemde gevallen tot de vermindering van de arbeidstijd hebben geleid, dienen echter volgens het wettelijk stelsel (vooral artikel 7:673 lid 1 en lid 7 BW) niet voor rekening van de werknemer te komen. Mede gelet daarop is geen rechtvaardiging te geven voor het mislopen door de werknemer van het bedoelde gedeelte van de transitievergoeding. Mede met het oog op de hanteerbaarheid van het vorenstaande overweegt de Hoge Raad nog het volgende. Bij een substantiële vermindering van de arbeidstijd als hiervoor bedoeld, gaat het om een vermindering van de arbeidstijd met ten minste twintig procent. Bij een structurele vermindering van de arbeidstijd om een vermindering die naar redelijke verwachting blijvend zal zijn. De gedeeltelijke transitievergoeding dient te worden berekend naar evenredigheid van de vermindering van de arbeidstijd en uitgaande van het loon waarop voorheen aanspraak bestond.⁵³

Hoewel de redengeving van de Hoge Raad te volgen is en sympathiek oogt, heeft de gekozen benadering ook nadelen. Zo zou bij een latere toeneming van het aantal uren bij een daaropvolgend ontslag verrekening moeten plaatsvinden met het al betaalde deel van de transitievergoeding. Dit leidt tot een ingewikkelde administratie voor de werkgever, vooral indien deze regelmatig te maken heeft met veel in omvang variërende aanstellingen. Voorts zou deze lijn de vraag kunnen oproepen of de werkgever bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst ook de mogelijkheid mag verdisconteren dat de werknemer in eerdere jaren in een kleinere taakomvang heeft gewerkt. Dit lijkt onwenselijk, gelet op de bedoeling van het stelsel, gericht op eenvoudige uitvoerbaarheid van de transitievergoeding. Aan dat karakter van de transitievergoeding doet deze uitspraak van de Hoge Raad wel af. Voorts ontvangt de werknemer bij het uiteindelijke ontslag geen alomvattende transitievergoeding, omdat hij een gedeelte daarvan al in een eerder stadium heeft ontvangen. Dit kan op dat moment een nadeel zijn in het licht van de doelstelling van de transitievergoeding om wegvallend inkomen te compenseren en de kosten van een transitie naar ander werk te faciliteren.

Overigens bestaat de mogelijkheid om de transitievergoeding die de werkgever moet betalen bij ontslag na twee jaar ziekte te laten vergoeden door het UWV (artikel 7:673e

⁵³ HR 14 september 2018, NJ 2019/323, JAR 2018/257, RAR 2018/157 (*Kolom*).

BW). Deze mogelijkheid voorziet echter niet uitdrukkelijk in toepasselijkheid in het geval van een gedeeltelijke transitievergoeding. Het ligt in de rede dat een dergelijke vergoeding ook hierbij mogelijk is.

In twee latere uitspraken heeft de Hoge Raad de *Kolom*-uitspraak nog nader verduidelijkt. Met deze uitspraak is niet het leerstuk van de gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst aanvaard.⁵⁴ Daarnaast geldt het recht op een gedeeltelijke transitievergoeding alleen bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst en dus niet bij inkomensachteruitgang als gevolg van herplaatsing in een functie met een lager salaris.⁵⁵ In de laatste uitspraak is tevens overwogen dat indien een ontslagverlening gepaard gaat met een benoeming in een andere functie op dezelfde datum geen aanspraak ontstaat op een transitievergoeding. Dit komt immers op hetzelfde neer als herplaatsing in een andere functie bij dezelfde werkgever door wijziging van de arbeidsovereenkomst zonder dat ontslag is verleend. Uit artikel 7:669 lid 1 BW volgt dat ontslag ook niet mogelijk zou zijn, indien de werknemer kan worden herplaatst in een andere functie.

Flexibel werken

De Wet flexibel werken (Wfw) biedt de mogelijkheid voor werknemers om de omvang van hun arbeidstijd, de verdeling van de uren over de week en de plaats van werken te beïnvloeden. De wet voorziet gedetailleerd in de *te volgen procedure* bij een dergelijk verzoek. De werknemer moet ten minste een jaar voorafgaand aan het beoogde tijdstip van ingang van de aanpassing in dienst zijn bij de werkgever. Het verzoek moet ten minste vier maanden voor het beoogde tijdstip van ingang schriftelijk bij de werkgever worden ingediend onder opgave van het tijdstip van ingang, de omvang van de aanpassing van de arbeidsduur per week en de gewenste spreiding van de uren over de week. De werknemer kan ten hoogste eenmaal per twee jaren, nadat de werkgever een verzoek om uitbreiding van de arbeidsduur heeft ingewilligd of afgewezen, opnieuw een verzoek indienen (artikel 2 lid 3 Wfw).⁵⁶ De werkgever moet met de werknemer overleg plegen over diens verzoek (artikel 2 lid 4 Wfw).

De beslissing op het verzoek om aanpassing van de arbeidsduur wordt door de werkgever schriftelijk aan de werknemer medegedeeld. Indien de werkgever het verzoek niet inwilligt of de spreiding van de uren vaststelt in afwijking van de wensen van de werknemer wordt dit onder schriftelijke opgave van de redenen medegedeeld (artikel 2 lid 7 Wfw). Indien de werkgever niet een maand voor de het beoogde tijdstip van ingang van de aanpassing op het verzoek van de werknemer heeft beslist, wordt de arbeidsduur aangepast in overeenstemming met het verzoek van de werknemer (artikel 2 lid 10 Wfw).

De werkgever dient het verzoek tot aanpassing van de arbeidsduur in beginsel in te willigen (artikel 2 lid 5, 8 en 9 Wfw). Voor zover het betreft het tijdstip van ingang en

⁵⁴ HR 21 februari 2020, *NJ* 2020/378, *JAR* 2020/73, *RAR* 2020/74 (*Victoria*).

⁵⁵ HR 17 april 2020, *RvdW* 2020/546, *JAR* 2020/128, *RAR* 2020/97 (*Stewart/SIPOR*).

⁵⁶ Een situatie waarbij op grond van het niet-voldoen aan dit criterium een verzoek tot vermindering van de arbeidsduur werd afgewezen, deed zich voor bij Kantonrechter Zutphen 26 november 2002, *JAR* 2003/8.

de omvang van de aanpassing, mag de werkgever dit alleen weigeren indien zwaarwegende bedrijfsbelangen zich tegen inwilliging verzetten (artikel 2 lid 5 Wfw).

Bij *vermindering van de arbeidsduur* is in ieder geval sprake van een zwaarwegend bedrijfsbelang, indien die vermindering leidt tot ernstige problemen:

- a. voor de bedrijfsvoering bij de herbezetting van de vrijgekomen uren;
- b. op het gebied van de veiligheid; of
- c. van roostertechnische aard.

In het merendeel van de gepubliceerde jurisprudentie over toepassing van de Wet flexibel werken wordt het werknemersverzoek ingewilligd. Situaties waarbij sprake was van een zwaarwegend werkgeversbelang dat zich tegen inwilliging verzette, deden zich voor in de kinderopvang, waarbij het pedagogisch klimaat zich tegen al te kleine deeltijdaanstellingen verzette⁵⁷ en in productieprocessen waarbij opvulling van de vrijkomende tijd niet mogelijk bleek.⁵⁸ Het herhaaldelijk door werkgevers naar voren gebrachte argument dat leidinggevende functies niet in deeltijd zouden kunnen worden uitgevoerd, wordt zelden gehonoreerd. Het beroep op werkgeversbeleid dat minimaal een bepaald aantal uren moet worden gewerkt, slaagt ook lang niet altijd.⁵⁹

Bij *vermeerdering van de arbeidsduur* is in ieder geval sprake van een zwaarwegend bedrijfsbelang, indien die vermeerdering leidt tot ernstige problemen:

- a. van financiële of organisatorische aard;
- b. wegens het niet voorhanden zijn van voldoende werk; of
- c. omdat de vastgestelde formatieruimte of personeelsbegroting daartoe ontoereikend is.

Uit deze opsomming blijkt dat de werkgever een verzoek om uitbreiding van de arbeidsduur niet hoeft toe te staan indien aan de extra werkzaamheden in de onderneming geen behoefte bestaat. Jurisprudentie over verzoeken tot uitbreiding van dienstverbanden is niet bekend. Vermoedelijk worden dergelijke verzoeken niet gedaan wanneer er geen formatie beschikbaar is. Veel moeilijker zal het echter zijn om, indien een vacature ontstaat, vermeerdering van de arbeidsduur van een zittende werknemer te beletten. Een reden kan dan wel zijn dat de vacature voltiids moet worden herbezet om organisatorische redenen, doch deze moeten aantoonbaar zijn. Een andere reden zou kunnen zijn dat de capaciteiten van de in deeltijd werkende werknemer niet toelaten dat deze de verantwoordelijker functie met een grotere omvang effectief gaat uitoefenen. Ook hier zal de werkgever dit echter moeten aantonen, bijvoorbeeld aan de hand van beoordelingsgesprekken.

57 Zie bijvoorbeeld Kantonrechter Haarlem 11 juli 2005, *JAR* 2005/182. Daarentegen bleek het door de werkgever gedane beroep op pedagogische bezwaren tegen een kleine deeltijdaanstelling in de kinderopvang onvoldoende voor Kantonrechter Dordrecht 1 maart 2007, *JAR* 2007/147.

58 Zie bijvoorbeeld Kantonrechter Eindhoven 5 maart 2002, *JAR* 2002/88.

59 Kantonrechter Amsterdam 20 november 2002, *JAR* 2002/281 en Kantonrechter Gouda 21 februari 2008, *JAR* 2008/173.

Ook de *spreiding van de uren* van de werknemer over de werkweek moet de werkgever in beginsel vaststellen in overeenstemming met de wensen van de werknemer. De werkgever kan de gewenste spreiding van de uren echter wijzigen indien hij daarbij een zodanig belang heeft dat de wens van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken (artikel 2 lid 7 Wfw). De werkgever heeft aldus bij de vaststelling van de spreiding van de uren over de week een grotere beleidsvrijheid dan bij het al dan niet weigeren van het verzoek om aanpassing van de arbeidsduur. In dit geval is geen zwaarwegend belang vereist, doch vindt een afweging van de wederzijdse belangen plaats, waarbij de belangen van beide partijen gelijk gewicht hebben. Het kan dus voorkomen dat het verzoek tot vermindering van de arbeidsduur wel wordt gehonoreerd, maar de door de werknemer voorgestelde tijdstippen waarop gewerkt zou gaan worden niet.⁶⁰

Ten slotte mag de werknemer ook vragen om aanpassing van de *plaats van het werk* (artikel 2 lid 1 en 6 Wfw). Daarbij gaat het om de vraag of de werkzaamheden moeten plaatsvinden in de onderneming of dat ook thuis of nog elders mag worden gewerkt. Dit brengt mee dat de werknemer niet alleen voorstellen kan doen over het aantal arbeidsuren en de spreiding van die arbeidsuren over de week, maar ook over de plaats waar de arbeid wordt verricht. De mogelijkheid voor de werkgever om een dergelijk verzoek te weigeren is minder beperkt dan bij verzoeken om aanpassing van de arbeidsduur. De werkgever dient het verzoek tot elders werken te overwegen en kan dit slechts weigeren na overleg met de werknemer. In het onderwijs speelt deze kwestie wellicht minder, zolang het onderwijs (buiten coronatijden) grotendeels op de werkplek moet worden gegeven.

Conclusie

In het onderwijs komt deeltijdarbeid veelvuldig voor. Deeltijdwerkers hebben (naar verhouding tot de omvang van hun aanstelling) gelijke rechten als voltijdwerkers. Deeltijdontslag is mogelijk indien bijzondere omstandigheden daartoe dwingen. In die gevallen leidt dit dan ook tot een recht op een (gedeeltelijke) transitievergoeding. De werknemer kan invloed uitoefenen op de omvang van de arbeidstijd, alsmede op de tijden waarop wordt gewerkt en de plaats waar het werk wordt verricht. Belangen van de organisatie kunnen in dezen de doorslag geven, zolang die objectief en redelijk kunnen worden beargumenteerd.

3.2 Arbeid voor bepaalde tijd

In een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is het moment waarop deze eindigt vooraf bepaald.⁶¹

60 Vgl. Kantonrechter Nijmegen 5 december 2007, *JAR* 2008/121 en Kantonrechter Dordrecht 1 maart 2007, *JAR* 2007/147.

61 D.J.B. de Wolff, *De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd* (Monografieën Sociaal Recht nr. 13), Deventer: Kluwer 1999.

De wet kent geen definitie van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De Europese richtlijn op dit gebied verstaat onder een ‘werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd’ iemand met een rechtstreeks tussen een werkgever en een werknemer aangegane arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding voor bepaalde tijd waarvan het einde wordt bepaald door objectieve voorwaarden zoals het bereiken van een bepaald tijdstip, het voltooien van een bepaalde taak of het intreden van een bepaalde gebeurtenis.⁶²

Wel maakt de wet onderscheid tussen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd waarbij het einde op een kalenderdatum is gesteld en arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd waarbij dat niet is gebeurd: artikel 7:652 lid 6 BW voor de toegestane lengte van de proeftijd en artikel 7:668 lid 2 BW voor de aanzegplicht.

Gelijke behandeling ongeacht duur arbeidsovereenkomst

De werkgever mag geen onderscheid maken tussen werknemers in de arbeidsvoorwaarden op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is (artikel 7:649 lid 1 BW). Het College voor de Rechten van de Mens is bevoegd te oordelen over de naleving van deze bepaling (artikel 7:649 lid 3 BW). Aan het verbod van onderscheid is ook een ontslagverbod verbonden (artikel 7:681 lid 1 onder b BW) en een verbod van benadeling wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op lid 1 of ter zake bijstand heeft verleend (artikel 7:649 lid 4 BW). De bepaling is niet van toepassing op een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW (artikel 7:649 lid 5 BW).

Einde van rechtswege

Een arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege wanneer de tijd is verstreken bij overeenkomst of bij de wet aangegeven (artikel 7:667 lid 1 BW).

Het wettelijke Nederlandse arbeidsrecht eist geen reden voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Dit was voorheen wel gebruikelijk in het ambtenarenrecht en in sommige cao's en is ook een vereiste in het Duitse arbeidsrecht. Ook in sommige onderwijs-cao's valt een opsomming van gronden te vinden voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die limitatief is bedoeld.

De tijd waarop een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt, kan bepaald zijn op een kalenderdatum of worden uitgedrukt in de duur van de looptijd van de overeenkomst: de overeenkomst eindigt dan bijvoorbeeld op 1 juli van het volgende jaar of duurt één jaar. Daarnaast kan het eindtijdstip ook afhankelijk worden gemaakt van het intreden van een bepaalde gebeurtenis.⁶³ Bij de laatste mogelijkheid wordt wel gesproken van een overeenkomst ‘voor betrekkelijk bepaalde tijd’.

De gebeurtenis waarvan partijen het einde van de overeenkomst laten afhangen, moet in elk geval objectief bepaalbaar zijn. Zij mag niet afhangen van de vaststelling van één

62 Richtlijn 1999/70/EG inzake arbeid voor bepaalde tijd, *Pb EG* 1999, L 175 van 10 juli 1999, p. 43.

63 HR 11 juni 1937, *NJ* 1937/987.

van de partijen dat zij is ingetreden.⁶⁴ Regelmatig worden arbeidsovereenkomsten gesloten met een bepaald doel. Zo kan de looptijd van de overeenkomst afhankelijk zijn gemaakt van de duur van een bepaald werk of project.⁶⁵ Essentieel is dan dus dat de einddatum daarvan objectief wordt bepaald en niet ter discretie staat van de werkgever. Ook kan de duur betreffen de afwezigheid van een zieke werknemer. Overlijdt de zieke werknemer echter, dan eindigt de arbeidsovereenkomst met de vervanger niet van rechtswege indien daarin niet is voorzien.⁶⁶ In verband daarmee is het van belang dat de mogelijkheid bestaat dat de overeenkomst verschillende wijze van bepaling van de einddatum als alternatief bevat. We spreken dan van een overeenkomst met een gemengd tijdelijk karakter. Dit houdt in dat het einde zowel kalendermatig of in duur is beperkt, alsook voor betrekkelijk bepaalde tijd is vastgesteld. Bijvoorbeeld de overeenkomst ter vervanging van een zieke werknemer maar maximaal tot aan het einde van het schooljaar (zoals in het onderwijs gebruikelijk). Een dergelijke constructie lijkt geaccepteerd.

In het geval mondeling is overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is gesloten, zal degene die dit stelt, meestal de werkgever, daarvan de bewijslast dragen.

In de cao kan zijn overeengekomen dat de bepaalde tijd schriftelijk moet worden overeengekomen. In dat laatste geval zal bij ontbreken van een schriftelijk daartoe strekkend beding de arbeidsovereenkomst moeten worden geacht voor onbepaalde tijd te zijn gesloten.⁶⁷

Opzegging

Doordat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt op het daartoe bepaalde tijdstip, is in beginsel geen opzegging noodzakelijk.

Opzegging is echter wel nodig indien dat bij schriftelijk aangegane arbeidsovereenkomst is bepaald (beding van voorafgaande opzegging). Daarnaast kan volgens de wet of het gebruik opzegging noodzakelijk zijn indien daarvan niet, waar dat geoorloofd is, bij schriftelijk aangegane arbeidsovereenkomst is afgeweken (artikel 7:667 lid 2 BW). Bij een wettelijk voorgeschreven opzegging kan men denken aan die van de in lid 4 opgenomen en hierna te bespreken *Ragelie*-regel. Van het aannemen van een gebruik tot opzegging zijn in de jurisprudentie geen voorbeelden te vinden, waarschijnlijk komt dit in de praktijk zelden of niet voor.

Indien de arbeidsovereenkomst of de cao bijvoorbeeld bepaalt dat een maand voor het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd opzegging zal plaatsvinden, is opzegging wel verplicht. Hierbij gelden dan wel alle voor opzegging geldende regels, waaronder het vereiste van toestemming van het UWV, de opzegverboden van onder meer artikel 7:670 BW en de opzegtermijnen van artikel 7:672 BW. Vereist de grond

64 HR 8 januari 1952, NJ 1952/243.

65 HR 12 november 1936, NJ 1937/247.

66 HR 27 november 1998, NJ 1999/198, JAR 1999/13 (*Kool/Hageveld*).

67 Bij enkele onderwijs-cao's is een modelarbeidsovereenkomst als bijlage opgenomen. Daarin moet de reden worden aangegeven waarom een overeenkomst voor bepaalde tijd is aangegaan.

voor opzegging dat de weg wordt gevolgd van ontbinding door de kantonrechter dan is ook dit vereist.

Bij een overeengekomen opzegging is bepalend of de overeenkomst de term ‘opzegging’ hanteert. Indien uitsluitend wordt beoogd dat de werknemer tijdig wordt gewaarschuwd dat zijn overeenkomst afloopt en hij dus niet op verlenging hoeft te rekenen, dient het woord ‘waarschuwing’ te worden gebruikt en niet het begrip ‘opzegging’. Het voorschrift in de cao voor het Ziekenhuiswezen dat twee maanden voor de einddatum een schriftelijke mededeling moet worden gedaan over het niet-voortzetten van de overeenkomst, werd beschouwd als een in het belang van de werknemer verplicht gestelde waarschuwing. Het nalaten van die mededeling had niet tot gevolg dat de voor opzegging geldende regels alsnog zouden moeten worden nageleefd.⁶⁸ De tot en met de cao voortgezet onderwijs 2014-2015 in die cao opgenomen bepaling dat een verlengd dienstverband voor bepaalde tijd wordt beëindigd door opzegging werd echter door het gerechtshof Den Haag⁶⁹ daadwerkelijk beschouwd als een opzegverplichting, ondanks het feit dat sociale partners hadden verklaard dat het hier ging ‘om de “oude” vorm van opzeggen, dus het beëindigen van de arbeidsovereenkomst door middel van een schriftelijke mededeling (aanzegging)’. Het was – nog steeds volgens sociale partners ‘uitdrukkelijk niet de bedoeling om arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te laten beëindigen met gebruikmaking van een preventieve toetsing door het UWV dan wel de kantonrechter’. In eerste aanleg werd deze benadering nog gevolgd, maar het hof deed dat niet. Overigens bestaat aan een contractuele waarschuwingsplicht minder behoefte, nu de wet sinds 2015 reeds voorziet in een (hierna te behandelen) aanzegplicht.

Tussentijdse opzegging

Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan slechts tussentijds worden opgezegd indien voor ieder der partijen dat recht schriftelijk is overeengekomen (artikel 7:667 lid 3 BW).

Deze bepaling stelt twee vereisten aan de geldigheid van een beding van tussentijdse opzegging: wederkerigheid en schriftelijkheid. Het beding kan ook nog worden gemaakt tijdens de looptijd van de overeenkomst.⁷⁰

Indien tussentijdse opzegging is overeengekomen, zijn op deze opzegging alle voor opzegging geldende bepalingen van toepassing, dus ook opzegtermijnen, het preventieve toezicht door het UWV, cao-ontslagcommissie⁷¹ of de kantonrechter en de opzegverboden.

De wettelijke bepaling en het desbetreffende beding hebben betrekking op opzegging. Tussentijdse ontbindingsverzoeken, voor zover de wet daarvoor een grondslag biedt,

68 HR 10 juni 1983, NJ 1984/60 (*Groen/RK Ziekenverpleging*).

69 Hof Den Haag 16 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1157.

70 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 5, p. 40.

71 In het onderwijs heeft alleen het hoger beroepsonderwijs gekozen voor het instellen van een sectorale ontslagcommissie, die is ondergebracht bij de Stichting Onderwijsgeschillen te Utrecht. Bij het opstellen van een sociaal plan kunnen partijen voor de uitvoering van het sociaal plan een ontslagcommissie instellen. Zie over de ontslagcommissie in het onderwijs: R. de Bekker, ‘De cao-ontslagcommissie en de identiteitscommissie: dé gelegenheid om maatwerk te creëren’, *School en Wet*, 2017-3, p. 13-19.

zijn steeds mogelijk, doch kunnen wel verschillende gevolgen hebben afhankelijk van de aanwezigheid van een beding.

Tegen de tussentijdse opzegging staat de normale rechtsbescherming open die geldt voor elke opzegging.

In beginsel is tussentijdse opzegging niet mogelijk zonder contractuele grondslag. Dit blijkt uit de woorden 'kan slechts'. Een uitzondering geldt voor opzeggingen in de proeftijd of wegens dringende redenen, waar de wet in deze mogelijkheid voorziet.

Is contractueel niet voorzien in de mogelijkheid van een tussentijdse opzegging, dan kunnen partijen wel de kantonrechter verzoeken om een ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Voor de werkgever geldt dan dat hij in dat geval zich moet baseren op een van de gronden genoemd in artikel 7:669 lid 3 BW en dat hij zich bij al die gronden moet wenden tot de kantonrechter en niet tot het UWV of de cao-ontslagcommissie. Zie met name artikel 7:671b lid 1 onder c BW. Voor de werknemer geldt als grondslag artikel 7:671c BW.

Geschiedt een tussentijdse opzegging zonder contractuele grondslag, dan staan daar twee sancties op, zo vermeldt artikel 7:677 lid 4 BW.

In de eerste plaats is degene die opzegt dan aan de wederpartij een vergoeding verschuldigd gelijk aan het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst geduurd zou hebben indien deze van rechtswege zou zijn geëindigd. De kantonrechter kan deze vergoeding matigen, indien hem dit met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt, maar tot niet minder dan het in geld vastgestelde loon voor drie maanden.⁷² In de tweede plaats kan, in het geval de werkgever heeft opgezegd, de werknemer de kantonrechter verzoeken de opzegging te vernietigen. De werknemer kan zelf kiezen welke van de twee mogelijkheden hij benut. In beide gevallen dient het verzoek binnen twee maanden na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter te worden ingediend (artikel 7:686a lid 4 onder a ten 2° BW).

Zegt de werknemer tussentijds op, zonder daartoe strekkend beding, dan heeft de werkgever slechts de mogelijkheid om vergoeding te vorderen en niet om de opzegging te vernietigen. Dat zou ook niet zinvol zijn, omdat het toch niet mogelijk is voor hem om nakoming van de arbeidsverplichting af te dwingen.

Ragetlie-regel

Indien een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst, die anders dan door rechtsgeldige opzegging of door ontbinding door de rechter is geëindigd, wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, is in beginsel voorafgaande opzegging van deze laatste overeenkomst nodig (artikel 7:667 lid 4 en 5 BW). Deze zogeheten *Ragetlie*-regel is gebaseerd op een arrest van de Hoge Raad⁷³ dat later is gecodificeerd. Artikel 7:667 lid 5 BW kan bijvoorbeeld van toepassing zijn indien hetzelfde werk wordt voortgezet als uitzendkracht.

72 HR 19 februari 1988, NJ 1988/468 (*Marcel Muyres Lelystad/Dekker*).

73 HR 4 april 1986, NJ 1987/678 (*Ragetlie/SLM*).

Met de woorden ‘rechtsgeldige opzegging’ hiervoor wordt de wettelijke omschrijving samengevat. Essentieel is daarbij dat wanneer de wijze van beëindiging door het UWV respectievelijk de rechter is getoetst, dan wel deze toetsing niet verplicht was, de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig geëindigd mag worden geacht. Een beëindigingsovereenkomst valt daar niet onder. Evenmin het in onderlinge overeenstemming vervangen van een overeenkomst voor onbepaalde tijd door één voor bepaalde tijd.⁷⁴ Indien de werkgever de arbeidsovereenkomst in de proeftijd opzegt en vervolgens een contract voor bepaalde tijd aanbiedt, is de *Ragettlie*-regel derhalve niet van toepassing. Hiermee is een mogelijkheid van misbruik van de proeftijd intact gelaten.

Voortzetting arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Beide partijen zijn in beginsel vrij om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na afloop al dan niet te voort te zetten (te verlengen). Uitzonderingen op dit beginsel gelden in geval van ongelijke behandeling of van strijd met de eis van goed werkgeverschap. De werkgever die op eigen initiatief de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet aansluitend voortzet, is wel verplicht tot betaling van een transitievergoeding (artikel 7:673 lid 1 onder a ten 3° BW).

Het wettelijk stelsel kent geen uitdrukkelijke aanknopingspunten voor een toetsing van de weigering van de werkgever om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na afloop voort te zetten. In beginsel staat het de werkgever vrij om geen nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te bieden. Wel is een weigering daartoe op discriminerende gronden verboden.

Een tweede toetsingsgrond betreft de eis van goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW). Zo handelt een werkgever in strijd met deze norm indien hij op willekeurige gronden een werknemer een contractverlenging weigert, die hij wel aan anderen in dezelfde situatie aanbiedt.⁷⁵ Indien de arbeidsverhouding tussen partijen zich uitstrekt over een jarenlange periode waarin de werknemer seizoenarbeid verricht, kan de arbeidsovereenkomst een zodanig duurzaam karakter hebben gekregen dat een werkgever niet zomaar mag besluiten om de werknemer geen nieuw contract aan te bieden. De werkgever mag dat dan alleen doen wanneer hij daartoe een gegronde reden heeft.⁷⁶ Een onderwijswerkgever kan dus niet redeneren dat tijdelijke aanstellingen die slechts een gedeelte van het jaar betreffen ieder jaar zonder meer vanzelf aflopen. Indien een voortzetting in het volgende schooljaar niet de bedoeling is, doet de werkgever er verstandig aan dit reeds tijdig voor de afloop van het voorafgaande seizoen mee te delen en niet pas op het laatste moment, zodat de betrokken leerkracht nog elders kan solliciteren. Aan de hand van het criterium van goed werkgeverschap, dat hier post-contractuele werking heeft, kan de rechter beoordelen of er gegronde redenen zijn voor

⁷⁴ Hof Arnhem 11 maart 2003, *JAR* 2003/104.

⁷⁵ Zie D.J.B. de Wolff, *De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd* (Monografieën Sociaal Recht nr. 13), Deventer: Wolters Kluwer 1999, p. 198-200 met verwijzing naar jurisprudentie.

⁷⁶ Kantonrechter Heerenveen 20 november 1996, *JAR* 1997/17; Kantonrechter Amsterdam 26 maart 1998, *JAR* 1998/155 en Kantonrechter Groningen 14 maart 2007, *JAR* 2007/102.

een beëindiging van een dergelijke arbeidsrelatie en wat de eventuele gevolgen zijn van een tekortkoming op dit punt.

Aanzepplicht

Bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd rust op de werkgever een aanzepplicht. De werkgever moet de werknemer schriftelijk uiterlijk een maand voordat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, informeren over het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst en, bij voortzetting, over de voorwaarden waaronder hij de arbeidsovereenkomst wil voortzetten (artikel 7:668 lid 1 BW).

Het doel van deze aanzepplicht is dat de werkgever eventuele mondelinge toezeggingen aan de werknemer formaliseert via een schriftelijke aanzegging, waardoor wordt voorkomen dat hij een toezegging niet nakomt. Daarnaast moet de plicht het voor de werkgever financieel minder aantrekkelijk maken om tot het laatste moment te wachten met de mededeling dat er geen vervolgcontract zal worden aangeboden. Ten slotte past de regeling in het streven naar meer werkzekerheid van werknemers. Als zij op de hoogte zijn van het feit dat de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd, kunnen zij tijdig omzien naar een andere baan.⁷⁷

In de wetsgeschiedenis heeft de minister van SZW desgevraagd bevestigd dat de werkgever de aanzegging meteen al bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst zou kunnen doen. De bescherming van de werknemer ziet hij dan vooral in de tijdige wetenschap dat hij naar een andere baan moet omzien. Daarbij meent de minister dat werkgevers terughoudendheid zullen betrachten indien zij de mogelijkheid van een voortgezet arbeidscontract willen openhouden, omdat de werknemer anders al direct op zoek zal gaan naar ander werk.⁷⁸ Toch betekent dit nog niet per se dat de werkgever reeds in de arbeidsovereenkomst zelf of op moment van sluiting van de arbeidsovereenkomst de aanzegging mag doen. Zou dit een vaste praktijk worden, dan zou op deze wijze de betekenis van de aanzepplicht worden uitgehold. Uit de tekst van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zelf blijkt gewoonlijk reeds de einddatum. De aanzegging in dezelfde overeenkomst of gelijktijdig gedaan zou dan niets toevoegen. Dit zou de bepaling zinledig maken. Daarbij komt dat de aanzegging door de werkgever in een later stadium zonder bezwaar weer kan worden ingetrokken en kan worden vervangen door een aanbod tot verlenging. Op dergelijk gedrag zou dus ook nauwelijks een sanctie staan. Werkgevers die zo vroegtijdig de aanzegging doen, zouden er in elk geval verstandig aan doen de aanzegging nog eens te herhalen tegen het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, om het risico uit te sluiten dat de wijze van aanzegging toch niet als correct zal worden beschouwd. Een nadeel van een vroegtijdige aanzegging is voorts dat de werkgever daar later spijt van zou kunnen krijgen als hij de werknemer alsnog wil behouden en deze reeds een heenkomen elders heeft gevonden. De aanzepplicht is niet van toepassing indien bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst schriftelijk is overeengekomen dat deze eindigt op een tijdstip dat niet op

77 Boot, Houweling & Keulaerds, *Parlementaire geschiedenis Wwz*, Den Haag: Boomjuridisch 2015, p. 376.

78 Boot, Houweling & Keulaerds, *Parlementaire geschiedenis Wwz*, Den Haag: Boomjuridisch 2015, p. 367.

een kalenderdatum is gesteld. Evenmin is de aanzegplicht van toepassing indien de arbeidsovereenkomst is aangegaan voor een periode korter dan zes maanden (artikel 7:668 lid 2 BW).

Indien de werkgever de aanzegplicht niet is nagekomen, dan is hij aan de werknemer als *sanctie* een vergoeding verschuldigd, gelijk aan het bedrag van het in geld vastgestelde loon voor één maand (artikel 7:668 lid 3 BW). De vergoeding bedraagt in beginsel een maand loon.⁷⁹ Indien de werkgever de verplichting niet tijdig is nagekomen, is hij aan de werknemer een vergoeding naar rato verschuldigd. Deze vergoeding is ook verschuldigd in de situatie waarin de werkgever wel heeft aangegeven de arbeidsovereenkomst te willen voortzetten, maar niet onder welke voorwaarden hij dit wil. De aanzegging moet volledig aan de wettelijke eisen voldoen.

Voortzetting zonder tegenspraak

Indien de arbeidsovereenkomst na het verstrijken van de bepaalde tijd door partijen zonder tegenspraak wordt voortgezet, en de werkgever de aanzegplicht niet is nagekomen of geen aanzegplicht van toepassing was, wordt zij geacht voor dezelfde tijd, doch telkens ten hoogste voor een jaar, op dezelfde voorwaarden wederom te zijn aangegaan (artikel 7:668 lid 4 BW).

Het is overigens toegestaan om bij cao of in het individuele arbeidscontract voor een hiervan afwijkend regime te kiezen. De bepaling is niet van dwingend recht.

De 'tegenspraak' kan worden afgeleid uit gedragingen rond de einddatum.⁸⁰ Uit het feit dat wordt doorgewerkt, kan niet zonder meer worden afgeleid dat dit 'zonder tegenspraak' plaatsvindt. Indien de werkgever bezwaar heeft gemaakt tegen een verlenging, doch wel bereid was een korter durende verlenging overeen te komen, kan worden verondersteld dat de overeenkomst voortduurt voor de tijd die de werkgever heeft aangeboden.⁸¹ Indien de werkgever geen duidelijk aanbod heeft gedaan, doch de onderhandelingen ten tijde van de voortzetting nog gaande waren, moet worden uitgegaan van een voortzetting voor de duur van de onderhandelingen.⁸²

Anders ligt het wanneer partijen de duur van een eventuele verlenging tevoren waren overeengekomen. De werkgever heeft dan niet de vrijheid de duur van de verlenging eenzijdig te beperken.⁸³

Onder de 'vroegere voorwaarden' valt in beginsel de gehele arbeidsovereenkomst. Aangenomen wordt dat het concurrentiebeding niet opnieuw schriftelijk behoeft te worden aangegaan, omdat het onredelijk is om bij een stilzwijgende voortzetting wel voor het concurrentiebeding een nieuw schriftelijk stuk te verlangen. De werknemer dient bovendien naast de lusten ook de lasten van het contract voort te zetten.⁸⁴

79 Zie hiervoor nader het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding.

80 HR 29 december 1939, NJ 1940/274.

81 HR 19 oktober 2007, NJ 2007/564, JAR 2007/284, RAR 2008/1 (*Bauer-Vermue/Emergis*).

82 Hof Amsterdam 27 september 2007, RAR 2008/39.

83 Hof Amsterdam 26 juli 2007, RAR 2008/16.

84 Hof Amsterdam 25 januari 2011, JAR 2011/149.

Achterwege blijven tijdige opzegging

Dezelfde automatische verlenging van de overeenkomst geldt, wanneer in de gevallen waarin opzegging nodig is, tijdige opzegging achterwege blijft en de gevolgen van de voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet opzettelijk zijn geregeld (artikel 7:668 lid 5 BW).

Opzegging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is nodig in het geval dat dit is overeengekomen of de wet of het gebruik het voorschrijft (artikel 7:667 lid 2 BW). De wet schrijft dit voor bij toepasselijkheid van de hiervoor besproken *Ragettie*-regel (artikel 7:667 lid 4 BW). Soms regelt de wet de gevolgen van de voortzetting, bijvoorbeeld voortzetting voor onbepaalde tijd volgens artikel 7:668a BW. Het kan ook in de overeenkomst zijn gebeurd, bijvoorbeeld doordat is overeengekomen dat bij verlenging de overeenkomst voor onbepaalde tijd zal gaan gelden. Een dergelijk beding kan ook in de cao voorkomen. Het is ook mogelijk dat wordt overeengekomen dat bij achterwege blijven van een opzegging de overeenkomst voor een kortere periode wordt voortgezet. De bepaling is niet van dwingend recht.

Het begrip 'tijdige opzegging' doelt op het moment waarop de rechtsgeldige opzegging is gedaan. De opzegging dient zo tijdig te gebeuren, dat voor de einddatum van de overeenkomst de opzegtermijn is voltooid. Indien voor de opzegging toestemming van het UWV of cao-ontslagcommissie op grond van artikel 7:671a BW nodig was en deze niet is verleend, is de opzegging per definitie ontijdig gedaan.

Er bestaat echter discussie over de vraag wat de status is van de arbeidsovereenkomst indien de opzegging ontijdig is gedaan. Luttmer-Kat heeft betoogd dat de opzegging wel rechtsgeldig is, maar onregelmatig.⁸⁵ Dit zou meebrengen dat indien een voor een jaar gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ontijdig wordt opgezegd, toch zou voortduren tot het einde van de opzegtermijn. Voor het resterende deel van het tweede jaar zou schadeloosstelling wegens onregelmatig ontslag verplicht zijn.⁸⁶ Van den Heuvel betoogt daarentegen dat de opzegging niet geldig is, en dat de arbeidsovereenkomst dus het tweede jaar doorloopt.⁸⁷ Hier botsen twee uitgangspunten: een voortijdige opzegging leidt in het algemeen tot onregelmatigheid van het ontslag, niet tot vernietigbaarheid. Maar tegelijkertijd bepalen artikel 7:668 lid 1 en 2 BW samen dat de overeenkomst geacht wordt opnieuw te zijn aangegaan. De opvatting van Van den Heuvel lijkt wetstechnisch het meest logisch. Deze heeft voor de werkgever bovendien praktisch als voordeel dat deze werk kan eisen tegenover het te betalen bedrag. De lezing van Luttmer-Kat zou voor de werkgever het voordeel kunnen hebben dat de schadeloosstelling wordt gematigd. De werkgever behoudt echter de mogelijkheid om opnieuw (al dan niet onregelmatig) op te zeggen, al dan niet met nieuwe toestemming van het UWV.

Partijen kunnen ook een beëindigingsovereenkomst sluiten waarmee de overeenkomst wordt verlengd, maar niet in de vorm van een voortgezette tijdelijke arbeidsovereen-

⁸⁵ A.M. Luttmer-Kat, *SR* 1997, p. 9.

⁸⁶ Zij verwijst hierbij naar HR 20 maart 1992, *NJ* 1992/725 (*Driessen/KUN*).

⁸⁷ L.H. van den Heuvel, *SR* 1997, p. 113, met reactie p. 187.

komst. Indien dit tijdig voor het aflopen van de aanvankelijke overeenkomst voor bepaalde tijd wordt gedaan, kan dit worden beschouwd als het opzettelijk regelen van de voortzetting.⁸⁸

Opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd – de ketenregeling

Door een te opeenvolgend gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zou de werknemer ook bij een langdurig dienstverband verstoken blijven van rechtsbescherming tegen ontslag. Dit tegen te gaan, is een belangrijk oogmerk van de EU-richtlijn tijdelijk werk. De richtlijn gaat ervan uit dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd het normale type arbeidsovereenkomst is.⁸⁹ De richtlijn geeft drie opties om misbruik te voorkomen: beperking van de gronden voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, beperking van het aantal opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd of beperking van de duur van elkaar opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De Nederlandse wetgever heeft gekozen voor toepassing van de twee laatste opties. Mede ter implementatie van de richtlijn beperkt de wet derhalve op twee manieren het aantal opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De beperking geldt zowel in de tijd (eerste regel) als in het aantal overeenkomsten (tweede regel). De eerste regel is dat vanaf de dag dat elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tussen dezelfde partijen langer dan 36 maanden duren, de laatste overeenkomst geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd. De tweede regel luidt dat ook de vierde achtereenvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussen dezelfde partijen geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd (artikel 7:668a lid 1 BW). Deze bepaling – in de wandeling aangeduid als de ‘ketenregeling’ – beoogt misbruik van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd door aaneenrijging van elkaar opvolgende tijdelijke contracten tegen te gaan.

De eerste regel beoogt de totale termijn van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te beperken tot drie jaar. Deze regel beperkt dus niet de mogelijkheid om bijvoorbeeld een eerste arbeidsovereenkomst voor de duur van vier jaar te sluiten, zoals bijvoorbeeld gebeurt aan universiteiten voor de aanstelling van promovendi. Pas een opvolgende arbeidsovereenkomst wordt dan geacht voor onbepaalde tijd te zijn overeengekomen. De Wet werk en zekerheid beperkte de termijn in 2015 tot twee jaar, maar de Wet arbeidsmarkt in balans heeft de tussen 1990 en 2015 geldende termijn van drie jaar met ingang van 1 januari 2020 weer hersteld.

De tweede regel beperkt het aantal overeenkomsten. Een en ander brengt mee dat een werkgever gestimuleerd wordt om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd niet voor te korte tijd overeen te komen, omdat hij de overeenkomst slechts tweemaal kan verlengen zonder een vast dienstverband aan te gaan.

Ook indien een arbeidsovereenkomst wordt gesloten voor betrekkelijk bepaalde tijd, bijvoorbeeld voor de duur van een bepaald werk, telt deze mee in de ‘keten’ van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de zin van dit artikel.

⁸⁸ HR 20 april 1979, NJ 1979/468 (*Bruinsma/KUN*).

⁸⁹ Clausule 5 van de Raamovereenkomst behorende bij EU-Richtlijn 1999/70/EG.

Als regel zal de vierde arbeidsovereenkomst een voortzetting zijn van de derde en blijven de arbeidsvoorwaarden gelijk. Het is echter mogelijk om te bedingen dat in de vierde arbeidsovereenkomst de arbeidsvoorwaarden worden gewijzigd. De EU-richtlijn inzake tijdelijke arbeid verzet zich er echter tegen dat bij een dergelijke aanpassing de arbeidsvoorwaarden aanmerkelijk worden verlaagd.⁹⁰

Het is niet mogelijk om door een wijziging van de einddatum van de derde aanstelling de regeling te ontwijken.⁹¹

Voor werknemers die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt, geldt als maximumduur voor elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd 48 maanden en als maximaal aantal elkaar opvolgende contracten zes. Voor de toepassing hiervan tellen alleen contracten mee die zijn aangegaan na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, artikel 7:668a lid 12 BW.⁹²

Onderbrekingsperiode

De ketenregeling geldt ook indien elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten een tussenpoos hebben gehad van ten hoogste zes maanden.

Deze regel beoogt eveneens misbruik tegen te gaan. Tot 1999 werd als onderbrekingsperiode slechts minder dan 31 dagen aangehouden. Het kwam dan voor dat een werkgever een werknemer een maand zonder werk liet en vervolgens weer in dienst nam. Op deze wijze kon de onderbrekingsregeling oneigenlijk worden gebruikt. In 1999 werd daarom de onderbrekingsperiode verlengd tot ten hoogste drie maanden. Hierdoor werd oneigenlijk gebruik van de onderbrekingsregeling minder eenvoudig. Het is immers voor een arbeidsorganisatie moeilijker om een afwezigheid van maanden op te vangen. Daarnaast is bij een langdurige onderbreking het risico voor de werkgever groter dat de werknemer in de tussentijd elders een functie aanvaardt. De periode van drie maanden werd nog te kort bevonden: in 2015 is de onderbrekingsperiode verlengd tot ten hoogste zes maanden.

EU-Richtlijn 1999/70/EG eist dat de wetgever de onderbrekingsperiode bepaalt. Uit jurisprudentie blijkt dat het hof de lengte van deze periode ook inhoudelijk toetst. Een periode van twintig werkdagen werd te kort geacht.⁹³ Of een periode van zes kalendermaanden voldoende is, werd nog niet beslist.

In de wetsgeschiedenis is door de minister van SZW betoogd dat als jaar in, jaar uit contracten voor bepaalde tijd worden afgesloten met steeds een onderbreking met de wettelijk toegestane periode, op enig moment sprake kan zijn van misbruik van recht om ontslagbescherming van de werknemer tegen te gaan. De minister achtte het de taak van de rechter om dit te beoordelen.⁹⁴ Sederdien maakte de Hoge Raad uit dat van een ongeoorloofde ontduiking van artikel 7:668a BW niet reeds sprake is door het

90 HvJ EU 8 maart 2012, nr. C-251/11, JAR 2012/117 (*Huet/Université de Bretagne occidentale*).

91 HvJ EU 11 februari 2021, ECLI:EU:C:2021:11 (*Ota*); Kantonrechter Leiden 30 juni 2021, JAR 2021/183.

92 Deze bepaling is ingevoerd door de Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd van 30 september 2015, Stb. 2015, 376.

93 HvJ EG 4 juli 2006, nr. C-212/04, Jur. 2006, p. I-6057, NJ 2006/593, JAR 2006/175 (*Adeneler/ELOG*).

94 Kuip & Scholtens, *Parl. Gesch. Flex en zekerheid* 1999, p. 546.

enkele feit dat werkgever en werknemer overeenkomen dat de werknemer na het verstrijken van een tussenpoos van meer dan de wettelijke periode weer in dienst van de werkgever zal treden.⁹⁵ Dit zou weer wel het geval kunnen zijn indien sprake is van een jarenlang, stelselmatig beleid van de werkgever om op deze wijze onder de wettelijke bepalingen uit te komen.

De perioden tussen elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van minder dan zes maanden tellen mee voor de berekening van de maximumduur van 36 maanden, voor opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 7:668a lid 1 BW.

Inhoud opvolgende arbeidsovereenkomsten

De ketenregeling geldt bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tussen dezelfde partijen, ook als die inhoudelijk van karakter verschillen.

De inhoud van de arbeidsovereenkomst is niet van belang voor de toepasselijkheid van de ketenregeling. Ook indien verschillende elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met dezelfde werknemer verschillende werkzaamheden betreffen, worden zij als elkaar opvolgend beschouwd. Hiermee wordt ontwijking van de regeling via constructies, zoals het louter voor dit doel afwisselen van werkzaamheden, tegengegaan.

Geen draaideur

De ketenregeling is van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolgers te zijn (artikel 7:668a lid 2 BW).

Een in het verleden wel toegepaste constructie was dat een werknemer afwisselend rechtstreeks in tijdelijke dienst van de werkgever werkte en als uitzendkracht via een uitzendbureau hetzelfde werk deed, waarbij de werkgever nu als inlener optrad. Deze 'draaideurconstructie' is in de rechtspraak niet geaccepteerd. In het *Campina*-arrest werd uitgemaakt dat zij bij jarenlang gebruik niet kon leiden tot ontneming van het recht op ontslagbescherming.⁹⁶

Sinds 1999 is deze regel gecodificeerd door de bepaling dat de ketenregeling ook van toepassing is op verschillende werkgevers die ten aanzien van de te verrichten arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolgers te zijn, de zogeheten anti-draaideurbepaling. Voor de toepassing van deze bepaling is – anders dan bij opeenvolgende arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever, zoals hiervoor vermeld – wel vereist dat de werknemer voor beide werkgevers hetzelfde werk verrichtte. Uit de anti-draaideurbepaling volgt ook dat perioden waarin de werknemer voordien hetzelfde werk deed als uitzendkracht meetellen voor het totaal aantal arbeidsovereenkomsten. De regeling geldt overigens ook omgekeerd: indien de uitzendwerkgever de vierde arbeidsovereenkomst sluit of die waarin de periode van 36 maanden wordt overschre-

⁹⁵ HR 29 juni 2007, NJ 2007/355, JAR 2007/215, RAR 2007/121 (*Simpson/Greenpeace*).

⁹⁶ HR 22 november 1991, NJ 1992/707 (*Campina*).

den, ontstaat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met het uitzendbureau. In verband hiermee plegen uitzendbureaus bij indienstneming van uitzendkrachten naar hun arbeidsverleden te informeren. Om misverstanden te vermijden, is toegevoegd dat de regel geldt ongeacht de vraag of bij de opvolgende werkgever inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. Het gebruik van een payrollovereenkomst om de ketenregeling te ontwijken, is door de rechtspraak uitgesloten.⁹⁷

In de keten van opvolgende arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW tellen ook arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd mee.⁹⁸

De wet biedt de mogelijkheid om van de regeling van opvolgend werkgeverschap bij cao ten nadele van de werknemer af te wijken (artikel 7:668a lid 6 BW). Deze mogelijkheid is in de wet niet verder begrensd. De toelichting bij deze bepaling vermeldde evenwel dat het niet verantwoord zou zijn indien een cao de gehele regeling buiten toepassing zou verklaren. Op grond hiervan werd de bepaling van artikel 23 lid 11 Cao-NU waarin dit toch is gebeurd, door de rechter nietig geacht.⁹⁹

De regel is ook van toepassing bij doorstart na faillissement van de werkgever. In dat geval gaan rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomsten met de vervreemder niet van rechtswege over op de verkrijger (artikel 7:666 lid 1 BW). Sluit de overnemer echter met een werknemer die in dienst was van de vervreemder een arbeidsovereenkomst voor dezelfde werkzaamheden, ook al is de oude arbeidsovereenkomst rechtsgeldig opgezegd door de curator, dan telt deze vroegere arbeidsovereenkomst wel mee voor de keten van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 7:668a BW.¹⁰⁰ Het komt een enkele maal voor dat een school failliet gaat en de kinderen overgaan naar een andere school. Wanneer het personeel daarbij voor een deel mee overgaat, geldt het voorgaande derhalve ook voor deze groep.

Korte verlenging

De regel dat indien elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tussen dezelfde partijen samen langer dan 36 maanden duren, de laatste geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd, is niet van toepassing indien een arbeidsovereenkomst aangegaan voor niet meer dan drie maanden onmiddellijk volgt op een tussen dezelfde partijen aangegane arbeidsovereenkomst voor 36 maanden of langer (artikel 7:668a lid 3 BW).

De ratio hiervoor is dat indien de eerste arbeidsovereenkomst een betrekkelijk lange duur heeft (ten minste twee jaar), de precieze einddatum van de werkzaamheden soms moeilijk vooraf is te voorzien. Het kan dan zijn dat partijen willen overeenkomen de arbeidsovereenkomst nog gedurende een korte tijd te verlengen. Indien die periode minder is dan drie maanden, is het lastig om de normale opzegregels toe te passen omdat toepassing hiervan dikwijls al een periode van tegen de drie maanden vergt. Deze bepaling kan bijvoorbeeld van belang zijn voor werknemers die na een langdurig tijdelijk contract nog een korte verlenging krijgen om hun project af te ronden.

97 HR 21 februari 2020, NJ 2020/92, JAR 2020/87, RAR 2020/73 (*Taxi Dorenbosch*).

98 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 263, nr. 6, p. 40.

99 Ktr. Arnhem 18 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5633.

100 HR 14 juli 2006, NJ 2007/101, JAR 2006/190, RAR 2006/122 (*Boekenvoordeel/Isik*).

In het verleden was er discussie over de vraag of in het kader van een beëindigings-overeenkomst een korte verlenging mocht worden afgesproken zonder dat de arbeidsovereenkomst werd beschouwd als een voortgezette arbeidsovereenkomst met de daarvoor geldende ontslagbescherming. In de jurisprudentie werd een periode van circa drie maanden voor een dergelijke verlenging door middel van een beëindigings-overeenkomst acceptabel geacht.¹⁰¹ Thans is deze jurisprudentie voor dit specifieke geval in de wet vastgelegd. Daaruit kan worden afgeleid dat in andere gevallen waarin partijen afspreken dat de arbeidsovereenkomst gedurende een korte periode na de aanvankelijk overeengekomen einddatum wordt verlengd, de periode van verlenging moet worden beschouwd als een nieuwe arbeidsovereenkomst in de zin van dit artikel.

Afwijkingsmogelijkheden

Van artikel 7:668a lid 1 BW kan in beperkte mate bij cao worden afgeweken. In enkele bijzondere gevallen zijn ook andere afwijkingen voorzien (artikel 7:668a lid 5-11 BW). Bij cao kan de maximale periode van 36 maanden waarin tijdelijke contracten zijn toegelaten worden verlengd tot ten hoogste 48 maanden. Daarnaast kan op deze wijze het maximale aantal van drie overeenkomsten van bepaalde tijd, bedoeld in artikel 7:668a lid 1 onderdeel b BW, worden verhoogd tot ten hoogste zes. Deze tweede mogelijkheid tot afwijking is echter alleen mogelijk voor functies of functiegroepen die in de cao worden bepaald en waarvoor de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging of verhoging vereist (artikel 7:668a lid 5 BW). In hoeverre van deze mogelijkheden tot afwijking in het onderwijs gebruik wordt gemaakt, zal worden behandeld in hoofdstuk 5. Deze uitzonderingsmogelijkheden zijn veel stringenter dan de volledige vrijheid om bij cao af te wijken zoals die tot 2015 heeft bestaan. Met die beperking beoogt de bepaling beter dan voorheen aan te sluiten bij de eisen van clause 5 uit de Raamovereenkomst bij EU-Richtlijn 1999/70/EG. Deze luiden dat, teneinde misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen, de lidstaten een of meer van de volgende maatregelen treffen:

- 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; of
- c. vaststelling van het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten of verhoudingen mogen worden vernieuwd.

Uit onderzoek was gebleken dat cao's in Nederland te ruime uitzonderingen op de bepaling toelieten.¹⁰² Overigens kan op het misbruikverbod van clause 5 punt 1 van de richtlijn door particulieren ten opzichte van elkaar geen rechtstreeks beroep worden gedaan: een EU-richtlijn heeft geen rechtstreeks-horizontale werking.¹⁰³

¹⁰¹ HR 20 april 1979, NJ 1979/468 (Bruinsma/KUN).

¹⁰² Smits & Van den Amele, *De Wet Flexibiliteit en zekerheid, een onderzoek naar de 3/4 bepalingen in de cao's van 2006, 2007*.

¹⁰³ HvJ EG 15 april 2008, nr. C-268/06, *Jur.* 2008, p. I-02483, NJ 2008/390, JAR 2008/130, RAR 2008/85 (*Impact*).

Bij cao kan voorts ongeclausuleerd worden afgeweken van artikel 7:668a lid 2 BW, dat de kwestie regelt van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten bij verschillende werkgevers (artikel 7:668a lid 6 BW).

Ten aanzien van de bestuurder van een rechtspersoon geldt de mogelijkheid om bij schriftelijke overeenkomst af te wijken van de maximale periode van 36 maanden van het eerste lid (artikel 7:668a lid 7 BW). Hiermee wordt het mogelijk om bijvoorbeeld een bestuurder voor twee perioden van vier jaar aan te stellen die beide van rechtswege aflopen. Deze bepaling kan dus ook worden toegepast op onderwijsbestuurders. De onzekerheid die dit voor de bestuurder meebrengt, kan deze wellicht compenseren in de hoogte van het salaris of door een beëindigingsvergoeding te bedingen die boven de transitievergoeding uitstijgt voor het geval de overeenkomst niet wordt voortgezet, zij het dat de hoogte hiervan weer wordt begrensd door de Wet normering topinkomens (Wnt).

Van de wettelijke mogelijkheden tot afwijking van de ketenregeling zijn er drie specifiek gericht op de onderwijssector. In de eerste plaats kan bij cao voor arbeidsovereenkomsten die overwegend zijn aangegaan omwille van de educatie van de werknemer worden afgeweken van de ketenregeling (artikel 7:668a lid 9 BW). Daarnaast is het artikel niet van toepassing op arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan in verband met een beroepsbegeleidende leerweg als bedoeld in artikel 7.2.2 Wet educatie en beroepsonderwijs (artikel 7:668a lid 10 BW). De derde specifieke regeling betreft de hierna te bespreken regeling voor vervangers in het primair onderwijs (artikel 7:668a lid 15 BW).

Vervangers in het primair onderwijs

Sinds 2020 kent de ketenregeling als gevolg van de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) ook een uitzondering voor vervangers van zieke leerkrachten in het primair onderwijs (artikel 7:668a lid 15 BW). Tot aan de invoering hiervan bepaalde een ministeriële regeling¹⁰⁴ sinds 1 januari 2017 dat ‘de werknemer op een school als bedoeld in artikel 1 van de Wet op het primair onderwijs of artikel 1 van de Wet op de expertisecentra, voor zover de arbeidsovereenkomst is aangegaan in verband met vervanging wegens ziekte van een werknemer die een onderwijsgevende of onderwijsondersteunende functie met lesgebonden of behandeltaken bekleedt’ een functie had in de zin van het achtste lid van artikel 7:668a BW. Dat betekende, dat de in artikel 7:668a BW opgenomen ketenbepaling bij cao voor deze functies buiten toepassing kon worden verklaard, ‘omdat het voor die functies in die bedrijfstak bestendig gebruik is en vanwege de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering en van die functies noodzakelijk is de arbeid uitsluitend te verrichten op grond van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd’. De ziektevervanger in het primair onderwijs werd daarmee op één lijn gesteld met – onder anderen – de betaald voetballer en de presentator van *RTL* die een ton of meer per jaar verdient. Sociale partners kwamen in hun onderhandelaarsakkoord voor de Cao-po 2018-2019¹⁰⁵ voor het eerst overeen dat voor ziektevervangers een uitzondering op de

104 Regeling ketenbepaling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonrechter, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0036763/2020-01-01>.

105 <https://www.poraad.nl/file/11345/download?token=ZT1hRitD>.

ketenbepaling zou gaan gelden. Die uitzondering is nu nog steeds opgenomen in artikel 3.1 Cao-po. De daaraan voorafgaande Cao-po 2016-2017¹⁰⁶ regelde in artikel 3.5a echter ook al dat artikel 7:668a BW niet van toepassing was op arbeidsovereenkomsten ‘voor ten hoogste 14 kalenderdagen in verband met de vervanging wegens onvoorzien ziekteverzuim van onderwijsgevend personeel en onderwijsondersteunend personeel met lesgebonden en/of behandeltaken’. Diezelfde cao kende alternatieve mogelijkheden als het min-maxcontract en het bindingscontract om tot op zekere hoogte een balans te vinden tussen het belang van de werkgever om veelvuldige, maar kortdurende vervangingen te kunnen realiseren enerzijds en het belang van de werknemer anderzijds om dat niet steeds op tijdelijke basis te hoeven doen.

Sinds 2020 is de cao-bepaling in beginsel een herhaling van artikel 7:668a, lid 15 BW. Maar wel beperkt het vijfde lid van artikel 3.1 Cao-po de periode waarin dergelijke arbeidsovereenkomsten mogen worden aangegaan tot 36 maanden. De memorie van toelichting bij de WABAB¹⁰⁷ motiveert het introduceren van het vijftiende lid in feite als een wens van sociale partners. Die baseerden hun oordeel dan weer op een rapport van Andersson Elffers Felix uit 2017. Heel overtuigend is de daarin opgenomen redenering echter niet. Deze luidt:

‘60% van de schoolbestuurders en 57% van de schoolleiders voor bijzonder onderwijs geeft aan dat gebruik gemaakt is van de mogelijkheden van de tijdelijke buitenwerkingstelling van de ketenbepaling door vervangers aan te nemen op kortdurende contracten. Van de maatregel is dus, zeker gezien de korte periode waar die betrekking op had, op grote schaal gebruik gemaakt. Daaruit kan worden geconcludeerd dat de maatregel voorziet in een behoefte.’¹⁰⁸

De alternatieve contractvormen die op dat moment in de cao waren opgenomen, zouden niet zijn gebruikt omdat ze nog maar kort in de cao stonden, ‘waarbij bovendien een deel van deze periode de ketenbepaling buiten werking is geplaatst. Andere mogelijke verklaring is dat deze contractvormen onvoldoende aantrekkelijk zijn’. Dit geheel lijkt echter een cirkelredenering. De memorie van toelichting vermeldt verder ‘dat kortdurende vervangingen door veel invalkrachten niet aantrekkelijk worden gevonden omdat ze dan snel aan het maximum van de ketenbepaling zitten bij een school of schoolbestuur waarvoor ze het liefst werken’. Deze stelling blijkt echter gebaseerd op een onderzoek van Penta Rho¹⁰⁹, waarin in dit opzicht slechts te lezen valt dat uit het gesprek met één van de dienstverleners blijkt dat 23 procent van de ingeschreven vervangers geen regulier contract (als pooler) wenst. De overige 77 procent wenst dat dan kennelijk wel en over de opvattingen van vervangers bij andere geïnterviewde dienstverleners wordt niets gezegd. Beide studies stellen daar-

106 https://www.poraad.nl/files/werkgeverszaken/cao_po_2016-2017_versie_per_1_januari_2017.pdf.

107 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074 nr. 3, p. 11.

108 Evaluatie CAO afspraken Primair Onderwijs, Utrecht 2017, www.poraad.nl/files/werkgeverszaken/eindrapport_-_evaluatie_cao_afspraken_primair_onderwijs.pdf, p. 45.

109 <http://www.pentarho.nl/wp-content/uploads/2017/04/Een-QuickScan-van-de-effecten-van-de-Wwv-U17088.pdf>.

naast wel onmiskenbaar vast dat er een groot tekort aan (ziekte)vervangers in het primair onderwijs is. Met name het feit dat ‘uitval van onderwijstijd’ in het primair onderwijs ‘natuurlijk maatschappelijk onwenselijk’ is, is voor de wetgever aanleiding deze ziektevervangers uit te zonderen van de ketenregeling. Dit gebeurt dan meteen zó categorisch, dat er ook geen enkele limiet meer is op zowel het aantal als de duur van de elkaar opeenvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Ook telt een eerdere arbeidsovereenkomst als ziektevervanger niet mee in de keten als diezelfde werknemer daarna op een andere basis door dezelfde werkgever in dienst wordt genomen. De wetgever heeft hiermee de mogelijkheid geopend dat invalkrachten langdurig aan tijdelijke contracten worden gebonden, zonder uitzicht op een vast dienstverband, een bepaling die op gespannen voet staat met het Europees-rechtelijke voorschrift om regelingen te treffen tegen misbruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De Raad van State oefende hier al kritiek op uit en adviseerde om ‘de noodzaak van de specifiek voor het primair onderwijs voorgestelde maatregel dragend te motiveren’.¹¹⁰ Maar een amendement van het lid Van Dijk¹¹¹ om de specifieke uitzondering uit de WAB te schrappen haalde het niet. Slechts de beperking in de Cao-po tot een periode van 36 maanden brengt de toepassing van deze uitzondering in de praktijk weer in lijn met de Europese richtlijn. Een en ander neemt niet weg dat de onbegrensde wettelijke uitzondering in strijd is met Europees recht. En dat daarnaast onder de cao-bepaling voor invalkrachten bij ziekte gedurende een periode van drie jaar geen limiet wordt gesteld aan het aantal tijdelijke contracten.

Conclusie

Bij de figuur van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is het van belang de arbeidsovereenkomst zorgvuldig op te stellen en voldoende aandacht te besteden aan de aanzegplicht en aan een goede regeling van de vorm en inhoud van de eventuele voortzetting van de arbeidsrelatie na afloop van de overeengekomen tijdsduur. Daarnaast kunnen vraagtekens worden gezet bij zowel de wettelijke onbegrensde als de volgens de cao zeer ruime uitzondering op de ketenregeling voor invallers bij ziekte in het primair onderwijs.

3.3 Oproepwerk

Onder oproeparbeid wordt arbeid verstaan die slechts wordt verricht wanneer de werkende specifiek wordt opgeroepen omdat er werk beschikbaar is. Dit kan zowel door middel van een telefonische of schriftelijke oproep gebeuren als op basis van een periodiek op te stellen rooster.

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074 nr. 4, p. 12.

¹¹¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074 nr. 24.

Definitie van oproepovereenkomst

De oproepovereenkomst is in 2020 nader wettelijk geregeld. Daartoe is de volgende wettelijke definitie ingevoerd: van een oproepovereenkomst is sprake als de omvang van de arbeid niet per maand of jaar is vastgelegd of de werknemer in afwijking van de normale regels geen recht heeft op loon, indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht (artikel 7:628a lid 9 BW). Het gaat hier om een zogeheten arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht.

In de toelichting op de wet wordt onderscheid gemaakt tussen twee soorten oproepovereenkomsten: een '*nulurencontract*' en een '*min-maxcontract*'. Een nulurencontract is een tijdelijke of vaste arbeidsovereenkomst waarin is overeengekomen dat de werknemer alleen arbeid verricht als hij wordt opgeroepen en dat er geen loon wordt betaald als er niet wordt gewerkt. Daartoe moet de loonbetalingsplicht op grond van artikel 7:628 BW worden uitgesloten. Dit kan in een individuele arbeidsovereenkomst overigens slechts gedurende zes maanden. Een min-maxcontract wordt omschreven als een overeenkomst waarin wordt geregeld dat een werknemer ten minste een aantal uren per week werkt – de garantie-uren – en dat dit aantal door de werkgever op oproepbasis kan worden verhoogd tot een bepaald maximum. Over de garantie-uren krijgt de werknemer altijd loon betaald, ook als de werkgever hem niet oproept om te komen werken.

In de eerste plaats is een oproepovereenkomst aanwezig indien de werknemer geen zekerheid heeft over de arbeidsomvang. De definitie bepaalt dat dit het geval is als de omvang van de arbeid niet is vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid van (1) ten hoogste een maand of (2) ten hoogste een jaar en het recht op loon van de werknemer gelijkmatig is gespreid over die tijdseenheid. Deze definitie is enigszins gebrekkig omdat deze alleen betrekking heeft op de vraag of de omvang van de arbeid is vastgelegd per tijdseenheid. Dit staat dus los van de vraag hoe de tijdstippen worden bepaald waarop gewerkt zal worden. Indien de werknemer wel zekerheid heeft over de arbeidsomvang, maar niet over de tijdstippen waarop zal worden gewerkt, omdat deze op afroep beschikbaar komen, zou deze arbeid niet onder de definitie van de oproepovereenkomst vallen. Dit kan echter niet de bedoeling zijn omdat de bepalingen van dit artikel over de oproeptermijn ook in dat geval van groot belang zijn voor de werknemer.

In de tweede plaats is volgens de definitie een oproepovereenkomst aanwezig indien de werknemer geen recht heeft op het naar tijdruimte vastgestelde loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht op grond van artikel 628 lid 5 of lid 7 BW of (voor uitzendkrachten) artikel 7:691 lid 7 BW. Deze tweede basis voor een oproepovereenkomst maakt de term 'oproepovereenkomst' ruimer dan in het spraakgebruik gangbaar is. Deze houdt in feite in dat iedere arbeidsovereenkomst waarbij gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om de loonbetalingsplicht bij niet-werken van artikel 7:628 BW contractueel uit te sluiten een oproepovereenkomst is. Het is daarom denkbaar dat een voltijds arbeidsovereenkomst met vaste arbeidstijden gedurende het eerste halfjaar een oproepovereenkomst is in de zin van dit artikel, omdat voor die periode de werking van artikel 7:628 lid 1 BW is uitgesloten. In een dergelijke situatie hebben de overige bepalingen van dit artikel overigens nauwelijks een functie omdat de oproep dan

niet steeds apart behoeft te worden gedaan en er dus geen behoefte is aan een oproep-termijn, noch aan een aanbod om na een jaar te komen tot een vaste arbeidsomvang.

Verplichtend karakter

In het geval van een oproepovereenkomst volgens de wettelijke definitie is sprake van een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht. Bij deze overeenkomst wordt dus al vanaf het begin een arbeidsovereenkomst gesloten. Daarmee verplicht de werkgever zich ook om werk te verschaffen indien dit beschikbaar is en de werknemer om aan oproepen gehoor te geven. De prestatieplicht is echter uitgesteld in die zin dat de werkgever binnen de grenzen van de overeenkomst nader kan bepalen wanneer er zal worden opgeroepen. De Hoge Raad oordeelde dat indien de verplichting voor de werknemer was overeengekomen om aan oproepen gehoor te geven, dat er een ondergeschiktheidsverhouding bestond en dat er dus sprake was van een arbeidsovereenkomst. Dit leidde tot het aannemen van een verplichting om de werknemer ook op te roepen indien er werk beschikbaar was.¹¹² Naar aanleiding van dit arrest pogen werknemers wel om aan het verplichtende karakter van de oproepovereenkomst te ontkomen door de verplichting om aan oproepen gehoor te geven in de overeenkomst uit te sluiten. Dat is echter geen effectieve methode indien de aldus overeengekomen vrijheid om oproepen te weigeren niet reëel bestaat. In de praktijk kan de vrijheid om oproepen te weigeren illusoir zijn, hetgeen kan blijken uit het feit dat aan oproepen vrijwel steeds gehoor wordt gegeven. Ook kan een plicht om aan oproepen te voldoen in de praktijk blijken te zijn ontstaan, door bijvoorbeeld een regelmatig arbeidspatroon of een zodanig omvangrijke inzet dat van vrijblijvendheid in de praktijk geen sprake meer is. In het geval van een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht is de werkgever op zijn beurt gehouden de werknemer op te roepen indien er arbeid beschikbaar is. In het geval van een pool van oproepkrachten dient hij als goed werkgever de oproepen evenredig over de oproepkrachten te verdelen.

Oproepovereenkomst is geen voorovereenkomst

Een apart type overeenkomst dat niet voldoet aan deze definitie, maar in het spraakgebruik ook wel wordt aangeduid als oproepcontract, is de *voorovereenkomst*. Deze wordt door de wet omschreven als een overeenkomst die de voorwaarden regelt van een of meer arbeidsovereenkomsten die partijen zullen sluiten indien na oproep arbeid wordt verricht (artikel 7:655 lid 6 BW). In dit geval wordt dus in de overeenkomst alleen vastgelegd onder welke voorwaarden een arbeidsovereenkomst kan worden gesloten als er werk beschikbaar is en de werknemer er op dat moment mee instemt dit werk te verrichten. De voorovereenkomst verbindt de beoogde werkgever daarom nog niet om werk aan te bieden, terwijl de beoogde werknemer zich nog niet verplicht om aan oproepen gehoor te geven. Ingeval er wordt opgeroepen op basis van een voorovereenkomst en daarop wordt ingegaan, zullen er als regel arbeidsovereenkomsten voor be-

¹¹² Zie voor een voorbeeld in de jurisprudentie de casus van een nachtwaker in HR 25 januari 1980, NJ 1980/264 (*Possemis/Hoogenboom*).

paalde tijd worden gesloten voor de periode waarvoor is opgeroepen. De formele vrijheid aan weerszijden sluit overigens niet uit dat een beoogde werknemer zich genoopt zal zien om een oproep die slecht uitkomt toch te aanvaarden om het risico te vermijden dat hij wegens een te geringe beschikbaarheid een volgende keer niet meer zal worden opgeroepen. De wet geeft slechts beperkte specifieke voorschriften voor de voorovereenkomst. De werkgever is ook bij een voorovereenkomst verplicht om de werknemer te informeren over verschillende aspecten van de arbeidsverhouding (artikel 7:655 lid 6 BW).

Voorovereenkomst meestal niet bruikbaar

Hoewel een zuivere voorovereenkomst partijen niet verplicht tot het daadwerkelijk verschaffen respectievelijk verrichten van arbeid, brengt deze wederzijdse vrijblijvendheid niet mee dat dit voor de werkgever steeds de meest aantrekkelijke contractvorm is. In de eerste plaats heeft de werkgever in veel gevallen behoefte aan een grotere gebondenheid van de werknemer. Deze kan immers bij een voorovereenkomst bij elke oproep beslissen of hij al dan niet komt werken. En hij kan de relatie ook op ieder moment verbreken zodra hij een beter aanbod krijgt van een andere werkgever. Ook de vrijblijvendheid is overigens beperkt. Zo kan indien er sprake is van een regelmatige inzet van de werkende, ook na verloop van tijd een arbeidsovereenkomst ontstaan als gevolg van de beschermende wettelijke bepalingen over de arbeidsovereenkomst. Dit betreft in de eerste plaats de bescherming tegen ketens van tijdelijke arbeidsovereenkomsten van artikel 7:668a BW. Bij meer dan drie opvolgende contracten voor bepaalde tijd ontstaat volgens deze bepaling een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd indien de onderbreking tussen twee contracten minder dan zes maanden heeft geduurd. Daarnaast geldt de doctrine van het primaat van de feiten, die mee kan brengen dat het feitelijke bestaan van een arbeidsovereenkomst (al dan niet in deeltijd) kan blijken uit de regelmaat van het verrichte werk. Het bewijsvermoeden van artikel 7:610a BW kan de werknemer helpen om dit aannemelijk te maken. Een voorovereenkomst is daardoor in de praktijk slechts hanteerbaar bij incidentele inzet van de werkende. In andere gevallen loopt de werkgever het risico dat de aanvankelijk bestaande voorovereenkomst zich op enig moment blijkt te hebben ontwikkeld tot een reguliere arbeidsovereenkomst of een oproepovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht.

Oproeptermijn

De werkgever dient bij oproepovereenkomsten de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht ten minste vier dagen van tevoren schriftelijk of elektronisch aan de werknemer bekend te maken (artikel 7:628a lid 2-4 BW). Indien de werkgever binnen vier dagen voor de aanvang van het tijdstip van de arbeid de oproep om arbeid te verrichten ten dele dan wel volledig intrekt of de tijdstippen wijzigt, heeft de werknemer recht op het loon waarop hij aanspraak zou hebben indien hij de arbeid in overeenstemming met de oproep zou hebben verricht. Om onduidelijkheid te voorkomen over de vraag of de werkgever de oproep heeft ingetrokken of gewijzigd, moet dit schriftelijk of elektronisch gebeuren (artikel 7:628a lid 3 BW). Indien de werkgever na het intrek-

ken van de oproep de werknemer alsnog oproept, behoeft de werknemer op grond van het tweede lid daaraan geen gehoor te geven. De aanspraak geldt ook indien de werkgever de oproep te laat heeft gedaan, dus één tot drie dagen voor de arbeid en de werknemer dus niet verplicht was om aan de oproep gehoor te geven, indien de werknemer bereid was om te komen werken. De regeling beschermt de werknemer immers tegen werkonzekerheid. Indien de werkgever binnen vier dagen voor het begin van de arbeid de oproep wil wijzigen, zal een goed werknemer uiteraard trachten hieraan mee te werken indien het een redelijk voorstel betreft. Maar indien de wijziging botst met andere verplichtingen, heeft hij het recht de wijziging af te wijzen. Indien de arbeid wordt uitgesteld tot een moment van meer dan vier dagen na het moment van wijziging, geldt ook de regel dat voor de geannuleerde arbeid dient te worden beloond, terwijl het nieuwe tijdstip wel bindt.

De termijn van vier dagen, bedoeld in lid 2 en 3, kan bij cao worden verkort, mits de termijn niet korter is dan 24 uur (artikel 7:628a lid 4 BW). Overigens kan de termijn ook worden verlengd, zowel in de cao als in de individuele arbeidsovereenkomst.

De wet voorziet in een afwijkingsmogelijkheid van de wettelijke regeling voor bij cao aangewezen functies die als gevolg van klimatologische of natuurlijke omstandigheden gedurende een periode van ten hoogste negen maanden per jaar kunnen worden uitgeoefend en niet aansluitend door dezelfde werknemer kunnen worden uitgeoefend voor een periode van meer dan negen maanden per jaar (artikel 7:628a lid 11 BW). Deze bepaling lijkt echter niet relevant voor de onderwijssector.

De regeling beoogt in geen geval dat de minimale termijn van vier dagen (of een afwijkende cao-termijn) de standaardtermijn wordt waarbinnen oproepkrachten worden opgeroepen. Zij regelt enkel wanneer een werknemer niet kan worden gehouden aan zijn oproep gehoor te geven en waarbinnen een werkgever bij afzegging loon verschuldigd is. De termijn is bedoeld om excessen te voorkomen. Artikel 4:2 Arbeidstijdenwet blijft bepalend voor het moment waarop een werknemer het arbeids- en rust-tijdenpatroon dient te ontvangen. Veelal zal het rooster eerder worden rondgestuurd en heeft ook de werkgever er belang bij om het rooster tijdig rond te krijgen en te weten of er voldoende werknemers beschikbaar zijn voor de werkzaamheden. Daardoor heeft dan ook de oproepkracht meer tijd om in geval van andere deeltijd- of oproepbanen roosters op elkaar af te stemmen en afspraken in het kader van werk-privé af te maken. Daarnaast zijn er geen consequenties indien de werknemer aanvaankelijk tijdig wordt opgeroepen maar de oproep ook weer wordt afgezegd buiten de termijn van vier dagen.

Daarnaast kan een werkgever binnen de vierdagentermijn natuurlijk wel nog steeds een verzoek doen aan de werknemer om te komen werken, bijvoorbeeld vanwege ziekte van een andere werknemer of spoedeisende opdrachten. Indien de werknemer in de gelegenheid is om te komen werken en het werk graag wil verrichten, kan hij die oproep aanvaarden. Hij is dan echter niet verplicht om aan de oproep van de werkgever gehoor te geven.

De regeling geldt alleen voor oproepovereenkomsten, waarbij dus de werknemer geen zekerheid heeft over de omvang van de te verrichten arbeid en het inkomen dat hij

daarmee kan verwerven. Indien de uren wel zijn overeengekomen, maar alleen de tijdstippen waarop de arbeid wordt verricht niet vaststaan, is er geen sprake van een oproepovereenkomst en geldt de oproeptermijn van vier dagen daarom niet, aldus de regering. De vraag op welke termijn in dit geval oproepen kunnen worden gedaan, gewijzigd en ingetrokken, moet daardoor mede worden beantwoord op basis van de algemene norm van goed werkgeverschap en goed werknemerschap (artikel 7:611 BW).

Voor de werknemer met een oproepovereenkomst geldt ook een verkorte opzegtermijn, die overeenkomt met de hiervoor behandelde vierdagetermijn (artikel 7:672 lid 5 BW).

De bepalingen zijn van eenzijdig dwingend recht (artikel 7:628a lid 11 BW). Afwijking is alleen mogelijk ten gunste van de werknemer.

Aanbod vaste arbeidsomvang

Steeds als de oproepovereenkomst twaalf maanden heeft geduurd, dient de werkgever binnen een maand schriftelijk of elektronisch een aanbod te doen voor een vaste arbeidsomvang, die ten minste gelijk is aan de gemiddelde arbeidsomvang in die voorafgaande periode van twaalf maanden (artikel 7:628a lid 5-8 BW).

Deze regeling is ingegeven door de wens flexibele arbeid mogelijk te maken, maar langdurige inkomensonzekerheid te voorkomen, daar waar wel een structurele arbeidsrelatie wordt aangegaan. De werkgever moet na twaalf maanden oproeparbeid een aanbod doen voor een vaste arbeidsomvang.

De toelichting is niet geheel duidelijk over de vraag of dit aanbod ook een nieuwe oproepovereenkomst kan meebrengen. In de Eerste Kamer heeft de regering gesteld dat dit slechts het geval zou zijn indien de werknemer het aanbod niet accepteert of indien het aanbod de mogelijkheid inhoudt dat de werknemer extra uren werkt, dus de vorm krijgt van een min-maxcontract.¹¹³ De wettekst spreekt echter slechts van een aanbod met betrekking tot de arbeidsomvang en niet van een aanbod om op vaste tijdstippen te werken, zodat verdedigd kan worden dat het oproepkarakter wat betreft de te werken uren behouden kan blijven. De oproepovereenkomst krijgt dan inderdaad een min-maxkarakter, waarbij de minimale arbeidsomvang van het voorafgaande jaar de ondergrens gaat vormen, maar waarbij de concrete tijdstippen waarop wordt gewerkt nog steeds op basis van oproep kunnen worden bepaald, zolang de minimale arbeidsomvang wordt gerespecteerd. Overigens kan de werknemer ook bij een oproepovereenkomst wel een beroep doen op de Wet flexibel werken om de werkgever te verzoeken om de spreiding van de uren vast te stellen overeenkomstig zijn wensen. Het karakter van oproeparbeid brengt echter mee dat de wensen van de werknemer moeten passen binnen de uren waarop de werkgever behoefte heeft aan het gebruik van oproepkrachten.

Het aanbod moet schriftelijk of elektronisch worden gedaan. Het aanbod betreft slechts de arbeidsomvang. Het aanbod hoeft geen vast contract in te houden of een voortzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De werkgever mag er dus

¹¹³ *Kamerstukken I* 2018/19, 35 074, nr. F, p. 51-53, onder 6.2.

voor kiezen om de arbeidsovereenkomst te beëindigen en een andere werknemer aan te stellen om hetzelfde werk te doen. Het doel van de regeling is immers het voorkomen van langdurige inkomensonzekerheid, daar waar wel een structurele arbeidsrelatie wordt aangegaan. De werkgever zal bij het besluit om eventueel af te zien van contractverlenging weloverwogen moeten kiezen, waarbij ook het behoud van goed en gemotiveerd personeel een rol speelt. Tevens heeft de werknemer bij het niet-verlengen van een contract recht op transitievergoeding.

De werknemer is niet gehouden het aanbod te aanvaarden. Hij kan desgewenst ervoor kiezen om de flexibiliteit in de arbeidsomvang te behouden. Om die reden vermeldt de bepaling ook dat steeds na twaalf maanden een nieuw aanbod dient te worden gedaan. De regeling vormt een spiegelbeeld van de regeling van het bewijsvermoeden van artikel 7:610b BW. Het initiatief ligt in dit geval bij de werkgever en bij het bewijsvermoeden bij de werknemer. Een beroep op het laatste artikel blijft daarnaast overigens nog steeds mogelijk. De periode van twaalf maanden is gekozen om rekening te kunnen houden met 'sectorale schommelingen'. Door de mogelijkheid ook een jaarnorm in te bouwen, ook bij de vaste arbeidsomvang, blijft het voor de werkgever ook bij een vaste arbeidsomvang mogelijk om rekening te houden met dergelijke sectorale schommelingen.

De omvang van het aanbod dient te worden gebaseerd op de gemiddelde omvang van de arbeid in de voorafgaande twaalf maanden. De wettekst vermeldt dat de uren waarvoor contractueel is afgeweken van de loonbetalingsplicht van artikel 7:628 lid 1 BW niet worden meegerekend voor de bepaling van de arbeidsomvang. Uit de toelichting blijkt voorts dat ziekte-uren wel worden meegeteld voor de berekening van de arbeidsomvang, evenals uren waarop niet wordt gewerkt, maar wel recht bestaat op loon, zoals wettelijke en bovenwettelijke vakantie-uren.

De termijn voor aanvaarding van het aanbod bedraagt ten minste een maand. Aangenomen mag worden dat de werkgever deze termijn verder mag bepalen en dat het aanbod vervalt indien de werknemer de termijn laat verlopen zonder op het aanbod in te gaan. De wet vermeldt geen sanctie voor het geval de werkgever geen aanbod doet. De werknemer zou zo nodig in rechte een gebod kunnen eisen tot het doen van een aanbod op straffe van een dwangsom. Eenvoudiger en effectiever lijkt evenwel een beroep op de bepaling dat gedurende de periode waarin de werkgever zijn verplichting tot het doen van een aanbod niet is nagekomen, de werknemer recht heeft op loon over door de wet bedoelde arbeidsomvang (artikel 7:628a lid 8 BW). Dit recht bestaat klaarblijkelijk ongeacht de vraag of daadwerkelijk over dit aantal uren arbeid is verricht.

Indien er sprake is van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, ontstaat de verplichting nadat er twaalf maanden een arbeidsovereenkomst is geweest in die keten, waarbij eventuele tussenpozen tussen de arbeidsovereenkomsten voor de berekening van die twaalf maanden niet worden meegeteld (artikel 7:628a lid 5 BW). Op deze manier wordt bewerkstelligd dat een werknemer die bijvoorbeeld achtereenvolgens werkzaam is op basis van drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten van vijf maanden, eveneens een

aanbod krijgt op het moment waarop hij uiterlijk dertien maanden bij de werkgever werkzaam is.

Vervolgens geldt het aanbod dat de werkgever heeft gedaan ook voor arbeidsovereenkomsten die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden opvolgen (artikel 7:628a lid 6 BW). Deze regel is van belang bij het aflopen van een contract voor bepaalde tijd. Indien kort nadat een aanbod is gedaan voor een vaste arbeidsomvang de arbeidsovereenkomst eindigt en partijen niet lang daarna opnieuw een oproepovereenkomst aangaan, behoeft de werknemer niet opnieuw een jaar te wachten op een aanbod voor een vaste arbeidsomvang. Hij kan zich beroepen op het reeds eerder gedane aanbod van de werkgever, dat dan ook van toepassing is op de nieuwe arbeidsovereenkomst.

De regels met betrekking tot het aanbod van een vaste arbeidsomvang zijn bovendien van toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn (artikel 7:628a lid 7 BW). Dit betreft een antidraaideurbepaling, vergelijkbaar met die van artikel 7:668a lid 2 BW voor de ketenregeling van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, zie hiervoor paragraaf 3.2. Indien de werkgever hetzelfde werk afwisselend laat doen in eigen dienst en via het uitzendbureau of een andere werkgever, doet dit daarom niet af aan de toepasselijkheid van de regel.

De bepaling is van eenzijdig dwingend recht, afwijking is alleen mogelijk ten gunste van de werknemer (artikel 7:628a lid 11 BW).

Loon bij kortdurende oproep

Indien een arbeidsomvang van minder dan vijftien uur per week is overeengekomen en de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht niet zijn vastgelegd, dan wel indien sprake is van een oproepovereenkomst, heeft de werknemer voor iedere periode van minder dan drie uur waarin hij arbeid heeft verricht, recht op het loon waarop hij aanspraak zou hebben indien hij drie uur arbeid zou hebben verricht (artikel 7:628a lid 1 BW).

Dankzij dit artikel weten oproepkrachten met een geringe werkzekerheid dat bij iedere oproep ongeacht de omvang voor ten minste drie uur loon zal moeten worden betaald. Dit voorkomt dat oproepkrachten steeds voor zeer korte perioden worden opgeroepen, waardoor zij onevenredig veel reistijd of wachttijd verliezen. De regeling is geïnspireerd door soortgelijke regelingen in België en Duitsland. Met dit artikel wordt beoogd te bevorderen dat de werkgever de arbeid zo organiseert dat diensten of perioden van minder dan drie uur waarin arbeid moet worden verricht, waarbij ook nog onduidelijkheid bestaat over de tijdstippen waarop arbeid moet worden verricht of over de arbeidsduur, zo min mogelijk voorkomen. De aanspraak op loon kan worden beschouwd als een compensatie voor de onzekerheid in oproeprelaties over de omvang van de arbeid en de daaruit voortvloeiende inkomsten of over de tijden waarop deze

arbeid moet worden verricht. Deze aanspraak legt voorts druk op partijen om tot duidelijke afspraken te komen.

De regeling is uitsluitend van toepassing op arbeidssituaties waarbij noch zekerheid bestaat over de arbeidsduur, noch over de tijdstippen waarop zal worden gewerkt. Contracten met duidelijke afspraken over de arbeidstijdpatronen, ook wanneer dit kleine deeltijdcontracten betreft, vallen erbuiten. Iemand die elke dag van 9.00 tot 11.00 uur werkt, heeft slechts recht op loon voor twee uur werk per werkdag. Evenmin is de regeling van toepassing indien wel een arbeidsduur van een bepaalde omvang is afgesproken, niet contractueel is vastgesteld op welke tijdstippen arbeid wordt verricht maar deze tijdstippen wel samen met de roosters voor de voltijdwerknemers bekend worden gemaakt.¹¹⁴

De regeling is ook van toepassing indien de werknemer verspreid over de dag meermalen een periode van minder dan drie uur werkt. Als de werknemer voldoet aan de in artikel 7:628a BW genoemde voorwaarden en meermalen per dag wordt opgeroepen werk te verrichten, heeft hij over elke afzonderlijke periode van arbeid recht op loon voor een periode van minimaal drie uur. Dit wordt niet anders als hierdoor de mogelijkheid ontstaat dat de werknemer voor bepaalde gedeelten van de dag dubbel wordt beloond. Dit strookt met de beschermende werking van de bepaling, omdat de werkgever het werk dan zo zal inrichten dat de werknemer niet steeds voor korte perioden wordt opgeroepen en als dit wel gebeurt, ervoor gecompenseerd wordt, aldus de Hoge Raad ten aanzien van een taxichauffeur.¹¹⁵

De bepaling is van eenzijdig dwingend recht, afwijking is alleen mogelijk ten gunste van de werknemer (artikel 7:628a lid 11 BW).

Conclusie

Voor gebruik in het onderwijs leent de figuur van de oproepovereenkomst zich maar beperkt. Eén element ervan, de min-maxconstructie, zou wellicht kunnen worden toegepast in situaties waarin veel flexibiliteit nodig is. In feite gaat het dan om een arbeidscontract met een zekere bandbreedte in de omvang van het aantal uren. Indien er sprake is van een pool van invalkrachten zou de oproepconstructie nuttig kunnen zijn.¹¹⁶

3.4 Uitzendwerk

Uitzendbureaus treden op de arbeidsmarkt op om door hen geworven werknemers voor inlenende ondernemingen te laten werken, die een, meestal tijdelijke, behoefte aan deze arbeid hebben. Als zodanig blijken uitzendbureaus in de praktijk een nuttige maatschappelijke functie te vervullen.

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 5-6.

¹¹⁵ HR 3 mei 2013, NJ 2015/105, JAR 2013/140, RAR 2013/100 (*Van der Meulen/Taxi Wolters*).

¹¹⁶ Kort geleden zijn desondanks twee van dergelijke constructies uit de Cao-po geschrapt.

Van regulering naar liberalisering naar herregulering

Aanvankelijk werden de uitzendbureaus met wantrouwen begroet, mede omdat bij uitzendwerk soms sprake was (en soms nog steeds is) van wetsontduiking, waarbij bijvoorbeeld werknemers worden onderbetaald of onderverzekerd zijn, sociale premies en belastingen worden ontdoken enzovoort. In het verleden waren de activiteiten van uitzendbureaus daarom aanvankelijk verboden en daarna streng gereguleerd.

Geleidelijk hebben de bonafide uitzendbureaus echter het vertrouwen van de vakorganisaties weten te verwerven en met hen cao's gesloten. Dit effende de weg voor inpassing van uitzendwerk in het algemene arbeidsrecht. In de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) werd in 1998 de markt praktisch volledig vrijgegeven. In het BW werd in 1999 door de Wet flexibiliteit en zekerheid een aparte afdeling 11 ingevoerd over de uitzendovereenkomst.¹¹⁷

De Europese Unie heeft uiteindelijk in 2008 een richtlijn uitgevaardigd over uitzendarbeid die ervan uitgaat dat lidstaten moeten onderzoeken of beperkingen aan de uitzendsector nog steeds noodzakelijk zijn. Tevens is bescherming van werknemers in deze richtlijn voorzien.¹¹⁸ Ter implementatie van deze richtlijn is de Waadi op een aantal punten aangevuld. Hiermee hebben ter beschikking gestelde arbeidskrachten toegang gekregen tot bedrijfsvoorzieningen (artikel 8b Waadi), moeten vacatures bij de inlener aan hen worden gemeld zodat zij daarnaar kunnen solliciteren (artikel 8c Waadi), en is het zogenoemde belemmeringsverbod weer ingevoerd, dat eerder was afgeschaft (artikel 9a Waadi). Dit laatste houdt een verbod in om de overgang naar een arbeidsovereenkomst met de inlener te belemmeren. In wezen kunnen uitzendkrachten niet gebonden worden aan een concurrentiebeding ten aanzien van het overstappen naar de inlener. Wel laat het tweede lid toe dat wordt overeengekomen dat de inlener een redelijke vergoeding verschuldigd is voor de door degene die de arbeidskracht ter beschikking stelt (uitzendbureau) verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, werving of opleiding van de desbetreffende arbeidskracht. Artikel 9a Waadi kan ook van toepassing zijn op een zzp'er die in een arbeidsverhouding staat tot de inlener.¹¹⁹

Daarnaast zijn regels ingevoerd teneinde misbruik tegen te gaan, waarbij

- sinds 2015 registratie van ingeleende arbeidskrachten is geregeld (artikel 7a Waadi);
- sinds 2012 arbeidsbemiddeling nader kan worden gereguleerd (artikel 7b Waadi); en
- sinds 2020 de identiteit van beoogde arbeidskrachten moet worden vastgesteld (artikel 7c Waadi).

Uitzendovereenkomst

De uitzendovereenkomst is in de wet gedefinieerd als 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 krachten

117 Zie in het algemeen F.B.J. Grapperhaus & M. Jansen, *De uitzendovereenkomst* (Monografieën Sociaal Recht nr. 15) Deventer: Kluwer 1999.

118 Richtlijn 2008/104/EG, *PbEU* 2008, L 327/9 van 5 december 2008.

119 HR 14 april 2017, *NJ* 2020/389, *JAR* 2017/136, *RAR* 2017/97 (*Focus on Human*).

een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde (artikel 7:690 BW).

De uitzendovereenkomst is een bijzondere arbeidsovereenkomst. Uit de wetsgeschiedenis mag worden afgeleid dat de wetgever ervan uitgaat dat uitzendarbeid in het algemeen op basis van een arbeidsovereenkomst wordt verricht.¹²⁰ Om de uitzendformule hierbij te kunnen toepassen, zijn uitzonderingen gemaakt ten aanzien van het aantal aansluitende contracten voor bepaalde tijd en ten aanzien van de mogelijkheid van een ontbindende voorwaarde, het zogeheten uitzendbeding. Beide uitzonderingen gelden volgens de wet slechts gedurende het eerste halfjaar van de uitzendovereenkomst, doch deze periode kan bij cao worden verlengd. Hoewel de wet steeds spreekt over de 'derde', wordt ter vergroting van de toegankelijkheid van de tekst hierna ook gesproken van de inlener, de term die in het spraakgebruik is ingeburgerd.

De werkgever bij een uitzendovereenkomst is het uitzendbureau. Dit heeft tot gevolg dat het uitzendbureau aanspreekbaar is op de werkgeversverplichtingen. De inlener maakt gewoonlijk ook juist gebruik van een uitzendbureau om ten aanzien van kortdurende arbeid niet als werkgever te hoeven optreden en betaalt daarvoor de opslag die het uitzendbureau in rekening brengt ten behoeve van zijn bedrijfsvoering. De werkzaamheden vinden gewoonlijk plaats bij de inlener onder toezicht en leiding van de inlener. Om deze reden wordt wel gesteld dat het uitzendbureau een deel van de werkgeversbevoegdheden 'delegeert' aan de inlener.

Opvolgende uitzendovereenkomsten

Op de uitzendovereenkomst is de ketenregeling (artikel 7:668a BW) pas van toepassing zodra de werknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht (artikel 7:691 lid 1 BW).

Deze bepaling maakt het mogelijk om in een uitzendovereenkomst af te wijken van de regel die inhoudt dat al na drie opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd moet worden overeengekomen. De mogelijkheid is wettelijk beperkt tot 26 weken waarin arbeid is verricht. Deze bepaling is echter van driekwart dwingend recht. In zowel de algemeen verbindend verklaarde ABU Cao voor Uitzendkrachten als in de van de algemeen verbindend verklaarde cao gedispenseerde NBBU-Cao is een verlenging van deze periode overeengekomen. Wel kennen de onderwijs-cao's beperken in de duur van het gebruik van uitzendwerk, zie nader hoofdstuk 5.

Uitzendbeding

In de uitzendovereenkomst kan een uitzendbeding worden opgenomen. Een dergelijk beding houdt in dat de overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de inlener op verzoek van de inlener ten einde komt (artikel 7:691 lid 2 BW).

120 *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 4-5.*

Het uitzendbeding is een ontbindende voorwaarde die bedoeld is om de zogenoemde uitzendformule mogelijk te maken. Deze houdt in dat de inlener op ieder moment de uitzending kan beëindigen. Uit een oogpunt van evenwichtigheid heeft ook de werknemer het recht om bij toepasselijkheid van een uitzendbeding van zijn kant op ieder moment de uitzendovereenkomst te beëindigen. Omdat dit beding een belangrijke beperking meebrengt van de rechtszekerheid van de werknemer, is het gebruik van het uitzendbeding wettelijk beperkt tot 26 weken. Deze beperking is echter van driekwart dwingend recht. Bij cao kan deze termijn worden uitgebreid, artikel 7:691 lid 7 BW. In de Uitzend-cao's van de ABU en de NBBU is deze termijn daadwerkelijk verlengd. Wel kennen de onderwijs-cao's beperken in de duur van het gebruik van uitzendwerk, zie nader hoofdstuk 5.

Samentelling termijnen

Voor de berekening van de termijnen van 26 weken, worden perioden waarin arbeid wordt verricht die elkaar opvolgen met tussenpozen van ten hoogste zes maanden en voor werkgevers die ten aanzien van de arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn, mede in aanmerking genomen (artikel 7:691 lid 4 en 5 BW). Met deze bepalingen wordt de uitzendkracht beschermd tegen ontwijking van de maximale duur van opvolgende uitzendovereenkomsten en uitzendbedingen. Perioden worden samengeteld waarin een onderbreking plaatsvindt van ten hoogste zes maanden. Daarnaast worden perioden samengeteld indien de verschillende werkgevers ten aanzien van de arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn (antidraaideurbepaling). Deze bescherming komt overeen met die van de gewone werknemer bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

Gelijke behandeling van uitzendkrachten

De uitzendkracht heeft recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers, werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt (artikel 8 lid 1 Waadi).

De hoofdregel luidt dat uitzendkrachten hetzelfde loon dienen te ontvangen als werknemers in dienst van de onderneming waar het werk wordt verricht voor dat werk ontvangen (de *loonverhoudingsnorm*). Hetzelfde geldt voor de overige vergoedingen, en de arbeidsvoorwaarden op grond van een cao of andere algemene regeling die in de inlenende onderneming geldt, met betrekking tot regelingen rond de arbeidstijden, waarvan een aantal wordt gespecificeerd. De ratio van de regel is dat de arbeidsvoorwaarden van de ingeleende arbeidskrachten geen verstorende invloed dienen te hebben op het bij de inlener vigerende systeem van arbeidsvoorwaarden.¹²¹

Indien de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt geen werknemers in dienst heeft in gelijke of gelijkwaardige functies, heeft de uitzendkracht recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in ge-

¹²¹ Kamerstukken II 1996/97, 25 264, nr. 3, p. 12-13.

lijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven, waarin die onderneming werkzaam is (artikel 8 lid 2 Waadi).

De eerste twee leden zijn van overeenkomstige toepassing ten aanzien van voorschriften voor zwangere en borstgevende werkneemsters, kinderen en jeugdige werknemers, bevordering van gelijke behandeling en bestrijding van discriminatie (artikel 8 lid 3 Waadi).

Van de eerste drie leden kan worden afgeweken bij cao. Daarbij geldt als voorwaarde dat indien de periode waarin wordt afgeweken in duur is beperkt, de cao moet voorzien in een regeling op grond waarvan misbruik door elkaar opvolgende perioden van terbeschikkingstelling wordt voorkomen (artikel 8 lid 4 Waadi).

De uitzondering kan zowel in de cao van het inlenende bedrijf als in die van het uitzendbureau zijn opgenomen. Dit laatste biedt uitzendbureaus de mogelijkheid om een eigen personeelsbeleid te voeren en bijvoorbeeld uitzendkrachten die langer in dienst zijn meer te betalen.¹²²

Conclusie

Voor het gebruik van uitzendkrachten zal in het primaire onderwijsproces weinig ruimte zijn, omdat het hier gaat om arbeidsrelaties die meer bestendigheid vereisen. Voor incidentele inzet ('ziek en piek') is het gebruik denkbaar, maar gezien de hogere kosten en grote vrijblijvendheid aan beide zijden, lijkt deze figuur slechts incidenteel van nut te kunnen zijn.

3.5 Payrollwerk

De payrollovereenkomst is geregeld als een bijzondere uitzendovereenkomst (artikel 7:692-7:692a BW). Hierbij gelden in vergelijking met de uitzendovereenkomst minder afwijkingen van het reguliere arbeidsrecht.

Het voornaamste verschil tussen uitzend- en payrollwerk is dat bij payrollwerk de arbeidskracht niet door het payrollbedrijf wordt geworven, maar door de inlener zelf. Maar tussen de regulering van de uitzend- en de payrollovereenkomst bestaan aanmerkelijke verschillen. De wetgever heeft de payrollwerknemer bijna volledig gelijkbe-rechtigd met de werknemers van de inlener, teneinde ontwijking van arbeidsrechtelijke bescherming tegen te gaan. Bij de uitzendovereenkomst kunnen meer eigen arbeidsvoorwaarden van het uitzendbureau worden gehanteerd, teneinde ruimte te bieden voor flexibiliteit en een eigen personeelsbeleid van uitzendbureaus.

122 Zie voor het systeem van afstemming van uitleen- en inleencao's F.B.J. Grapperhaus & M. Jansen, *De uitzendovereenkomst* (Monografieën Sociaal Recht nr. 15), Deventer: Kluwer 1999, hoofdstuk 6 en C.J. Loonstra, 'Uitzend- of inleen-CAO', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 69-73. Sinds 2015 bevat de ABU-cao regels voor de samenloop van de uitzend-cao met die van de inlener.

Opkomst payrollarbeid

Payrolling is een betrekkelijk nieuwe arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding. De figuur van 'payrolling' is in het begin van de 21^e eeuw in toenemende mate in gebruik geraakt. Aanvankelijk werd de term 'payrollbedrijf' vooral gebruikt voor bedrijven die de werkgever de loonadministratie uit handen namen. De invoering van de wettelijke regeling van de uitzendovereenkomst in 1998 maakte het echter mogelijk aan deze bedrijven ook het werkgeverschap als zodanig uit te besteden. Indien alleen de salarisadministratie wordt verzorgd, blijft de werknemer in dienst bij de opdrachtgever. Het payrollbedrijf heeft dan arbeidsrechtelijk geen eigen rol. Ligt het juridische werkgeverschap bij het payrollbedrijf, dan bestaat er een driehoeksrelatie tussen de (payroll)werkgever, de (payroll)werknemer en de opdrachtgever (de inlener). Het payrollbedrijf is dan de werkgever en de inlener houdt het toezicht op en geeft leiding aan de werknemer. Materieel heeft het payrollbedrijf geen zeggenschap over de (inhoud van de) werkzaamheden van de werknemer. Wel oefent het payrollbedrijf werkgeversfuncties uit, zoals de loonbetaling en de nakoming van re-integratie- en scholingsverplichtingen.

Kenmerkend voor payrollarbeid is gewoonlijk dat het payrollbedrijf niet zoals een uitzendonderneming zelf de uitzendkrachten selecteert (de allocatiefunctie van het uitzendbureau), maar dat de inlener de arbeidskracht zelf selecteert en vervolgens 'onderbrengt' bij het payrollbedrijf. Daarbij geldt – anders dan bij de oorspronkelijke opzet van uitzendwerk – in beginsel ook geen beperking aan de duur van de arbeidsrelatie. Een bijkomende impuls voor het gebruik van payrollarbeid was de door werkgevers – vooral in het midden- en kleinbedrijf – dikwijls gevreesde loondoorbetalingsplicht bij ziekte van de werknemer. Het payrollbedrijf kan hierbij de werkgever 'ontzorgen' door de begeleiding van de zieke werknemer over te nemen.

Daarmee werd echter ook de vraag opgeroepen of het op grote schaal inzetten van payrollarbeid afbreuk kon doen aan de beschermende werking van het arbeidsrecht. Dit geldt vooral indien de gemakkelijke regels voor ontslag die verbonden zijn aan de uitzendovereenkomst hierbij van toepassing zijn.¹²³

In sommige gevallen oordeelden rechters op grond van de feitelijke verhoudingen dat de payrollrelatie alleen op papier bestond en dat de werknemer in feite een arbeidsovereenkomst had gesloten met de inlener. In andere gevallen werd aanvaard dat er sprake was van een uitzendovereenkomst met het payrollbedrijf als werkgever. Daartegen werd dan aangevoerd dat een vereiste voor een uitzendovereenkomst zou zijn dat de uitzendwerkgever een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervulde en dat een uitzendovereenkomst naar zijn aard een tijdelijk karakter heeft.

De toenemende discussie over de legitimiteit van payrollarbeid leidde al bij de Wet werk en zekerheid van 2015 tot enige specifieke ontslagrechtelijke regels voor dit type werk. In 2016 bevestigde de Hoge Raad dat payrollarbeid kan vallen onder de uitzendovereenkomst nu uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 7:690 BW niet kon

123 Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (Monografieën Sociaal Recht nr. 55), Deventer: Kluwer 2012, p. 134 e.v.

worden afgeleid dat voor het aannemen van een uitzendovereenkomst andere vereisten gelden dan vermeld in deze bepaling. De bepaling eist geen tijdelijkheid, noch een allocatiefunctie. Uit de toelichting blijkt dat de wetgever heeft beoogd dat ook andere driehoeksrelaties dan de – kort gezegd – ‘klassieke uitzendrelatie’ onder de reikwijdte van de bepaling zouden vallen, mits aan de begripsomschrijving wordt voldaan.¹²⁴

De juridische regeling van payrollwerk

De Wet arbeidsmarkt in balans heeft in 2020 de payrollovereenkomst uitdrukkelijk geregeld.¹²⁵ De bedoeling is daarbij dat payrolling mogelijk blijft als instrument om werkgevers te ontzorgen. Dit mag echter niet leiden tot minder goede arbeidsvoorwaarden voor de werknemer en tot concurrentie op arbeidsvoorwaarden voor werkgevers. Bij payrolling moet de ontzorgende functie in stand blijven. Zo kunnen voor (vooral kleine) werkgevers kostenvoordelen optreden, niet door concurrentie op de arbeidsvoorwaarden, maar door schaalvoordelen en specialisering van personeelsdiensten.¹²⁶

In de juridische uitwerking is daarbij het midden gehouden tussen de twee standpunten ten aanzien van de verhouding tussen uitzend- en payrollovereenkomst. Enerzijds is de payrollovereenkomst erkend als een bijzondere vorm van de uitzendovereenkomst. Het payrollbedrijf treedt daarbij op als (formele) werkgever en het inlenende bedrijf als de opdrachtgever en materiële werkgever. Anderzijds zijn belangrijke beperkingen aangebracht op de toepasselijkheid van de regels die voor de gewone uitzendovereenkomst gelden. Als gevolg daarvan zijn veel regels uit het gewone arbeidsrecht die niet gelden voor de uitzendovereenkomst wel van toepassing op de payrollverhouding, waarbij de payrollwerknemer in veel opzichten gelijk wordt behandeld met de werknemers van de inleners.

Het wordt verwacht dat de keuze voor deze constructie zal leiden tot een minder veelvuldig gebruik van de payrollovereenkomst dan voorheen, omdat de uitzendovereenkomst meer flexibiliteit kan bieden en de rechtsgevolgen van de payrollovereenkomst in veel opzichten vergelijkbaar zijn met die van de traditionele arbeidsovereenkomst.

Definitie van de payrollovereenkomst

De payrollovereenkomst is in de wet gedefinieerd als de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen, artikel 7:692 BW.

De payrollovereenkomst is in de eerste plaats een uitzendovereenkomst. Dat betekent dat bepalingen over de uitzendovereenkomst op deze overeenkomst eveneens van toe-

¹²⁴ HR 4 november 2016, NJ 2017/370, JAR 2016/286, RAR 2017/26 (*Care4Care/StIPP*).

¹²⁵ Artikelen 7:692 en 7:692a BW.

¹²⁶ *Parl. Gesch. WAB*, p. 872-873.

passing zijn, tenzij deze uitdrukkelijk terzijde zijn gesteld. Dit is overigens op belangrijke punten gebeurd, zoals hierna wordt toegelicht. Daarbij wordt het payrollbedrijf in de definitie aangeduid als werkgever en de inlener als 'derde'.

De definitie van de payrollovereenkomst bevat ten opzichte van die van de uitzendovereenkomst twee afwijkingen: het criterium van het ontbreken van de allocatieve functie van het payrollbedrijf en het criterium van de exclusieve terbeschikkingstelling.

Voor het eerste criterium geldt dat bij een payrollbedrijf de allocatieve functie ontbreekt. Dit is niet altijd een even eenduidig criterium. Aangezien uitzend- en payrollcontracten veel variëteiten kennen en op elkaar kunnen lijken, geeft de memorie van toelichting de volgende indicaties:

- a. of de formele werkgever de arbeidskracht zelf heeft geworven en geselecteerd;
- b. of de opdrachtgever bemoeienis heeft gehad met de werving en het selectieproces;
- c. of de werknemers eerder werkzaam waren bij de inlenende onderneming;
- d. of er sprake is van een tijdelijke vraag naar arbeid bij de inlener;
- e. of de werkzaamheden een structureel karakter hebben;
- f. of de formele werkgever in het geheel geen allocatieve functie heeft.

Over doorlening merkt de toelichting op deze bepaling op dat uit de definitie volgt dat de overeenkomst tussen de formele werkgever en de derde (*in casu* de doorlener) doorslaggevend is. Dat er bij doorlening meer schakels zijn, acht de toelichting niet relevant. Wel zijn de arbeidsvoorwaarden van het bedrijf waar de uiteindelijke terbeschikkingstelling plaatsvindt van toepassing, zoals dit ook in de Waadi is geregeld. De wetgever volgt met deze benadering een lijn die in de rechtspraak is ontwikkeld.¹²⁷

Het tweede criterium luidt dat de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen. Dit criterium komt voort uit de vroegere cao van de Vereniging Payroll Ondernemingen. Een uitzondering werd daarbij gemaakt voor re-integratie wegens arbeidsongeschiktheid of het wegvallen van de opdracht bij de inlener.

De toelichting geeft voor dit criterium de volgende indicaties:

- a. gemaakte afspraken tussen opdrachtgever en inlener, zoals een exclusiviteitsbeding;
- b. mededeling aan de arbeidskracht van exclusiviteit en feitelijk daarnaar handelen;
- c. duur van de werkzaamheden van de arbeidskracht bij de inlener;
- d. het maken van praktische afspraken met de inlever, zoals over vakanties;
- e. bemoeienis van de inlener met het personeelsbeleid, zoals functioneringsgesprekken.

Het toestemmingsvereiste kan volgens de toelichting niet alleen worden afgeleid uit een tussen partijen overeengekomen, schriftelijke exclusieve terbeschikkingstelling,

¹²⁷ Hof Amsterdam 12 september 2017, JAR 2017/267 (*Percival*).

maar ook uit de feiten en omstandigheden waaruit op te maken valt hoe partijen hier in de praktijk mee omgaan. Ook bij doorlening kan van een dergelijke exclusieve terbeschikkingstelling via de doorlener aan de eindcliënt (en dus van payrolling) sprake zijn. Het geheel van elementen is hierbij van belang. Geen van de hiervoor genoemde elementen staat op zichzelf, maar samen kunnen ze helpen te bepalen of een exclusieve terbeschikkingstelling aan de inlener is beoogd.

Afwijkingen van de regeling van de uitzendovereenkomst

De bijzondere bepalingen van de uitzendovereenkomst gelden niet voor payrolling (artikel 7:692a BW). Het lichte arbeidsrechtelijke regime van artikel 7:691 BW is niet van toepassing op de payrollovereenkomst. Dat betekent dat in de payrollovereenkomst geen uitzendbeding en geen ontbindende voorwaarde kunnen worden opgenomen, zoals dat voor uitzendkrachten mogelijk is. Hiermee wordt de positie van de payrollwerknemer in lijn gebracht met die van de werknemers van de inlener (artikel 7:692a lid 1 BW).

Daarnaast zijn ook de leden 5 en 6 van artikel 7:628 BW buiten toepassing verklaard. Hierdoor wordt het onmogelijk gemaakt dat in de arbeidsovereenkomst de verplichting tot loonbetaling in geval van niet werken tot maximaal zes maanden wordt uitgesloten. Daarvoor in de plaats komt een eigen regeling, die moet waarborgen dat de payrollwerknemer op dezelfde wijze wordt behandeld als de werknemers van de onderneming waar de tewerkstelling plaatsvindt (artikel 7:692a lid 1-4 BW).

Daarnaast kan schriftelijk in de payrollovereenkomst worden geregeld dat wordt afgeweken van driekwart dwingend recht, op gelijke wijze als dat voor eigen werknemers van de inlener bij cao is gebeurd (artikel 7:692a lid 5 BW).

Het zesde lid sluit voor het begrip onderneming aan bij de definitie van artikel 1 lid 1 onder c Wet op de ondernemingsraden. Dit betekent dat in beginsel een vestiging geldt als onderneming.

Gelijke behandeling van payrollwerknemers

De arbeidskracht die in het kader van payrolling ter beschikking is gesteld, heeft in veel opzichten recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt (artikel 8a Waadi). De gelijke behandeling van ingeleende arbeidskrachten met de eigen werknemers van de inlener is ten aanzien van payrollwerknemers verder doorgevoerd dan bij uitzendkrachten.

Indien bij de inlener geen werknemers in dienst zijn in gelijke of gelijkwaardige functies moet een vergelijking plaatsvinden met arbeidsvoorwaarden die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven, waarin de onderneming werkzaam is (artikel 8a lid 2 Waadi). Bedragen voor fondsen waarbij de payrollwerknemer niet kan aansluiten, moeten worden gereserveerd en aan hem ter beschikking gesteld (artikel 8a lid 3 Waadi).

De werkgever moet ook voorzien in een adequate pensioenregeling indien de payrollwerknemer niet kan worden aangesloten bij zijn pensioenfonds. artikel 8a lid 4-6

Waadi formuleert daarvoor de criteria. Minimaal moet een basispensioenregeling worden geboden die voldoet aan bij amvb gestelde eisen over in ieder geval de wachttijd of drempelperiode, de hoogte van de werkgeversbijdrage en de soorten pensioen. Een en ander is uitgewerkt in het Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Baadi).

De bepaling is van eenzijdig dwingend recht: van de bepaling kan niet worden afgeweken ten nadele van de arbeidskracht die in het kader van payrollrolling ter beschikking is gesteld (artikel 8a lid 7 Waadi). De overige bepalingen van de Waadi over terbeschikkingstelling van arbeidskrachten zijn op payrollwerknemers gelijkelijk toepasselijk als op uitzendkrachten.

Conclusie

De conclusie van dit onderdeel is dat payrollwerk in het onderwijs een ondergeschikte rol zal spelen. Door de nieuwe regeling zijn weinig voordelen meer te behalen voor de werkgever met deze arbeidsrelatie ten opzichte van het in eigen dienst nemen van werknemers of het tewerkstellen als uitzendkracht.

3.6 Conclusie

De conclusie van dit hoofdstuk is dat van de verschillende vormen van flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs vooral tijdelijke contracten en deeltijdwerk van belang zijn voor veelvuldig en langer durend gebruik. Oproepwerk en uitzendwerk kunnen nuttig zijn, maar alleen voor incidentele arbeid. Payrollwerk biedt weinig voordelen ten opzichte van de andere flexibele arbeidsrelaties.

4 Flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs

4.1 Inleiding

Voor het onderwijs geldt dat net zoals in het algemeen in het arbeidsrecht vanaf de jaren 1980 en 1990 in toenemende mate gebruik is gemaakt van flexibele arbeidsrelaties. Enerzijds was dit het gevolg van bezuinigingen op het onderwijs en toenemende werkdruk door bijvoorbeeld stijgende aantallen leerlingen en studenten. Anderzijds spiegelde men zich meer dan voorheen aan het bedrijfsleven en probeerde men de daar ontwikkelde arbeidsrelaties te benutten om de beschikbare middelen doelmatiger in te zetten.

4.2 Bijzondere redenen voor het gebruik van flexibele arbeidsrelaties

Zijn er voor het onderwijs specifieke redenen waarom flexibele arbeidsrelaties gebruikt moeten worden? Daarbij zou kunnen worden gedacht aan de bekostigingssystematiek, het eigenrisicodragerschap, de wachtgeldregelingen en het ontslagrecht.

Bekostigingssystematiek

Voor gesubsidieerde sectoren, zoals het onderwijs, geldt dat de keuze voor het gebruik van flexibele arbeidsrelaties veelal ook te maken kan hebben met de wijze van bekostiging. Als van jaar tot jaar het budget varieert met het aantal leerlingen en studenten, moet ook het aantal arbeidsplaatsen jaarlijks worden aangepast. Daarbij moet wel aangetekend worden dat voor een meerjarige strategische personeelsplanning in de verschillende sectoren hulpmiddelen zijn ontwikkeld om een goede planning van personeel mogelijk te maken en te voorkomen dat het aantal arbeidsplaatsen jaarlijks moet worden aangepast.¹²⁸ In het primair en voortgezet onderwijs kunnen scholen – bijzondere omstandigheden daargelaten – al jaren van tevoren nauwkeurig zien aankomen hoeveel 4-13-jarigen, respectievelijk 12-19-jarigen zich naar alle waarschijnlijkheid zullen aandienen.

Daar komt bij dat met name in het primair en voortgezet onderwijs schoolbesturen grote reserves hebben opgebouwd. In 2018 hadden 132 besturen in het voortgezet onderwijs, 46 procent van de besturen, een hogere reserve dan de door het ministerie van OCW ingevoerde signaleringswaarde voor de reserves. In het primair onderwijs hadden 580 besturen, zestig procent van de besturen, een groter eigen vermogen dan de

128 Zie bijvoorbeeld: www.arbeidsmarktplatformpo.nl en www.voion.nl.

signaleringswaarde.¹²⁹ Deze hoge reserves hebben ertoe geleid dat het ministerie van OCW de komende jaren onderzoek doet naar de mogelijkheden om te handhaven als een schoolbestuur de reserves niet kan verantwoorden of deze niet met een duidelijk doel afbouwt. Recent is gebleken dat een eerste stap is gemaakt de reserves af te bouwen.¹³⁰

Hoewel wel wordt gehoord dat er een relatie bestaat tussen de bekostiging en de toevlucht tot kortdurende contracten, hebben de preadviseurs daarover geen concreet onderzoek aangetroffen. De wijze van bekostiging kan wel problemen meebrengen, maar dat maakt het de onderwijsorganisaties naar onze indruk niet onmogelijk om eigen keuzes te maken over de hoeveelheid werk die zij laten verrichten op basis van flexibele arbeidsrelaties en daarbij een zelfstandig beleid te ontwikkelen.

Eigenrisicodragerschap

In de onderwijssector zijn alle bekostigde onderwijsinstellingen net als alle andere overheidswerkgevers eigenrisicodragers voor de kosten van werkloosheidsuitkeringen die betaald worden aan personeel dat daar aanspraak op maakt na een beëindiging van het dienstverband bij die werkgever.¹³¹ Daar staat tegenover dat de werkgever omdat hij eigenrisicodrager is, geen WW-premie betaalt. Deze kosten heeft de onderwijswerkgever en de overheidswerkgever niet, in de plaats daarvan betaalt hij de uitkering van degene van wie het dienstverband is beëindigd.

In het primair onderwijs kunnen in afwijking hiervan, de kosten worden gedragen door het Participatiefonds waarbij de instelling verplicht is aangesloten.¹³² Voorwaarde daarvoor is dat de werkgever voldoet aan de bepalingen van het Reglement Participatiefonds.¹³³ Uitzonderingen daargelaten, gelden die bepalingen in beginsel ook indien een tijdelijke arbeidsovereenkomst niet wordt voortgezet.¹³⁴ De werkgever zal ook in dat geval moeten aantonen dat zich één van de “beëindigingsgronden” van hoofdstuk 4 van het Reglement voordoet.¹³⁵

In het voortgezet onderwijs worden de kosten van werkloosheidsuitkeringen, die het gevolg zijn van het beëindigen of niet-voortzetten van een arbeidsovereenkomst met een werkgever op grond van artikel 96n WVO eveneens in mindering gebracht op de bekostiging. Artikel 15f van het Bekostigingsbesluit WVO beperkt dit tot ‘een bij ministeriële regeling vast te stellen percentage van de kosten’, waarna artikel 4 van de Regeling verrekening uitkeringskosten VO dat percentage ten slotte op 25 stelt. In het mbo, hbo en wo komen de kosten van werkloosheidsuitkeringen volledig voor reke-

129 *Kamerstukken II* 2019/20 35300 VIII, nr. 207

130 <https://www.aob.nl/nieuws/onderwijs-zet-eerste-stap-om-reserves-te-verminderen/> Hierin staat onder meer het mogelijk bovenmatig publiek eigen vermogen per sector.

131 Artikel 79 WW.

132 Artikel 184 WPO, respectievelijk artikel 132 WEC.

133 <https://cms.vfpf.nl/sites/default/files/2020-07/Reglement%20Participatiefonds%202020-2021.docx.pdf>

134 Zie met name artikel 3:1 Reglement Participatiefonds, aanhef en sub a.

135 Met ingang van 1 augustus 2022 dient de werkgever (afhankelijk van de beëindigingsgrond en het voldoen aan voorwaarden) 10% of 50% van de kosten van werkloosheidsuitkeringen zelf te betalen. Zie ook: W. Lindeboom, ‘Het Participatiefonds in 2020’, *School en Wet* 2019-5, p. 20-22.

ning van de werkgever. In het vo, mbo, hbo en wo geldt dat dus ook als het gaat om uitkeringskosten die het gevolg zijn van het niet-voortzetten van een arbeidsovereenkomst (ongeacht de reden of de aard van de arbeidsovereenkomst).

De verplichting om de kosten van de uitkering zelf te dragen, kunnen een rol spelen bij het al dan niet in dienst nemen van een werknemer. Eenmaal in dienst kunnen kosten van een werkloosheidsuitkering, die hoger zijn bij een langer arbeidsverleden een rol spelen bij de afweging het dienstverband te beëindigen. Dit draagt bij aan de ontslagbescherming van de werknemers in vaste dienst, hetgeen ook altijd één van de doelstellingen is geweest van het Participatiefonds.

Wachtgeldregelingen

In het po, vo, mbo, hbo en wo kennen alle cao's bovenwettelijke uitkeringsaanspraken voor de betrokken onderwijswerknemers. Hoewel deze kosten een lagere post vormen dan de kosten van het eigen risico voor de WW, zouden ook hier sociale partners kunnen overwegen om een vergelijking te maken met de situatie in de marktsector.

De wachtgeldafspraken zijn cao-afspraken in tegenstelling tot het WW-stelsel. Het is aan de werkgevers om dit onderdeel in het cao-overleg aan de orde te stellen, wanneer zij van mening zijn dat de regeling het geven van vaste aanstellingen te veel ontmoedigt. In alle onderwijssectoren is in 2021 onderhandeld over een nieuwe cao. In geen enkele inzet van de werkgevers stond iets over de wachtgeldregeling. Kortom, de werkgevers zien dit niet als een urgente kwestie. Er zijn geen empirische gegevens beschikbaar over de relatie tussen wachtgeld en tijdelijke aanstellingen. In de marktanalyses die in paragraaf 4.3 besproken worden, staat niets over de relatie wachtgeld en tijdelijkheid. Wel wordt opgemerkt dat in het primair onderwijs veel jonge leraren worden aangenomen die nog geen ondervinding hebben. Het is logisch dat deze mensen veelal starten met een tijdelijke aanstelling. In het voortgezet onderwijs is in enkele gebieden sprake van krimp. Vandaar de bepaling in de Cao-vo dat met instemming van de PMR de tijdelijkheid wanneer er sprake is van krimp, naar drie jaar kan worden uitgebreid. Aan de universiteit speelt de derde geldstroom een belangrijke rol, waardoor er meer tijdelijke contracten worden overeengekomen.

Overigens heeft de problematiek van de tijdelijkheid ook te maken met het vak. Dege-
nen die in het bezit zijn van een bevoegdheid in een tekortvak, zoals wiskunde, natuurkunde en Nederlandse taal krijgen sneller een vaste aanstelling. Deze groep kan eisen stellen, ook financiële. Ten slotte hebben besturen als gevolg van samenvoeging van scholen in dezelfde rechtspersoon steeds meer scholen onder zich. Dat biedt meer ruimte voor een beleid dat ontslag voorkomt en ervoor zorgt dat geen of weinig gebruik wordt gemaakt van de WW dan wel de aanvullende wachtgelduitkering.

Voorrang voor wachtgelders

In het primair onderwijs geldt daarnaast nog dat bij het aantrekken van personeel voorrang dient te worden gegeven aan oud-werknemers die een wachtgelduitkering ontvangen. Dit effect wordt bereikt doordat op de bekostiging in mindering worden gebracht de kosten van personeel dat benoemd wordt met voorbijgaan van gewezen

personeel dat een werkloosheidsuitkering ontvangt uit hoofde van een dienstverband bij die werkgever (artikel 138 lid 1 en 139 Wpo en artikel 132 lid 1 Wec). Een uitzondering geldt voor personeelsleden voor wie van deze regeling ontheffing is verkregen.¹³⁶ Deze regeling bevordert wel de ontslagbescherming van de betrokken werknemers, maar de vraag is of dit leidt tot een groter gebruik van flexibele arbeidsrelaties. De regeling drukt vooral bij reorganisatieontslag/bedrijfseconomisch ontslag de kosten van de werkgever. In de Cao-po is afgesproken dat de werkgever in het geval van reorganisatieontslag geen transitie-uitkering hoeft te betalen. Het gaat er hierbij om dat mensen die op straat komen te staan weer snel aan het werk komen. Waarom zou een werkgever een werknemer die ontslagen is wegen reorganisatieontslag niet terug in dienst nemen als er werk is? Of de werkgever biedt deze persoon een omscholingstraject aan naar een vak waarin een tekort aan docenten is.

Ontslagrecht

In de afgelopen jaren is het ontslagrecht in de onderwijssector ingrijpend veranderd. Tot 2015 gold voor vrijwel alle onderwijswerknemers niet de preventieve ontslagtoets die voor andere werknemers met een arbeidsovereenkomst gold. Voor het openbare onderwijs gold het ambtenarenontslagrecht dat zo'n toets niet kende. Voor het bijzonder onderwijs gold dat onderwijzend en docerend personeel, werkzaam aan een onderwijsinrichting op grond van artikel 2 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen was uitgezonderd van de preventieve ontslagtoets door het UWV.¹³⁷ Een opzegging was in beginsel mogelijk zonder voorafgaand toezicht en kon alleen achteraf (repressief) door de rechter worden teruggedraaid. De mogelijkheid om de opzegging te laten toetsen door een commissie van beroep, waar de onderwijswerkgever verplicht bij was aangesloten, was door de rechtspraak stelselmatig beperkt.¹³⁸ Daarnaast bestond de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter te laten ontbinden. Weliswaar was daarbij de zogeheten kantonrechttersformule van toepassing voor de berekening van de ontbindingsvergoeding, maar in de praktijk bleek de kantonrechter sterk geneigd om op de uitkomst daarvan een aanzienlijk bedrag in mindering te brengen als bleek dat de onderwijswerknemer een aanzienlijke aanspraak op een bovenwettelijke werkloosheidsuitkering had.¹³⁹ Sinds 1 juli 2015 is dat allemaal niet meer aan de orde. Als gevolg van de Wet werk en zekerheid geldt sindsdien voor het bijzonder onderwijs het ontslagrecht van de marktsector, waarbij ontslag plaatsvindt door opzegging met toestemming van het UWV bij sommige gronden en ontbinding door de

136 Zie de Regeling achterwege laten vermindering van de bekostiging bij niet-herbenoeming ontslaguitkeringsgerechtigde ex-werknemers primair onderwijs. In Bijlage IE van de Cao-po is de benoemingsvolgorde opgenomen. De eigenwachtgeldersregeling vervalt door de wetwijziging 'beëindiging vervangingsfonds en modernisering participatiefonds' (*Kamerstukken* 35400).

137 Op grond van een besluit, gebaseerd op het derde lid van artikel 2 BBA gold dit ook voor vrijwel al het ondersteunend en directiepersoneel.

138 H.J.A. Jansen & W. Lindeboom, Hebben de Commissie van beroep nog toekomst?, *School en Wet* november 2012, p. 10, https://www.onderwijsgeschiedenis.nl/sites/default/files/publicaties/overige%20publicaties/beroep/School_en_Wet_2012_5_Toekomst_Commissies_van_Beroep.pdf.

139 Zie de voorbeelden, genoemd in I.L. Gerrits, *Arbeidsrecht en onderwijs*, *ArbeidsRecht* 2014/12.

kantonrechter bij andere gronden. De geldige ontslaggronden zijn limitatief vastgelegd in de wet (a- t/m i-grond). Wel is als regel bij beëindiging op initiatief van de werkgever de betaling van een transitievergoeding verplicht. Voor het openbare onderwijs geldt sinds 2020 hetzelfde als gevolg van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren. Met de inwerkingtreding van Wet arbeidsmarkt in balans in 2020 is de transitievergoeding ook van toepassing op de beëindiging van de meeste tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Was tot die datum de transitievergoeding pas verschuldigd na een dienstverband van ten minste twee jaar, nu is dat bij ieder dienstverband en wordt de vergoeding op dagbasis berekend.

Relatie transitievergoeding en wachtgelden

Nadat eerdere procedures over de vraag of de bovenwettelijke werkloosheidsuitkeringen in het primair en voortgezet onderwijs konden worden beschouwd als een gelijkwaardige voorziening met een transitievergoeding¹⁴⁰ voor de werkgever op niets waren uitgelopen¹⁴¹, oordeelde het gerechtshof Den Bosch in 2020 bij een ontbinding op de g-grond dat een bovenwettelijke voorziening uit de Cao-hbo een aan de transitievergoeding gelijkwaardige voorziening was.¹⁴² Het hof deed dit in het voetspoor van de ‘gezichtspunten’ die de Hoge Raad voor de beoordeling van die gelijkwaardigheid had gegeven in zijn arrest uit 2019.¹⁴³ De uitspraak van het gerechtshof Den Bosch is echter mosterd na de maaltijd. Met ingang van 1 januari 2020 is het als gevolg van de wijziging van artikel 7:673b BW door de Wet arbeidsmarkt in balans zo, dat van een gelijkwaardige voorziening alleen nog maar sprake kan zijn bij een beëindiging op de a-grond (bedrijfseconomische omstandigheden).

De cumulatie-ontslaggrond

De Wet arbeidsmarkt in balans heeft nog één andere wijziging gebracht die voor het onderwerp van dit preadvies van belang is. Te weten de toevoeging van de zogenaamde ‘cumulatie-ontslaggrond’ (i-grond) aan de limitatieve ontslaggronden van artikel 7:663 lid 3 BW. De i-grond kwam er, omdat het systeem van beëindigingsgronden na invoering van de Wwz als te rigide werd ervaren. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het doel van de introductie van de i-grond is om de mogelijkheid te creëren de arbeidsovereenkomst te ontbinden indien door een combinatie van omstandigheden uit ver-

140 In de zin van artikel 7:673b Burgerlijk Wetboek.

141 Zie de rechtspraak genoemd in W. Lindeboom, ‘Werk en zekerheid in onderwijszaken. De WWZ drie jaar later’, *School en Wet* april 2019, p. 6.

142 Hof Den Bosch 23 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:203. Overigens hadden de kantonrechter Rotterdam (in een zaak in het middelbaar beroepsonderwijs), respectievelijk de kantonrechter Amsterdam (in een zaak in het hoger beroepsonderwijs) al eerder in gelijke zin geoordeeld. Zie Kantonrechter Amsterdam, 13 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:10378 en kantonrechter Rotterdam 20 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:416. Het verschil in benadering tussen primair en voortgezet onderwijs enerzijds en het middelbaar en hoger beroepsonderwijs anderzijds wordt waarschijnlijk veroorzaakt door het feit dat de cao's in de eerste twee sectoren expliciet vermelden dat de bovenwettelijke regelingen zijn versoberd als gevolg van de introductie van de transitievergoeding in 2015 en de cao's voor het mbo en hbo niet.

143 HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:449.

schillende ontslaggronden voortzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd.¹⁴⁴

Uit de eerste rechtspraak over de i-grond bleek dat kantonrechters de i-grond in het algemeen terughoudend toepasten, met name omdat zij oordeelden dat van de aangevoerde ontslaggronden er ten minste één bijna voldragen moet zijn. Brekelmans en Van Vliet¹⁴⁵ concludeerden dan ook eind 2020 terecht, dat '(o)p basis van de tot nu toe gepubliceerde rechtspraak niet gezegd kan worden dat sinds de invoering van de i-grond de arbeidsovereenkomst gemakkelijker wordt ontbonden'.

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden benaderde het in 2021 echter anders¹⁴⁶ en vond het – in de woorden van kantonrechter Arnhem – slechts relevant 'of de verschillende aangedragen omstandigheden, die genoemd worden in twee of meer van de gronden c t/m h, ervoor zorgen dat van een werkgever in het concrete geval niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'.¹⁴⁷ Inmiddels zijn zeker zeven beschikkingen gepubliceerd waarin deze lijn wordt gevolgd.¹⁴⁸ Omdat de benadering dat ten minste één grond bijna voldragen moet zijn geen steun vindt in de wetsgeschiedenis, verwachten wij dat de interpretatie van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zal prevaleren. Het is niet zo dat daarmee een grote versoepeling van het ontslagrecht tot stand is gebracht. Maar we komen met deze interpretatie wel weer meer in de richting van artikel 7:685 BW zoals dat luidde tot de invoering van de Wwz op 1 juli 2015. De praktijk kon daarmee goed uit de voeten.

Wat betreft de toegekende vergoedingen kan worden geconcludeerd dat als gevolg van de wijziging van het ontslagrecht in 2015 de hoogte van de vergoedingen bij de beëindiging van arbeidsovereenkomsten voor de marktsector weliswaar enigszins is gedaald¹⁴⁹, maar voor de onderwijswerkgever de vergoeding in totaal eerder is gestegen omdat het vertrekpunt in deze sector veel lager lag. De bovenwettelijke werkloosheidsregelingen in de cao's zijn weliswaar als gevolg van de introductie van de transitievergoeding in 2015 versoerd, maar bij een vergelijking met de vroegere situatie ervaart de werkgever dat door de combinatie met de transitievergoeding niet als zodanig. Het feit dat de transitievergoeding sinds 2020 ook bij niet-verlenging van tijdelijke arbeidsovereenkomsten moet worden betaald, kan er wel toe leiden dat in dit opzicht het financiële voordeel ten opzichte van het vaste dienstverband is komen te vervallen.

144 *Kamerstukken I* 2018/19, 35 074, D. p. 64.

145 F.H.J.G. Brekelmans & E. van Vliet, *Ontbinding arbeidsovereenkomst op de i-grond: geen vliegende start, School en Wet* 2020/5, p. 15.

146 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:2957.

147 Kantonrechter Arnhem 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:5426.

148 Kantonrechter Rotterdam 8 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:5026; Kantonrechter Haarlem 26 april 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:3694; Kantonrechter Rotterdam 1 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:5136; Kantonrechter Utrecht 30 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2876; Kantonrechter Eindhoven 23 juli 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4237; Kantonrechter Amsterdam 24 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4445 en – als enige onderwijszaak van de zeven – Kantonrechter Rotterdam 29 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4194.

149 SEO, *Evaluatie Wet werk en zekerheid (Wwz)*, Amsterdam: SEO Economisch onderzoek 2020, p. 18 (op tegenspraak).

4.3 Enkele cijfers

Hierna wordt de vraag onderzocht hoe vaak flexibele arbeidsrelaties voorkomen in de Nederlandse arbeidsmarkt, met name in de Nederlandse onderwijsarbeidsmarkt.¹⁵⁰ Hierbij maken we voor de onderwijsmarkt onderscheid tussen de sectoren primair onderwijs, voortgezet onderwijs, middelbaar onderwijs, hoger onderwijs en wetenschappelijk onderwijs.¹⁵¹

Paragraaf 4.4 bespreekt eerst welke flexibele arbeidsrelaties in de landelijke cijfers met betrekking tot de Nederlandse arbeidsmarkt in kaart zijn gebracht en geeft vervolgens de landelijke cijfers weer van de omvang van deze arbeidsrelaties en de ontwikkelingen vanaf 2003 hierin. In de daaropvolgende paragrafen bespreken we voor elke onderwijssector welke flexibele arbeidsrelaties deze sector kent en welke cijfers over de aantallen hiervan bekend zijn. Wij brengen hierbij per onderwijssector in kaart hoeveel werkzame mensen (werkenden) arbeid in loondienst door middel van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd verrichten en hoeveel werkenden, zoals zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers), payrollers en uitzendkrachten (ook wel personeel niet in loondienst) arbeid verrichten. Dit voor zover deze gegevens bekend zijn. In deze paragrafen zal onder andere duidelijk worden dat het onderwijs, in tegenstelling tot het CBS (Centraal Bureau voor de Statistiek), uitzendkrachten laat vallen onder personeel dat niet in loondienst werkt. Maar in de onderwijsparagrafen besteden we eerst aandacht aan de ontwikkelingen in het onderwijs en daarbij behorende cijfers die naar onze mening van belang zijn om de cijfers met betrekking tot de flexibele arbeidsrelaties in de verschillende sectoren binnen het onderwijs te duiden, zoals bijvoorbeeld cijfers over de man-vrouwverhouding in de sectoren en de toename en afname van bepaald werk. Elke paragraaf over een onderwijssector begint met een algemeen deel, vervolgt met een deel over overeenkomsten voor bepaalde duur en onbepaalde duur en eindigt met een deel over personeel niet in loondienst.

Anders dan voor de Nederlandse arbeidsmarkt in het geheel, kennen de onderwijssectoren geen (gemeenschappelijk) overzicht van cijfermateriaal over flexibele arbeidsrelaties in de verschillende sectoren in het onderwijs. Dat neemt niet weg dat veel informatie hierover beschikbaar is. Wij baseren de cijfers over de flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs in dit hoofdstuk op verschillende rapporten en gegevens van DUO (Dienst Uitvoering Onderwijs OCW) hierover.

150 In het primair en voortgezet onderwijs spreken we van leraar en in de overige sectoren van docent.

151 Hoger beroepsonderwijs en universitair onderwijs vallen in dit preadvies dus niet onder één noemer: het hoger onderwijs, dat weer onderscheiden wordt van wetenschappelijk onderzoek. Dit onderscheid zou meer aansluiten bij onder meer de bachelor-masterstructuur. Wij kiezen voor het onderscheid tussen hoger onderwijs en wetenschappelijk onderwijs omdat dit aansluit bij de cijfers van de arbeidsmarkt en de structuur van de onderwijscao's per sector zoals beschreven in paragraaf 4.1.

4.4 Algemene opmerkingen

Enkele cijfers over flexibele arbeidsrelaties van het CBS

Het CBS maakt onderscheid tussen twee groepen werkenden met een flexibele arbeidsrelatie: (a) werknemers, waaronder uitzendkrachten, met een flexibele arbeidsrelatie en (b) zzp'ers.¹⁵²

Oproep- en invalkrachten zijn de grootste groep flexwerknemers, 509.000 in 2020. Dit is dertig procent van alle werknemers met een flexibele arbeidsrelatie. Het aantal flexwerknemers is sinds 2003 bijna verdubbeld. Omvangrijke groepen onder de flexwerkers zijn verder: (a) tijdelijke werknemers met uitzicht op een vaste aanstelling (349.000), (b) uitzendkrachten (211.000) en (c) tijdelijke werknemers zonder vaste uren (211.000).

Deze laatste drie groepen vormen bij elkaar opgeteld 45 procent van alle werknemers met een flexibel contract.

Naast werknemers met een flexibele arbeidsrelatie zijn er 1,1 miljoen zzp'ers in 2020. Sinds 2003 is hun aantal met 514.000 toegenomen. De groei van het aantal zzp'ers betreft vooral zelfstandigen die eigen arbeid of diensten aanbieden. Zij maken ruim tachtig procent uit van alle zzp'ers.

Werknemers met een flexibele arbeidsrelatie en zzp'ers vormen samen 2,9 miljoen flexwerkers. Dat is 32 procent van alle werkenden. In 2003 was dat nog 22 procent.

De visie van de WRR op flexibilisering van werk

In 2020 verscheen de belangrijke publicatie *Het betere werk* van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR).¹⁵³ Dit rapport wijst er op dat de drie ontwikkelingen nieuwe technologie, flexibilisering en intensivering van werk aanzienlijke gevolgen kunnen hebben voor de werkenden en voor de kwaliteit van het werk. Daarom pleit de WRR ervoor om goed werk voor iedereen vanaf nu te zien als belangrijke maatschappelijke opdracht voor bedrijven, instellingen, sociale partners en de overheid. Een van de drie ontwikkelingen is de flexibilisering van werk. Nederland is een koploper in Europa op dit punt. De flexibilisering van werk is de afgelopen decennia meer dan verdubbeld. De WRR wijst erop dat een van de nadelen van de flexibilisering is dat deze de verantwoordelijkheidsrelatie tussen werkgevers en werknemers minder vanzelfsprekend gemaakt heeft. De WRR adviseert dat de kwaliteit van het werk centraal wordt gesteld, want hier is te weinig aandacht voor.

152 <https://www.cbs.nl/nl-nl/faq/flexwerk/hoeveel-flexwerkers-zijn-er-https://www.cbs.nl/nl-nl/faq/flexwerk/hoeveel-flexwerkers-zijn-er-https://www.cbs.nl/nl-nl/faq/flexwerk/hoeveel-flexwerkers-zijn-er>

153 WRR, *Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht*, Den Haag: WRR 2020.

4.5 Primair onderwijs

*Algemeen*¹⁵⁴

In 2020 zijn er circa 181.400 personen werkzaam in het primair onderwijs, ongeveer 127.310 fte (fulltime-equivalent). In tegenstelling tot de ontwikkeling van het aantal leerlingen, is de werkgelegenheid in de sector de afgelopen jaren gestegen. De werkgelegenheid steeg met name tussen 2017 en 2018. Het aantal werkzame personen steeg in deze periode met circa 4.800 personen (zo'n 3 procent), terwijl de werkgelegenheid in fte met ruim 3.970 toenam (ruim 3 procent). Na 2018 is de werkgelegenheid minder sterk toegenomen: het aantal fte steeg in deze periode circa één procent. Dit komt neer op een toename van zo'n 830 fte.

De werkgelegenheid ontwikkelt zich echter niet voor alle functies op dezelfde manier. Dit betekent dat de samenstelling van het personeel in de sector is veranderd. Tussen 2016 en 2020 zien we een dalend aantal directieleden (6 procent) in de sector. Daarentegen is er een forse stijging van het aantal onderwijsondersteuners in de sector: in 2020 zijn er zo'n 42.500 personen werkzaam als onderwijsondersteuner, een stijging van zo'n 34 procent ten opzichte van 2016. Het aantal leraren in de sector bleef tussen 2016 en 2020 relatief stabiel: in de periode 2016-2020 nam hun aantal ruim één procent toe. Een overgrote meerderheid van het personeel is nog altijd werkzaam als leraar (ruim 71 procent). Hierna volgt het onderwijsondersteunend personeel: bijna een kwart van de werkzame personen is in 2020 werkzaam als onderwijsondersteuner. Zo'n 5 procent van het personeel is werkzaam als directiepersoneel.

Het aandeel vrouwen stijgt de afgelopen jaren in alle functies. In 2016 kwam het aandeel vrouwen (in fte) uit op 80 procent, terwijl dit aandeel in 2020 is gestegen naar bijna 82 procent. Kijken we naar de werkgelegenheid in personen, dan valt op dat het aandeel vrouwen nog hoger is, omdat zij, vaker dan hun mannelijke collega's, in deeltijd werken. In 2020 werd bijna 85 procent van de werkgelegenheid (in personen) in de sector vervuld door een vrouw. Het stijgend aandeel vrouwen zien we in alle functies terug. De sterkste stijging zien we onder het directiepersoneel. Ondanks een dalende werkgelegenheid voor directiepersoneel, steeg het aantal fte vervuld door vrouwen van ruim 4.380 fte in 2016 tot ruim 4.760 fte in 2020. Het aantal fte vervuld door mannen daalde in deze periode van ruim 4.300 fte naar ruim 3.170 fte. Het grootste aandeel vrouwen zien we in de groep leraren. In 2020 was zo'n 78.470 fte van de leraren vrouw, ten opzichte van 76.890 fte in 2016. Het aantal fte vervuld door mannelijke leraren daalde in deze periode juist van ruim 14.840 fte naar circa 14.200 fte. Ook bij het

¹⁵⁴ Bij het schrijven van deze paragraaf is vooral gebruikgemaakt van de volgende documenten: D. van den Berg, S. Cornel & J. Marthaler, *Arbeidsmarktanalyse primair onderwijs* 2021. Daarnaast zijn de volgende documenten geraadpleegd. M. Wester, S. Sapulete, N. Jelacic, A. Vankan & P. de Wilde, *Arbeidsmarkt barometer po, vo en mbo 2019-2020; Jaarrapportage 2019-2020*, Rotterdam: Ecorys en Dialogic, 2020. Opdrachtgever: ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. OCW, *Tendrapportage Arbeidsmarkt Leraren po, vo en mbo 2020* (referentie 26059103). OCW:DUO:2020 . https://duo.nl/open_onderwijsdata/databestanden/po/onderwijs-personeel/po-personeel2.jsp. De Tendrapportage verschijnt jaarlijks, de volgende is in december 2021 te verwachten.

onderwijsondersteunend personeel is in 2020 een ruime meerderheid vrouw: bijna 79 procent (in fte) ten opzichte van circa 77 procent in 2016.

De gemiddelde deeltijdfactor is de afgelopen jaren relatief stabiel gebleven. Het directiepersoneel kent gemiddelde de hoogste deeltijdfactor: 0,9 fte in 2020 (in personen). De gemiddelde deeltijdfactor van leraren komt uit op 0,72 fte. Het onderwijsondersteunend personeel kent een deeltijdfactor van 0,65 fte, gemiddeld de laagste. Het directiepersoneel is de afgelopen jaren iets vaker in een (middelgrote) deeltijd baan en iets minder vaak in een voltijd baan gaan werken. Leraren en onderwijsondersteuners werken ten opzichte van 2016 juist iets vaker meer dan 0,8 fte. Tussen mannen en vrouwen zien we aanzienlijke verschillen: vrouwen werken over het algemeen in deeltijd, terwijl hun mannelijke collega's vaker een voltijd baan hebben.

Enkele jaren geleden was er sprake van vergrijzing onder het personeel, tussen 2016 en 2020 daalde het aandeel 55-plussers in alle functies. Tegelijkertijd steeg het aandeel 35-minners. In 2016 was in totaal zo'n 28 procent van het personeel (in fte) 55 jaar of ouder. Dit aandeel is de afgelopen jaren gedaald tot ruim 24 procent in 2020. Het aandeel 35-minners steeg in dezelfde periode van 28 procent naar zo'n 30 procent. In 2020 wordt circa 39.450 fte vervuld door een 35-minner, terwijl ruim 31.260 fte vervuld wordt door een 55-plusser.

De grootste afname van het aandeel 55-plussers zien we in deze periode onder het directiepersoneel: van ruim 49 procent in 2016 tot ruim 40 procent in 2020. Ondanks deze daling is het aandeel 55-plussers onder het directiepersoneel nog altijd hoger dan het aandeel leraren en onderwijsondersteuners in deze leeftijdscategorie. Het aandeel 55-plus leraren daalde in dezelfde periode van ruim 25 procent naar 22 procent, terwijl we onder het onderwijsondersteunend personeel een afname zien van ruim 30 procent naar zo'n 28 procent.

Van belang voor het onderwerp flexibele arbeidsrelaties is ook het gegeven dat het aantal schoolbesturen tussen 2015 en 2019 met bijna 11 procent is afgenomen, tot 971. Het grootste gedeelte van de schoolbesturen bestaat nog steeds uit één school: dit zijn eenpitters. In 2019 is nog circa 42 procent van de schoolbesturen in het primair onderwijs eenpitter. Toch is het aandeel eenpitters in de afgelopen jaren afgenomen, in totaal met zo'n 13 procent. De sterkste daling van het aantal schoolbesturen zien we bij schoolbesturen die twee tot vijf scholen onder hun hoede hebben: in 2019 zijn er 171 van dit soort schoolbesturen, een afname van 19 procent ten opzichte van 2015. Het aantal schoolbesturen dat bestaat uit twintig scholen of meer groeide in dezelfde periode licht. Zo heeft bijna twintig procent van de schoolbesturen tien tot negentien scholen onder zich en heeft zo'n acht procent van de schoolbesturen minimaal twintig scholen onder zich vallen. Het voorafgaande betekent dat bijna zestig procent van de schoolbesturen bestaat uit meer dan één school. Deze ontwikkeling wijst op schaalvergroting in de sector.

Overeenkomsten voor bepaalde en onbepaalde duur

De meerderheid van het personeel (in fte) heeft een vast contract. In 2020 gold dit voor circa 88 procent van het personeel. Wel is het aandeel overeenkomsten voor onbepaal-

de duur de afgelopen jaren gedaald. In 2016 had nog ruim 91 procent van het personeel een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Dit kan een gevolg zijn van de uitstroom van ouderen, die vaak een overeenkomst voor onbepaalde tijd hebben, en de instroom van nieuw personeel, dat over het algemeen eerst een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd heeft.

Het grootste aandeel overeenkomsten voor onbepaalde tijd zien we onder het directiepersoneel. In 2020 had circa 92 procent van de directieleden een overeenkomst voor onbepaalde tijd, in 2016 nog 94 procent van het directiepersoneel.

In 2016 had nog bijna 92 procent van de leraren een overeenkomst voor onbepaalde tijd, in 2020 bijna 90 procent. Het onderwijsondersteunend personeel heeft het laagste aandeel overeenkomsten voor onbepaalde tijd, zo'n 80 procent van de onderwijsondersteuners heeft in 2020 een overeenkomst voor onbepaalde tijd. In 2016 had nog ruim 87 procent van de onderwijsondersteuners een overeenkomst voor onbepaalde tijd.

Personeel niet in loondienst (PNIL)

Bij Personeel niet in loondienst gaat het om uitzendkrachten, payrollers en zzp'ers. In het rapport *Personeel niet in loondienst in het po, vo en mbo*¹⁵⁵ uit 2017 blijkt, op basis van de financiële jaarverslagen 2015, dat het aandeel van de post PNIL op de totale personele lasten in het primair onderwijs 3,5 procent is, uit de secundaire analyse¹⁵⁶ blijkt het aandeel op bijna 6 procent te liggen. Het onderzoek laat zien hoe lastig het is om inzicht te krijgen in de aard en omvang van PNIL in het onderwijs. Terecht merken de onderzoekers op: 'Wij vinden dat deze gegevens veel gemakkelijker te vinden moeten zijn'. Verder wijzen zij erop dat het om publiek geld gaat waarover in het po, vo en mbo een deugdelijke verantwoording mag worden verwacht. Op basis van financiële jaarverslagen blijkt dat de uitgaven aan PNILers in de periode 2012-2018 meer dan verdubbeld is, van 2 procent van de totale personeelslasten naar 4,2 procent.¹⁵⁷

Op 30 oktober 2018 dienen de leden Westerveld en Kwint een motie in waarin ze de regering vragen om inzichtelijk te maken hoeveel geld schoolbesturen nu uitgeven aan personeel dat niet in loondienst is en dit uit te splitsen naar personeel en bestuurders zoals interim-managers.¹⁵⁸

Op 19 december 2019 laat de minister de Kamer het volgende weten.¹⁵⁹ Er wordt eerst heel gericht geprobeerd om wat greep te krijgen op wat er nu precies in de PNIL ge-

155 A. Leemans, K. van Bergen, J. Lubberman, M. Amsing, & F. Cörvers, *Personeel niet in loondienst (PNIL) in het po, vo en mbo*, Amsterdam: Regioplan, 2017. Onderzoek, uitgevoerd door Regioplan/ROA in opdracht van het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap Regioplan.

156 Secundaire analyse: het opnieuw analyseren van bestaande data, ter beantwoording van een onderzoeksvraag anders dan de oorspronkelijke vraag.

157 OCW is er wel achter gekomen dat de bedragen voor PNIL bij leraren zeker niet alleen naar commerciële partijen gaan. Dat zou zelfs een minderheid kunnen zijn. Hieronder vallen namelijk ook leraren die van andere scholen en vooral van gemeenschappelijke invalspools worden ingehuurd. Bij een invalpool geldt namelijk dat de leraren in dienst moeten zijn. Dat kan in dienst zijn van de pool zelf maar ook van een school of bestuur dat de pool beheert.

158 *Kamerstukken II* 2018/2019, 27923, nr. 324. Zie ook: Tweede Kamer der Staten-Generaal Vergaderjaar 2019-2020 Aanhangsel van de Handelingen 1832.

159 *Kamerstukken II* 2019-2020, 27923, nr. 388.

beurt. Begin 2019 is daarom een pilot ingezet bij DUO om in beeld te brengen waar de PNIL uit bestaat en hoe de informatie daarover is op te vragen.¹⁶⁰ Daaruit is gebleken dat de PNIL van veel verschillende leveranciers afkomstig is. Hierdoor, en door de vrijwilligheid van de dataleveringen, heeft het nog onvoldoende kwalitatieve en representatieve informatie opgeleverd. Daarom wordt ingezet op het verplicht verstrekken van beleidsinformatie over de PNIL door schoolbesturen in po en vo en op het maken van afspraken tussen schoolbesturen over het gebruik van de PNIL, over uitzendbureaus én andere vormen van PNIL.

4.6 Voortgezet onderwijs

*Algemeen*¹⁶¹

In het schooljaar 2019-2020 werken 75.000 leraren (60.000 fte) in het voortgezet onderwijs. Mede door de leerlingendaling is het aantal fte-leraren met zo'n 1200 gedaald in de twee schooljaren voorafgaande aan het schooljaar 2019-2020. Deze daling gaat procentueel minder snel dan de leerlingendaling. De daling betreft alleen het onderwijsgevend personeel (leraren) en directeuren. Het onderwijsondersteunende personeel is juist toegenomen.

Het percentage vrouwen werkzaam in het voortgezet onderwijs is verder gestegen. Dit aandeel neemt toe van 51,1 procent in oktober 2019 tot 51,9 procent in oktober 2020. Onder het onderwijsgevend personeel (leraren) neemt dit aandeel toe tot 51,4 procent. In de afgelopen jaren is het percentage vrouwen vooral onder de directie gestegen.

Van oudsher kent de leeftijdsverdeling van leraren in het voortgezet onderwijs vooral een piek onder ouderen. In 2020 is de piek onder jongeren echter hoger dan die onder ouderen. Van de ouderen kan worden gezegd dat zij langzaam de pensioengerechtigde leeftijd bereiken en het onderwijs verlaten. Het aandeel 50-plussers onder leraren daalt al een aantal jaren.

Het aandeel 50-plussers varieert tussen de verschillende functiegroepen. Onder de directie is dit aandeel in 2020 met 64,7 procent het hoogst, onder het onderwijsgevend personeel met 36,5 procent het laagst (lio's buiten beschouwing gelaten). We zien al enkele jaren dat het aandeel ouderen onder de directie en het onderwijsgevend personeel daalt, terwijl dit onder het onderwijsondersteunend personeel juist is toegenomen.

160 OCW hoopt met de pilot bij de scholen in het primair en voortgezet onderwijs informatie te vergaren, waarop een eerste statistiek kan worden gebaseerd. Vanhieruit wil OCW opbouwen naar een reguliere statistiek die uiteindelijk door alle scholen jaarlijks wordt aangevuld. OCW verwacht dat het nog wel even kan duren voordat alle scholen mee zullen werken, want het is voor de scholen een extra administratieve last.

161 Bij het schrijven van deze paragraaf is gebruikgemaakt van de volgende documenten: M. Wester, S. Sapulete, N. Jelacic, A. Vankan & P. de Wilde, *Arbeidsmarkt barometer po, vo en mbo 2019-2020. Jaarrapportage 2019-2020*, Rotterdam: Ecorys en Dialogic, 2020. Opdrachtgever: ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. OCW, *Tendrapportage Arbeidsmarkt Leraren po, vo en mbo 2020* (referentie 26059103). VOION (Opleidingsfonds en arbeidsmarktfonds voortgezet onderwijs), *Perspectieven op Flexwerk in het voortgezet onderwijs, 2020*: <https://www.voion.nl/publicaties/perspectieven-op-flexwerk-in-het-voortgezet-onderwijs>. *Tendrapportage Arbeidsmarkt Leraren po, vo en mbo 2020* (referentie 26059103) OCW:DUO: https://duo.nl/open_onderwijsdata/databestanden/vo/onderwijspersoneel/vo-personeel.jsp.

men. De gemiddelde leeftijd van leraren vertoont de laatste jaren een dalende lijn en ligt nu op 43,9 jaar.

In het voortgezet onderwijs werkt 8 procent van de leraren in een deeltijdbaan kleiner dan 0,5 fte. 63 procent werkt in een voltijdbaan of een baan van meer dan 0,8 fte.

Overeenkomsten voor bepaalde en onbepaalde duur

In 2020 is (gerekend in fte) 84,5 procent van het personeel in het voortgezet onderwijs in vaste dienst, een lichte afname ten opzichte van 2011 toen nog 86,9 procent in vaste dienst was. Gerekend in personen ging het aandeel van 83,8 procent naar 81,8 procent. In beide gevallen een daling van 2 procentpunten. In diezelfde periode daalde het landelijke aandeel werknemers met een vaste arbeidsrelatie van 79,1 procent naar 76,9 procent.

Net als in het primair onderwijs wordt in het voortgezet onderwijs de leraar veel vaker een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden dan de andere functiecategorieën.

Directieleden wordt in het voortgezet onderwijs in 69 procent van de gevallen een vaste aanstelling aangeboden. Het aandeel vacatures met een vaste aanstelling is voor ondersteuners gestegen van 20 procent naar 36 procent en voor leraren van 17 procent naar 28 procent. Bij de lerarenvacatures zijn dit jaar iets minder vaak tijdelijke contracten aangeboden, dit aandeel daalde van 56 procent naar 44 procent.

Het vaker aanbieden van een vaste aanstelling is een aanwijzing dat de arbeidsmarkt krap is, werkgevers willen de vacature aantrekkelijker maken door meer zekerheid aan de kandidaat te bieden.¹⁶²

Personeel niet in loondienst

In het rapport *Personeel niet in loondienst in het po, vo, mbo* gebaseerd op de jaarverslagen van 2015¹⁶³ is het aandeel van de post PNIL op de totale personele lasten bijna 3 procent; uit de secundaire analyse blijkt het aandeel tussen de 11 en 12 procent te liggen. Het aandeel personeel niet in loondienst is in de periode 2012-2018 flink gestegen. Bijna is er sprake van een verdubbeling van 2012 (2,20 procent) tot 2019 (3,90 procent).

162 Ondanks het groeiende lerarentekort, hebben jonge docenten in het voortgezet onderwijs relatief weinig perspectief op een vast contract. Dat is voor deze docenten vaak een reden om het onderwijs te verlaten, waardoor het lerarentekort juist toeneemt, waarschuwen de Algemene Onderwijsbond (AOB) en vakbond CNV. Zij spreken van een 'lerarenlek'. Middelbare scholen besluiten docenten na de drie maximaal toegestane tijdelijke dienstverbanden vaak geen vast contract aan te bieden, constateert de AOB. In plaats daarvan plaatst de school een nieuwe vacature voor dezelfde functie, zodat opnieuw een tijdelijk contract kan worden uitgedeeld. Opvallend is dat het lerarenlek zowel binnen als buiten de Randstad voorkomt, zien de vakbonden. Niet alleen in krimpregio's, maar ook in bijvoorbeeld Amsterdam.

<https://www.trouw.nl/onderwijs/jonge-leraren-verlaten-voortgezet-onderwijs-omdat-ze-geen-vast-contract-krijgen-dit-valt-niet-uit-te-leggen~b1e756e6/>.

163 A. Leemans, K. van Bergen, J. Lubberman, M. Amsing & F. Cörvers., *Personeel niet in loondienst (PNIL) in het po, vo en mbo*, Amsterdam: Regioplan, 2017. Onderzoek, uitgevoerd door Regioplan/ROA in opdracht van het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap Regioplan.

4.7 Middelbaar beroepsonderwijs

*Algemeen*¹⁶⁴

In 2019/2020 werken 33.000 leraren voor 27.000 fte in het mbo. Het aantal fte leraren is met zo'n 600 gestegen in de twee schooljaren voor 2019/2020. Doordat het aantal leerlingen daalde in deze twee schooljaren, daalde het gemiddeld aantal leerlingen per fte de laatste twee jaar van 18,3 naar 18,0.

Het percentage vrouwen werkzaam in het mbo is verder gestegen. Dit aandeel nam toe van 54,1 procent in oktober 2019 tot 55,1 procent in oktober 2020. Onder het onderwijsgevend personeel (leraren) nam dit aandeel toe tot 52,6 procent.

In het mbo werkt 7 procent van de leraren in een deeltijdbaan kleiner dan 0,5 fte. 64 procent werkt in een voltijdbaan of een baan van meer dan 0,8 fte.

In het mbo komt geregeld de zogenaamde hybride docent voor: iemand die zowel lesgeeft als zelf in de praktijk werkzaam is. Tevens speelt in het mbo de instructeur een belangrijke rol. De instructeur verricht zijn werk in samenwerking met de docenten in het team. De verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van het gehele onderwijsleerproces – waar de instructeurswerkzaamheden deel van uitmaken – ligt bij een of meer docenten uit het team.¹⁶⁵

Het docentencorps in het mbo is ten opzichte van andere onderwijssectoren vergrijsd te noemen. Er vindt de laatste jaren wel een kentering plaats. De gemiddelde leeftijd van leraren vertoont de laatste jaren een duidelijk dalende lijn en ligt nu op 46,7 jaar (voor 2015 lag dit nog een aantal jaar rond de 48,5). In 2017 was meer dan 50 procent van de docenten 50 jaar of ouder. In 2019 is het aandeel vijftigplussers onder de 50 procent gedaald. Daarnaast is een duidelijke toename te zien in het aandeel 30- tot 40-jarigen van 20 procent in 2017 naar 22,4 procent in 2019.

Overeenkomsten voor bepaalde en onbepaalde duur

In 2019 heeft 22.341 fte een overeenkomst voor onbepaalde tijd en 4314 voor bepaalde tijd. De laatste jaren is een stijging te zien van het aantal fte met een contract voor onbepaalde tijd.

Personeel niet in loondienst

In het rapport over Personeel niet in loondienst¹⁶⁶ gebaseerd op de jaarverslagen van 2015, is het aandeel van de post PNIL op de totale personele lasten bijna 8 procent; uit

164 Bij het schrijven van deze paragraaf is gebruikgemaakt van de volgende documenten: M. Wester, S. Sapulete, N. Jelacic, A. Vankan & P. de Wilde, *Arbeidsmarkt barometer po, vo en mbo 2019-2020. Jaarrapportage 2019-2020*, Rotterdam: Ecorys en Dialogic, 2020. Opdrachtgever: ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. OCW, *Tendrapportage Arbeidsmarkt Leraren po, vo en mbo 2020* (referentie 26059103). Gegevens MBO Raad <https://www.mboraad.nl/het-mbo/feiten-en-cijfers/medewerkers-het-mbo> OCW: DUO: https://duo.nl/open_onderwijsdata/databestanden/mbo/onderwijspersoneel/personeel-mbo2.jsp.

165 Bekwaamheidseisen instructeurswerkzaamheden beroepsonderwijs, *Stbl.* 2018, 123, p. 14.

166 A. Leemans, K. van Bergen, J. Lubberman, M. Amsing & F. Cörvers, *Personeel niet in loondienst (PNIL) in het po, vo en mbo*, Amsterdam: Regioplan 2017. Onderzoek, uitgevoerd door Regioplan/ROA in opdracht van het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap Regioplan.

de secundaire analyse blijkt het aandeel PNIL in het mbo ergens tussen de 11 en 12 procent te liggen.

Op dit moment besteden de mbo-scholen ruim 7 procent van het personeelsbudget aan personeel dat niet in loondienst is. Dit percentage is de laatste drie jaar aan het dalen. Waar PNIL in het po en vo vooral ingezet wordt voor vervangingsfuncties zeggen de respondenten in het mbo dat zzp'ers een vast deel van hun onderwijsteam uitmaken. Misschien heeft de daling van het personeel niet in loondienst te maken met de daling van het aantal studenten?

Voor het mbo geldt dat er veel met bedrijven samengewerkt wordt. Dit leidt ertoe dat bedrijven medewerkers inzetten voor onderwijsactiviteiten. Zo initieert en ondersteunt A+O Metalektro, samen met de technische opleidingsfondsen OOM en Wij Techniek, in heel Nederland scholingstrajecten voor 'hybride techniekprofessionals'.¹⁶⁷ Uit onderzoek blijkt dat niet alleen de onderwijsinstellingen profiteren van hybride techniekopleiders, maar ook dat de meerwaarde voor bedrijven groot is.

4.8 Hoger beroepsonderwijs¹⁶⁸

Algemeen

Op 1 oktober 2019 werken in totaal 49.942 medewerkers in het hbo, samen goed voor iets meer dan 37.185 fte. Ten opzichte van het jaar ervoor is dit een toename van 2,8 procent. Het grootste gedeelte is werkzaam als docent. In tegenstelling tot docenten in het primair onderwijs (po) en in het voortgezet onderwijs (vo), hebben de meeste hbo-docenten geen opleiding tot docent gekregen, maar zijn zij opgeleid als beroepsbeoefenaar. Vaak zijn ze op latere leeftijd docent geworden.

In oktober 2019 bestond 54,5 procent van het hbo-personeel uit vrouwen. In 2010 was het aantal mannen nog ongeveer gelijk aan het aantal vrouwen. Daarvoor werkten er meer mannen in het hbo. Het aantal vrouwen neemt echter al jaren harder toe.

De hbo-sector is relatief (in vergelijking met de rest van Nederland) vergrijsd: 42 procent is ouder dan 50 jaar (onder docenten 43 procent). Onder deze ouderen zijn voltijders en mannen oververtegenwoordigd, onder de jongere werknemers zijn meer deeltijders en meer vrouwen. Dit geldt zowel voor de totale groep medewerkers in het hbo als voor de docenten. Het beeld van vergrijzing valt echter weer mee omdat ongeveer de helft van de ingestroomde docenten ouder is dan 40 jaar. De sector vergrijs niet zozeer, het hbo blijft grijs doordat ervaren beroepsbeoefenaren instromen als nieuwe docenten.

Van de 49.942 werknemers in het hbo in 2019 werken er 31.825 in een docerende functie. Hiervan werken 10.392 docenten 0,9 fte of meer en zijn daarmee goed voor onge-

¹⁶⁷ <https://www.ao-metalektro.nl/het-technisch-bedrijfsleven-heeft-veel-baat-bij-de-hybride-professional>.

¹⁶⁸ We hebben bij het schrijven van deze paragraaf gebruikgemaakt van de volgende documenten: *Rapport flexibele arbeid in het HBO. Eindrapportage meting 2017-2019*, Den Haag: Zestor 2019. *Beweging op de arbeidsmarkt. Thematische analyse op basis van de in-, uit- en doorstroom van hogescholen*, Den Haag: Zestor 2019. Factsheet personeel: https://www.vereniginghogescholen.nl/system/knowledge_base/attachments/files/000/001/105/original/factsheet_personeel_2019.pdf.

veer de helft van het totaal aantal docerend fte in het hbo (10.252 fte). De andere helft van het totaal aantal fte van docenten wordt vervuld door de overige twee derde (21.433 docenten) die minder dan 0,9 fte werken. Het aantal werknemers dat in deeltijd werkt neemt de laatste jaren harder toe dan het aantal werknemers dat 0,9 fte of meer werkt. Er zijn relatief veel hybride docenten in het hbo: docenten die naast hun werk in het hbo nog een andere baan hebben of een werkring als zzp'ër.

Overeenkomsten voor bepaalde en onbepaalde duur

De flexibele arbeid heeft zich tussen 2017 en 2019 als volgt ontwikkeld, waarbij wordt aangetekend dat flexibele arbeid in het hbo zowel tijdelijke overeenkomsten van eigen personeel (personeel in loondienst) als ingehuurd personeel (personeel niet in loondienst) omvat.

Op teldatum 1 oktober 2019 omvatten overeenkomsten voor bepaalde duur (D-3 en D-4 contracten¹⁶⁹) in het hbo ruim 5.700 fte werkgelegenheid, ruim 620 fte meer dan op 1 oktober 2018 en 440 fte meer dan op 1 oktober 2017. Tegelijkertijd is de totale werkgelegenheid in het hbo tussen 2017 en 2019 toegenomen met 1.360 fte. De vaste aanstellingen zijn met 915 fte toegenomen. Tussen 2013 en 2018 is er sprake van een daling van het aandeel tijdelijke contracten. In 2019 is het aandeel weer gestegen, naar 19,5 procent in personen en 15,4 procent in fte. Zowel in termen van personen als in termen van fte is het percentage contracten van bepaalde tijd een fractie hoger voor onderwijsgevend (OP) dan voor ondersteunend personeel (OBP). 20 procent van het onderwijsgevende personeel heeft een tijdelijke aanstelling in 2018, tegenover bijna 19 procent van het ondersteunend personeel. In fte gaat het om bijna 16 procent, ten opzichte van bijna 15 procent.

Personeel niet in loondienst

Flexibilisering kan niet alleen via arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, maar ook door middel van externe inhuur van personeel worden gerealiseerd.

De uitgaven aan extern personeel zijn vanaf 2014 gedaald van ongeveer 10 procent tot 7,4 procent in 2017. Dit betekent dat hogescholen minder geld besteden aan de inhuur van zzp'ers, uitzendkrachten, payrollers en gedetacheerde medewerkers. Tussen 2017 en 2018 is er weer sprake van een lichte stijging van ongeveer 0,4 procentpunt. Tussen 2018 en 2019 blijft de inhuur op hetzelfde niveau, 7,8 procent.

169 Artikel D-3 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met uitzicht op onbepaalde tijd, Artikel D-4 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

4.9 Wetenschappelijk onderwijs

*Algemeen*¹⁷⁰

Het wetenschappelijk personeel bestaat uit hoogleraren, universitair hoofddocenten, universitair docenten, overig wetenschappelijk personeel en promovendi. De grootste groep betreft promovendi (9.759 personen in 2019). De universitair hoofddocenten vormen de kleinste groep (6.292 personen in 2019).

Alle functiecategorieën laten een toename zien van het aantal fte, met uitzondering van het overig wetenschappelijk personeel (OVWP) waar het aantal met 80 fte is afgenomen tussen 2010 en 2019. De grootste stijging van de absolute aantallen fte in de afgelopen 10 jaar is te zien bij de promovendi, 1.171 fte en een groep personeel dat niet onder het wetenschappelijk personeel valt, namelijk het ondersteunend en beheerspersoneel (OBP), 1.957 fte. Ook het aantal fte voor universitair docenten (UD) en Overig WP Onderwijs (OWPOW) nam fors toe sinds 2010, met respectievelijk 1.024 en 1.088 fte. Vooral het aantal universitair docenten en promovendi met een niet-Nederlandse nationaliteit neemt afgelopen jaren snel in aantal toe. In de categorie 'Overig WP' was het aandeel internationale medewerkers al groot, en ook hier neemt het aandeel toe. Onder universitair hoofddocenten en hoogleraren is deze ontwikkeling in minder sterke mate zichtbaar.

Het aandeel vrouwen is de afgelopen jaren enigszins gestegen, maar nog steeds lager dan dat van mannen (46,5 procent versus 53,5 procent in 2019). Verhoudingsgewijs het sterkst gestegen is het aandeel vrouwen bij de functiegroepen Universitair hoofddocent en Hoogleraar, maar hier is het aandeel nog steeds veruit het laagst (respectievelijk 29,4 procent en 24,2 procent in 2019).

Overeenkomsten voor bepaalde en onbepaalde duur

Promovendi in dienst van de universiteit hebben allemaal een overeenkomst voor bepaalde duur: contract voor de beoogde duur van het promotietraject.

In 2019 heeft 26 procent van alle werknemers in Nederland een overeenkomst voor bepaalde duur. Universiteiten zitten daar met gemiddeld 41 procent boven. Zonder promovendi ligt het percentage (29) dichterbij het Nederlands gemiddelde.

Het totale percentage overeenkomsten voor bepaalde tijd varieert in 2019 (laatst beschikbare cijfers) sterk tussen de universiteiten: van 26 procent tot 52 procent. Deze verschillen zijn niet te verklaren op grond van geografische ligging (verschil randstad of grensregio) en hangen niet samen met de indeling van jonge universiteiten, algemene universiteiten en technische universiteiten. Ook zijn er weinig verschillen tussen de wetenschapsgebieden. Er is vooral veel variatie in het percentage overeenkomsten voor

170 Bij deze paragraaf is vooral gebruikgemaakt van de notitie *Tijdelijke contracten bij universiteiten in perspectief* van het Rathenau-Instituut: <https://www.rathenau.nl/nl/wetenschap-cijfers/wetenschappers/personeel-aan-de-universiteiten-en-umcs/tijdelijke-contracten-bij>. Voorts: Kengetallen: [https://www.onderwijsincijfers.nl/kengetallen/wo/personeel-wo/aantallen-samenstelling-personeel-wo#:~:text=In%20het%20Wetenschappelijk%20Onderwijs%20Personeels,uit%20ondersteunend%20en%20wetenschappelijk%20personeel](https://www.onderwijsincijfers.nl/kengetallen/wo/personeel-wo/aantallen-samenstelling-personeel-wo#:~:text=In%20het%20Wetenschappelijk%20Onderwijs%20Personeels,uit%20ondersteunend%20en%20wetenschappelijk%20personeel.). Verhouding vast-tijdelijk: https://www.vsnul.nl/f_c_verhouding_vast_tijdelijk.html.

bepaalde duur bij universitair docenten (UD's) en docenten: van 2 procent tot 57 procent bij de UD's en bij docenten van 29 procent tot 90 procent. Bij de overige functies liggen de percentages veel dicht bij elkaar.

Tussen 2005 en 2019 nam het totaal aantal docenten het sterkst toe (72 procent), gevolgd door het aantal onderzoekers (46 procent) en promovendi (34 procent). Het percentage tijdelijke contracten steeg het sterkst bij docenten en onderzoekers en daarnaast bij de UD's. Dit percentage steeg met respectievelijk 13, 10 en 8 procentpunten. Bij het ondersteunend personeel zien we bij de overeenkomsten voor bepaalde duur een stijging van 5 procentpunten tussen 2005 en 2019.

Het percentage overeenkomsten voor bepaalde duur stijgt over de periode 2005-2019 niet alleen maar. Zo dalen de overeenkomsten voor bepaalde duur tussen 2016 en 2019 bij de UD's van 31 procent naar 26 procent en bij docenten van 59 procent naar 58 procent.

Volgens de cao Nederlandse Universiteiten loopt de academische carrière via de as van UD, universitair hoofddocent (UHD) en hoogleraar. In deze functies is er sprake van een combinatie van onderwijs en onderzoek. Een vast dienstverband behoort dan tot de mogelijkheden. Bij docenten en (postdoc) onderzoekers is de combinatie tussen onderzoek en onderwijs veel minder of niet aanwezig en daarmee is er geen carrièreperspectief van een vast dienstverband. Deze functies worden doorgaans vervuld met een tijdelijk dienstverband.

Het aandeel tijdelijke docenten kan een relatie hebben met het aantal studenten en het aandeel tijdelijke UD's kan een relatie hebben met zowel het aantal studenten als de projectfinanciering. Het aantal tijdelijke docenten lijkt echter niet voor alle universiteiten alleen afhankelijk van de instroom van nieuwe studenten. Andere oorzaken kunnen bijvoorbeeld zijn drukke perioden of vervanging bij ziekte.

In het cao-akkoord Nederlandse Universiteiten 1 januari 2021 tot en met 31 maart 2022 wordt in paragraaf 2 'Werkzekerheid en wendbaarheid' aangegeven dat het cao-akkoord er mede op gericht is om een antwoord te geven op de alsmaar toegenomen werkdruk en de ervaren achteruitgang in de werk-levenbalans. Een van de factoren die daarbij een rol speelt, is de baan zekerheid. Er dient ingezet te worden op het wegnemen van onzekerheden en ervaren druk, door waar mogelijk het structureel inzetten op vaste banen en het omzetten van bestaande tijdelijke contracten in vaste banen.

Uitgangspunt is dat universiteiten iedere wetenschapper die onderwijs en onderzoek combineert (vertaald naar UD/UHD/Hoogleraar) een vaste baan aanbiedt, voorafgegaan door een periode om de geschiktheid te beoordelen. Daarnaast zal ervoor zover noodzakelijk gewerkt worden met een flexibele schil van docenten en onderzoekers die meebeweegt met de vraag en de bekostiging. Ook voor het OBP is voor alle reguliere banen (niet-projectgebonden) voortaan het uitgangspunt een vaste baan, ook hier voorafgegaan door een periode om de geschiktheid te beoordelen.¹⁷¹

171 Niet iedereen werkzaam aan een universiteit kan zich vinden in het cao akkoord van de sociale partners. Zie: <https://www.volkskrant.nl/columns-opinie/hoogopgeleide-flexwerker-op-universiteit-heeft-geen-toekomst-wanneer-komen-de-besturen-eens-op-voor-hun-personeel-b344db93/> : *De Volkskrant* van 14 juli 2021. Zie ook: Nipt cao-akkoord universiteiten: <https://www.aob.nl/nieuws/nipt-cao-akkoord-universiteiten/> en <https://www.aob.nl/nieuws/flexdocenten-zijn-het-beu/>.

4.10 Conclusie

De onderwijssectoren kennen anders dan de Nederlandse arbeidsmarkt in het geheel, geen (gemeenschappelijk) overzicht van cijfermateriaal over flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs in de verschillende sectoren binnen het onderwijs. Ook laat het onderwijs in tegenstelling tot het CBS uitzendkrachten vallen onder personeel dat niet in loondienst werkt. Voor het hbo geldt in afwijking van de andere onderwijssectoren dat flexibele arbeid tijdelijke overeenkomsten voor personeel in dienst en ingehuurd personeel (= personeel niet in loondienst) omvat. Dat leidt tot de conclusie dat voorzichtigheid is geboden bij het maken van vergelijkingen tussen de hoeveelheid flexibele arbeidsrelaties en de aard van deze relaties in de totale Nederlandse markt en de onderwijsmarkt. Het betekent echter niet, gezien het cijfermateriaal over flexibele arbeidsrelaties dat beschikbaar is in de verschillende onderwijssectoren, dat een vergelijking tussen de onderwijssectoren en het onderwijs als geheel ten opzichte van de Nederlandse arbeidsmarkt niet mogelijk is.

Het onderzoek van Regioplan laat zien hoe lastig het is om inzicht te krijgen in de aard en omvang van PNIL in het onderwijs.

In po en vo stijgen het aantal overeenkomsten voor bepaalde duur voor alle werknemers samen. Voor de categorie leraren wordt juist vaker een overeenkomst voor onbepaalde duur aangeboden. De krapte op de arbeidsmarkt voor leraren is de oorzaak van de stijging van het aantal overeenkomsten voor onbepaalde tijd van leraren. Het aandeel Personeel niet in loondienst is in beide sectoren ook gestegen. Krapte op de arbeidsmarkt zou hiervoor ook de oorzaak kunnen zijn.

In het mbo is een stijging te zien van het aantal overeenkomsten voor onbepaalde tijd en een daling van het aandeel personeel niet in loondienst. Wellicht dat de daling van het aantal studenten hierbij een rol speelt, maar dat staat niet vast.

In het hbo is het aantal overeenkomsten voor bepaalde duur in 2019 gestegen, na een daling in de jaren tussen 2013-2019. Het aandeel van Personeel niet in loondienst is in 2018-2019 gelijk gebleven.

Het aantal overeenkomsten van bepaalde duur is bij de universiteiten sterk gestegen en ligt boven het gemiddelde in de Nederlandse arbeidsmarkt.

De conclusie die we hieruit trekken, is dat de tendens op de Nederlandse arbeidsmarkt van stijging van het aantal flexibele arbeidsrelaties ook in het onderwijs plaatsvindt. Maar er is hierbij verschil tussen de onderwijssectoren en binnen de onderwijssectoren tussen de verschillende groepen. In het mbo zien we als enige sector een daling van de flexibele arbeidsrelaties.

5 Bepalingen in onderwijs-cao's over flexibele arbeidsrelaties

5.1 Historische ontwikkeling

Deze paragraaf gaat over de wijze waarop onderwijs-cao's tot stand komen. Eerst beschrijven we beknopt de recente historie van het cao-model in het onderwijs. Daarna beschrijven we hoe anno 2021 de arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs plaatsvindt.

Historie¹⁷²

In de jaren 1990 kenden de publieke sectoren, waaronder het onderwijs, nog gecentraliseerde arbeidsvoorwaardenvorming. Het onderwijs maakte deel uit van het overleg tussen de minister van Binnenlandse Zaken en de centrales van overheids- en onderwijspersoneel¹⁷³ (de centrales) over arbeidsvoorwaardelijke onderwerpen. De uitkomst van het overleg werd – voor zover dat nodig was – in het overleg tussen de minister van OCW en de centrales vertaald naar de onderwijssituatie.

De eerste stap in de normalisering van de arbeidsvoorwaarden was de invoering van het 'sectorenmodel': arbeidsvoorwaardelijke onderwerpen werden in het vervolg niet meer voor de hele publieke sector in één overleg bepaald, maar op verschillende sectortafels, waaronder het onderwijs. De minister van OCW overlegde na invoering van het sectorenmodel met de centrales over vrijwel alle arbeidsvoorwaarden.¹⁷⁴

172 Deze paragraaf bevat een bewerking van F. Brekelmans & R. van Schoonhoven, 'De ontwikkeling van de arbeidsvoorwaardenvorming in het Nederlandse onderwijs: van gebaande paden naar hobbelige wegen', in: *T.O.R.B.* 2016-17/5, p. 441-452 en F. Brekelmans & R. van Schoonhoven 'Introductie: het cao-model in het onderwijs', in: R. van Schoonhoven & F.H.J.G. Brekelmans (red.), *Onderwijs-cao's: robuust genoeg voor de 21e eeuw*, Bundel ter gelegenheid van het VU Symposium op 12 oktober 2018, Amsterdam: Vrije Universiteit 2018, p. 5-17. Een uitgebreide historische schets over de invoering van het cao-model in het onderwijs is opgenomen in: R. van Schoonhoven & F.H.J.G. Brekelmans, 'Cao of niet-cao: naar een beter model van arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs', in: *Over de grenzen van de provincie: ontwikkelingen in het onderwijsarbeidsvoorwaardenrecht*. Preadviezen voor de jaarvergadering van de Vereniging voor Onderwijsrecht. Den Haag: Haegepoorte 1996 en R. van Schoonhoven, *Behouden beleid. Naar decentrale arbeidsvoorwaarden in het voortgezet onderwijs* (diss. UvA). Den Haag: Elsevier 1999.

173 Deze centrales van overheidspersoneel waren het Ambtenarencentrum (AC), de Algemene Centrale van Overheidspersoneel (ACOP), de Christelijke Centrale van Overheids- en Onderwijspersoneel (CCOOP) en de Centrale van Middelbare en Hogere Ambtenaren (CMHF).

174 De arbeidsvoorwaarden van het personeel werden neergelegd in het Rechtspositiebesluit onderwijs.

In diezelfde periode, de eerste helft van de jaren 1990, stond het onderwijsbeleid sterk in het teken van autonomievergroting en deregulering.¹⁷⁵ De bedoeling van de wetgever was om terug te treden, minder (gedetailleerde) regels voor te schrijven, waardoor er meer bewegingsruimte voor de onderwijsinstellingen zou ontstaan. In samenhang hiermee kwam er een nieuw bekostigingssysteem: de zogeheten declaratiebekostiging werd vervangen door de lumpsumbekostiging. Daarbij paste ook een verdere decentralisatie van arbeidsvoorwaardenvorming. Immers, lumpsumfinanciering heeft weinig zin als de bevoegde gezagsorganen geen zeggenschap hebben over de personeelskosten. Lumpsumbekostiging en decentralisatie van arbeidsvoorwaarden waren kortom onlosmakelijk met elkaar verbonden.

De decentralisatie van arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs is niet in één keer, maar in twee fasen ingevoerd. In elke onderwijssector werd eerst het overleg over de secundaire arbeidsvoorwaarden – bijvoorbeeld personeelsbeleid en werkverdeling – gedecentraliseerd naar een sectorale cao, die werd afgesloten tussen organisaties van werkgevers en werknemers in de betreffende onderwijssector. De primaire arbeidsvoorwaarden – salarissen, pensioenen, sociale zekerheid – bleven in deze fase nog voorbehouden aan het landelijke overleg tussen de minister van OCW en de centrales. Daarna werden ook de primaire arbeidsvoorwaarden gedecentraliseerd, waarbij de minister van OCW nog zorgde voor een waarborg op de financiële elementen van deze sector-cao's door middel van de zogeheten 'kaderbesluiten rechtspositie'. De decentrale afspraken dienden binnen het kader van de bepalingen van het kaderbesluit te blijven. Ten slotte werden ook deze kaderbesluiten ingetrokken.

De invoering van nieuwe regimes van arbeidsvoorwaardenvorming heeft niet op hetzelfde moment voor alle onderwijssectoren plaatsgevonden. Voor het wetenschappelijk en het hoger beroepsonderwijs was het in 1999 zover. In 2003 volgde het middelbaar beroepsonderwijs. Daarna was in 2007 de beurt aan het voortgezet onderwijs. Het primair onderwijs kreeg in 2006 te maken met de lumpsumbekostiging. De decentralisatie van de arbeidsvoorwaardenvorming werd in deze sector in 2013 afgerond.

Voor de decentralisatie was van overheidswege een vereiste dat aan werkgeverszijde krachtenbundeling zou plaatsvinden. Dit om de cao-onderhandelingen met de vakbonden ook met enige tegenkracht te kunnen voeren én om via de statuten de afzonderlijke bevoegde gezagsorganen ook te kunnen binden aan de uitkomsten van het cao-overleg. In de afgelopen twee decennia zijn derhalve de volgende werkgeversorganisaties opgericht: het wetenschappelijk onderwijs: de Vereniging van Universiteiten (VSNU), het hoger beroepsonderwijs: de Vereniging Hogescholen, het middelbaar beroepsonderwijs: de MBO Raad, en voor het voortgezet en primair onderwijs: de VO Raad en de PO Raad.

175 In de twee belangrijkste beleidsnota's – de nota *Hoger Onderwijs Autonomie en Kwaliteit* (HOAK-nota 1985) voor het hoger onderwijs en *De school op weg naar 2000* (1988) voor het primair en voortgezet onderwijs (dat toen nog het mbo omvatte) – wordt gesteld dat de centrale sturing niet meer voldoet en dat de oplossingen moeten worden gezocht in de sfeer van autonomievergroting en deregulering. Op deze wijze komt op scholen maatwerk tot stand dat zal leiden tot beter onderwijs.

De decentralisatie van de arbeidsvoorwaardenvorming is een omvangrijke operatie geweest.

In nog geen twee decennia tijd (tussen 1995 en 2015) is het gelukt de verantwoordelijkheid voor vorm en inhoud van de arbeidsvoorwaarden van het onderwijspersoneel te verplaatsen van de minister van Binnenlandse Zaken en de minister van OCW naar de bevoegde gezagsorganen in het onderwijs. In samenhang daarmee is het werken met collectieve arbeidsovereenkomsten, voor elke onderwijssector één, gemeengoed geworden.

Van belang in de werking van het cao-model in het onderwijs is het gegeven dat onderhandelingsmarges sterk afhankelijk zijn van de toestand van 's Rijks financiën. De onderwijswerkgevers beschikken weliswaar over eigen middelen, maar de omvang van de middelen wordt door het kabinet bepaald volgens het zogeheten referentiemodel.

De overheid heeft dus met de decentralisatie in beginsel afstand genomen van de arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs, maar tegelijkertijd heeft het kabinet met het referentiemodel nog een stevige vinger in de pap.

De arbeidsvoorwaardenvorming anno 2021 in het onderwijs¹⁷⁶

Bevoegde gezagsorganen kunnen sinds de decentralisatie van de arbeidsvoorwaarden overleggen met onderwijsvakorganisaties en/of personeelsvertegenwoordigingen over, onder meer, salarissen, andere arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden. Zij kiezen er vrijwel zonder uitzondering voor om op niveau van de sector – en niet op dat van hun eigen organisatie – aan overlegtafels met de onderwijsvakorganisaties tot collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's) te komen. Het resultaat wordt neergelegd in een sector-cao: de Cao-po, Cao-vo, Cao-mbo, Cao-hbo en de Cao-NU.

Dat wil niet zeggen dat er geen ondernemings-cao's in het onderwijs voorkomen.

Twee voorbeelden. De Cao-vo bestaat uit twee delen. Afwijken van deel 1 van deze cao is niet mogelijk, wel van deel 2. Op grond hiervan heeft het bestuur van OMO (Ons Middelbaar Onderwijs) een ondernemings-cao (Cao-OMO) met de bonden afgesloten, die in de plaats treedt van deel 2 van de Cao-vo.¹⁷⁷ In de Cao-hbo wordt de mogelijkheid geboden om in bepaalde gevallen op het niveau van de hogeschool, in het lokale cao-overleg, een nadere invulling te geven aan een bepaalde regeling. Het resultaat van deze regeling wordt neergelegd in een ondernemings-cao.¹⁷⁸

De gebondenheid aan deze cao's wordt in het onderwijs – net als in de marktsector – gereguleerd door de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet cao) en de Wet op het algemeen verbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet Avv). De reden waarom er geen algemeen verbindend verklaarde cao's

176 Zie voor het cao-recht: A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht* (Monografieën Sociaal Recht nr. 28), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

177 Cao-OMO 2021. In de preambule staat met betrekking tot flexibele arbeidsrelaties: Het maken van afspraken die recht doen aan het belang van het blijven bieden van perspectief op structureel werk aan werknemers enerzijds en de behoefte aan flexibiliteit in het organiseren van het onderwijs anderzijds. Uiteindelijke inzet van cao-partijen is een verdere reductie van inleenconstructies.

178 Artikel V-1 van de Cao-hbo (Overleg op lokaal niveau) bepaalt dat de werkgever met de vakorganisaties op lokaal niveau in ieder geval overlegt over de in het artikel genoemde aangelegenheden.

in het onderwijs zijn, ligt waarschijnlijk in hun oorsprong in de publiekrechtelijke rechtspositiebesluiten en de bekostigingsvoorwaarden van het bijzonder onderwijs. In het onderwijs is alleen de cao voor bestuurders in het voortgezet onderwijs algemeen verbindend verklaard.

Feitelijk vindt de arbeidsvoorwaardenvorming dus per onderwijssector plaats.

In de onderwijs-cao's worden niet alle arbeidsvoorwaarden in detail uitgewerkt. Integendeel, vaak wordt gekozen voor het beleggen van bepaalde onderwerpen bij het overleg tussen bevoegd gezag en medezeggenschapsorgaan. Dit laat onverlet dat volgens de cao's en de medezeggenschapswetgeving de vakbonden het primaat hebben bij arbeidsvoorwaardenvorming. Zo bepaalt de medezeggenschapswetgeving in het onderwijs dat een bevoegdheid, toegekend aan het medezeggenschapsorgaan niet van toepassing is, voor zover de desbetreffende aangelegenheid reeds inhoudelijk in een cao is geregeld. De wetgever spreekt van 'inhoudelijk geregeld', hetgeen betekent dat wanneer de betreffende aangelegenheid niet volledig inhoudelijk in de cao is uitgewerkt, het medezeggenschapsorgaan over deze ruimte de medezeggenschap behoudt. De cao kan de aangelegenheden die worden overgelaten aan het overleg tussen de werkgever en het medezeggenschapsorgaan, al dan niet voorzien van kaders. Zo bepaalt de Cao-mbo dat bij het opstellen van een werktijdenregeling de werknemer betrokken bij het onderwijsproces op tweehonderd dagen kan worden ingezet voor het verrichten van werkzaamheden.¹⁷⁹

De cao geeft aan over welke onderwerpen overleg tussen de werkgever en de bonden plaatsvindt. Zo staat in de Cao-vo: 'In aanvulling op deze Cao vo voert de werkgever met de vakbonden het overleg over de volgende aangelegenheden: a. de rechtspositionele gevolgen van (besturen)fusie en reorganisatie, waaronder begrepen opheffing van een school en oprichting van een centrale dienst, en b. de wijziging van het werkgelegenheidsbeleid.'

Ten slotte is relevant op te merken dat niet alle arbeidsvoorwaarden tot stand komen in het overleg tussen de werkgever en de bonden, dan wel het medezeggenschapsorgaan. Er is immers ook nog het overleg tussen individuele werknemer en werkgever. Dit betekent dat de werkgever over andere aangelegenheden afspraken met de werknemer kan maken.

179 Artikel 3.1 lid 3 Cao-mbo 2021. In overleg tussen werkgever en werknemer kan van de norm worden afgeweken.

*De rol van de overheid*¹⁸⁰

Ondanks de hiervoor geschetste decentralisatie probeert de minister van OCW of de Kamer, zoals uit de volgende twee voorbeelden blijkt, de arbeidsvoorwaarden te bepalen met voorbij gaan van de sociale partners.

Het eerste voorbeeld betreft de positie van de bestuurder in de cao.

Op 29 maart 2018 dienden de Kamerleden Kwint en Beertema een motie in waarin de regering werd verzocht om alle salarissen, inclusief die van bestuurders in het onderwijs, onder te brengen in de Cao-po en de Cao-vo.¹⁸¹ De bestuurder is vrijwel altijd uitgesloten van het toepassingsbereik van deze cao's die geldt voor alle andere werknemers in de organisatie.¹⁸²

Het tweede voorbeeld betreft de mededeling van de minister van OCW op 24 augustus 2021 dat leraren, schoolleiders en ander personeel op scholen voor primair en voortgezet onderwijs met veel achterstanden de komende twee schooljaren een toelage krijgen van gemiddeld acht procent van hun loon. Dit maakt het, aldus de minister, aantrekkelijker om op deze scholen te (blijven) werken. Zo krijgen alle kinderen een kans om de achterstanden als gevolg van corona in te halen. In het tweede voorbeeld gaat het niet om de inhoud van de cao, maar regelt de minister een deel van de arbeidsvoorwaarden via een bekostigingsregel.¹⁸³

In beide gevallen probeert de regering de inhoud van de arbeidsvoorwaarden via de cao of een bekostigingsregeling vast te stellen. Dit staat op gespannen voet met het grondrecht van vakbonds- en onderhandelingsvrijheid. Op grond van de Wet cao¹⁸⁴ en internationale verdragen¹⁸⁵ ligt de bevoegdheid om te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden immers bij de sociale partners.

180 Op dit moment leeft bij bonden de gedachte dat het onderhandelen over het loon niet langer decentraal, maar centraal moet plaatsvinden met de financier: het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. De reden van deze gedachte is dat de minister aan de geldkraan zit en de sectorale werkgevers zich daar ook steeds achter verschuilen. ('U moet bij de minister zijn met uw eis'). Verder geven de minister en de Tweede Kamer steeds vaker direct en indirect opdrachten aan de werkgevers, die dan weer gevolgen hebben voor het cao-overleg. Het overstappen naar het weer voeren van arbeidsvoorwaarden op twee niveaus (centraal en decentraal) zal wel goed doordacht moeten worden. Zie over het voeren van overleg op twee niveaus: F.H.J.G. Brekelmans & R. van Schoonhoven, 'Contextloos advies van Van Kemenade', *School en Wet*, 1996-2, p. 7-11 en R. van Schoonhoven & F.H.J.G. Brekelmans, 'Cao of niet-cao: naar een beter model van arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs', in: *Over de grenzen van de provincie: ontwikkelingen in het onderwijsarbeidsvoorwaardenrecht*. Preadviezen voor de jaarvergadering van de Vereniging voor Onderwijsrecht, Den Haag: Haegespoorte 1996.

181 *Kamerstukken II* 2017/18, 27 923, nr. 286.

182 Cao Bestuurders PO en Cao Bestuurders VO. Zie ook: Gilles Raaijmakers, 'De positie van de bestuurder in de (onderwijs)cao', in: R. van Schoonhoven & F.H.J.G. Brekelmans (red.), *Onderwijs-cao's: robuust genoeg voor de 21e eeuw*. Bundel ter gelegenheid van het VU Symposium op 12 oktober 2018, Amsterdam: Vrije Universiteit 2018, p. 5-17.

183 Brief van de minister aan de Voorzitter van de Tweede Kamer 24 augustus 2021, *Kamerstukken II* 2020/21, 27 923, nr. 422.

184 Zoals betoogd door minister en staatssecretaris van OCW in *Handelingen II* 2013/14, nr. 26, p. 4-8.

185 IAO-Verdrag 87 betreffende de vrijheid van vereniging en de bescherming van het recht om organisaties op te richten en daarvan lid te worden en IAO-Verdrag 98 betreffende het recht om zich te organiseren en collectief te onderhandelen.

Cao's in het bekostigde Nederlandse onderwijs

In het door de nationale overheid bekostigde Nederlandse onderwijs is de rechtspositie van de werknemer voor het overgrote deel geregeld in collectieve arbeidsovereenkomsten die zijn afgesloten tussen enerzijds de werkgeversorganisaties die in de verschillende onderwijssectoren actief zijn en anderzijds de vakorganisaties. Elke onderwijssector heeft een andere werkgeversorganisatie. De vakorganisaties zijn echter in grote lijnen steeds dezelfde. Wij geven hierna eerst een overzicht van de manier waarop de cao's in de verschillende onderwijssectoren flexibele arbeidsrelaties regelen. Daarbij zal ook enige jurisprudentie worden behandeld. De cao's die daarbij aan de orde komen zijn de volgende:

- Cao voor het primair onderwijs 2019-2020 (verlengd);
- Cao voortgezet onderwijs 2020 (verlengd);
- Cao voor middelbaar beroepsonderwijs en volwasseneneducatie 2021;
- Cao voor het hoger beroepsonderwijs 2020;
- Cao Nederlandse Universiteiten 2021-2022;
- Cao Bestuurders PO 2020 (verlengd);
- Cao Bestuurders VO 2020 (verlengd).

In de navolgende paragrafen wordt eerst per sector besproken welke bepalingen van belang zijn voor flexibele arbeidsrelaties. Vervolgens worden nog twee onderwerpen behandeld die verschillende cao's overstijgen, te weten de onbevoegde werknemer (paragraaf 5.8) en de tijdelijke uitbreiding van de aanstelling (paragraaf 5.9).¹⁸⁶

5.2 Primair onderwijs

Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

De Cao voor het primair onderwijs 2019-2020¹⁸⁷ (hierna: Cao-po) neemt in artikel 3.1 (tweede lid) de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als uitgangspunt, tenzij sprake is van vervanging of werkzaamheden van kennelijk tijdelijke aard. Bij die twee soorten werkzaamheden kan – binnen de grenzen van de ketenregeling van artikel 7:668a BW – een benoeming voor bepaalde tijd worden aangegaan. Maar ook in andere gevallen kan een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden aangegaan voor ten hoogste twaalf maanden. Die arbeidsovereenkomst 'wordt aangeboden met uit-

186 Het preadvies gaat niet nader in op de vraag in hoeverre de cao's ruimte bieden voor flexibilisering in de vorm van de vorming van sectoroverstijgende organisaties, zoals IKC's, tienscholen en dergelijke. Zie over dit onderwerp bijvoorbeeld: J.W. Bruin & J. Streefkerk, *'Integraal, maar nog niet collectief. Over de arbeidsvoorwaardelijke positie van IKC-medewerkers'*, in: R. van Schoonhoven & F.H.J.G. Brekelmans (red.), *Onderwijs-cao's: robuust genoeg voor de 21e eeuw*, Bundel ter gelegenheid van het VU Symposium op 12 oktober 2018, Amsterdam: Vrije Universiteit 2018, p. 77-89.

187 Omdat het openbaar primair en voortgezet onderwijs sinds 1 januari 2020 niet meer de ambtelijke aanstelling kennen, kennen de cao's in deze sectoren met ingang van die datum uitsluitend nog de arbeidsovereenkomst. Alle eerdere cao's kenden in dit opzicht een tweedeling. In het primair onderwijs is dit nog zichtbaar doordat het oude hoofdstuk 4 nog in de nummering van de Cao-po is opgenomen. Inhoudelijk zijn er echter geen verschillen meer. Dit geldt ook voor de universiteiten. Openbare universiteiten kenden ook de ambtelijke aanstelling.

zicht op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd'. Alleen in zeer bijzondere gevallen kan hierna 'nog eenmaal een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden aangegaan gedurende een periode van maximaal 12 maanden'. Het gerechtshof Den Haag heeft vrij onlangs met betrekking tot deze onderdelen van de Cao-po geoordeeld¹⁸⁸, dat uit de eisen van artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap) niet volgt dat de werkgever gehouden is om na een (eerste of verlengde) arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met uitzicht op een vast dienstverband daadwerkelijk een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden. Dat die verplichting in een individueel geval wel zou kunnen ontstaan, wil het hof nog wel aannemen, maar hangt af van alle omstandigheden van het geval. In ieder geval is daarvoor niet voldoende, dat niet is aangetoond dat werknemer ongeschikt is voor de functie. Een iets andere benadering van een vergelijkbaar artikel koos overigens de Kantonrechter Den Haag in een uitspraak¹⁸⁹ die hierna bij de bespreking van de Cao-vo nog aan de orde komt.

Bij werkzaamheden van kennelijk tijdelijke aard gelden deze restricties niet en kan een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden aangegaan (zie artikel 3.1 derde lid Cao-po). Daarop is de ketenregeling van artikel 7:668a BW van toepassing. Het artikel-lid bepaalt slechts wat het eerste lid van artikel 7:668a ook al bepaalt en maakt dus voor wat betreft werkzaamheden van kennelijk tijdelijke aard geen gebruik van de in het vijfde lid van dat artikel opgenomen mogelijkheid om bij cao de totale duur van opeenvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten te verlengen of het aantal schakels in de keten te verlengen.

Iets anders ligt dat voor de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in verband met vervangingswerkzaamheden van het vierde lid van artikel 3.1 Cao-po. Met toepassing van het vijfde lid van artikel 7:668a BW wordt het aantal schakels in de keten verhoogd van drie naar (de maximale) zes. De maximale duur van de elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten blijft echter 36 maanden.

Nog weer anders ligt het voor 'elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd uitsluitend in verband met vervanging wegens ziekte van een werknemer die een onderwijsgevende of onderwijsondersteunende functie met lesgebonden of behandeltaken bekleedt'. Dan kan namelijk op grond van het vijfde lid van artikel 3.1 Cao-po een onbepaald aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden aangegaan gedurende een periode van maximaal 36 maanden. Deze arbeidsovereenkomsten tellen niet mee in het geval na een dergelijke vervangingsbaan een andere arbeidsovereenkomst met dezelfde (of een rechtens relevante opvolgende) werkgever wordt aangegaan en ze worden ook niet meegenomen bij de vaststelling van de tussenpozen van de verschillende arbeidsovereenkomsten in een keten. In dat geval begint dus kennelijk een nieuwe keten te lopen. Hoewel het artikellid dat dan weer niet vermeldt, is het vijfde lid van artikel 3.1 Cao-po een toepassing van het vijftiende lid van artikel 7:668a BW. Het luidt als volgt:

188 Hof Den Haag 22 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1767.

189 Kantonrechter Den Haag 30 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8822.

‘Dit artikel is niet van toepassing op een arbeidsovereenkomst met een werknemer op een school als bedoeld in artikel 1 van de Wet op het primair onderwijs of artikel 1 van de Wet op de expertisecentra, indien die arbeidsovereenkomst is aangegaan in verband met vervanging wegens ziekte van een werknemer die een onderwijsgevende of onderwijsondersteunende functie met lesgebonden of behandeltaken bekleedt.’

De enige beperking die de Cao-po dus nog op deze vrijheid aanbrengt, is de duur van de elkaar opvolgende, tijdelijke arbeidsovereenkomst te beperken tot 36 maanden.

Proeftijd

Een proeftijd (van ten hoogste twee maanden) is in het primair onderwijs op grond van artikel 3.1 (zesde lid) Cao-po slechts aan de orde als de eerste arbeidsovereenkomst bij de werkgever een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is. Een proeftijd zien we in de praktijk zelden of nooit omdat de werkgever haast nooit meteen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aanbiedt.

Opzegging

De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hoeft blijkens artikel 3.3 Cao-po niet te worden opgezegd. Als artikel 3.3 Cao-po dit niet bepaalde, zou dit overigens niet anders zijn geweest omdat artikel 7:667 BW bepaalt dat dit de regel is en opzegging dient te worden overeengekomen tenzij opzegging uit de wet of het gebruik voortvloeit. Het eerste en het tweede lid van artikel 3.5 Cao-po maken de tussentijdse opzegging – en daarmee ook de eventuele ontbinding – van een (al dan niet verlengde) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mogelijk. Dat artikel 3.6 Cao-po in het vierde lid, aanhef en onder b, dan ook nog verwijst naar de ontbindingsmogelijkheid voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet tussentijds kan worden opgezegd, is naar onze opvatting overbodig.

Aanzegplicht

De Cao-po regelt de aanzegging van het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd uitgebreider dan artikel 7:668 BW voorschrijft. Op grond van het BW dient de werknemer uiterlijk een maand voor het einde van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die een looptijd heeft van tenminste zes maanden, schriftelijk te worden geïnformeerd over het al dan niet voortzetten ervan en, bij voortzetting over de voorwaarden waaronder wordt voortgezet. Die verplichting geldt dus ook voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in het primair onderwijs. Het eindigen van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in de zin van artikel 3.1 (tweede lid) Cao-po dient echter op grond van het derde lid van artikel 3.3 Cao-po twee maanden van tevoren te worden aangezegd. ‘Indien de werkgever nalaat de in het derde lid bedoelde beslissing tijdig te nemen, wordt de werknemer met ingang van de bedoelde einddatum geacht werkzaam te zijn in een verlengd dienstverband voor bepaalde tijd onder dezelfde voorwaarden als het voorgaande dienstverband.’

Tijdelijke uitbreiding

Een wonderlijke bepaling is opgenomen in artikel 3.4 Cao-po. Het gedeelte van de arbeidsovereenkomst, dat bestaat uit uren boven de normbetrekking óf die een tijdelijke uitbreiding van de betrekkingssomvang in verband met vervanging uitmaken vervalt van rechtswege '(i)ndien en voor zover de werkzaamheden niet langer aan de werknemer worden opgedragen'. De tijdelijke uitbreiding kan blijkens de toelichting op enkele artikelen van de Cao-po 'in beginsel niet worden opgevat als een zelfstandig dienstverband'. In welke gevallen de arbeidsovereenkomst tijdelijk kan worden uitgebreid, regelt de cao niet. Artikel 6.1 Cao-po zegt in het vierde lid heel in het algemeen dat 'het dienstverband tijdelijk (kan) worden uitgebreid in het geval de werknemer aanvullend op het dienstverband belast wordt met extra werkzaamheden'.

Detachering

Met betrekking tot detachering regelt de cao in artikel 3.17 slechts in algemene zin dat werknemer 'op zijn verzoek of met zijn instemming voor bepaalde tijd (kan) worden belast met werkzaamheden bij een werkgever van een andere instelling of instellingen dan wel buiten het onderwijs'.

Uitzendwerk

Uitzendarbeid is op grond van artikel 3.18 Cao-po mogelijk bij (1) vervanging wegens ziekte of buitengewoon verlof, (2) bij activiteiten van kennelijk tijdelijke aard of in (3) kennelijk onvoorziene omstandigheden. 'Uitzendkrachten worden door de werkgever, voor wat betreft de toepassing van het taakbeleid en arbeids- en rusttijdenregeling, op dezelfde wijze behandeld als de werknemers die onder deze cao vallen', bepaalt het tweede lid verder. Ook dient de werkgever op grond van het derde en vierde lid van artikel 3.18 bij het uitzendbureau te bedingen dat salaris, toelagen en onkostenvergoedingen gelijk zijn. Ook na het overeenkomen van het beding dient de werkgever zich er op grond van het zesde lid kennelijk nog van 'te vergewissen' dat deze bepaling wordt nageleefd.

5.3 Voortgezet onderwijs

Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

De Cao voortgezet onderwijs 2020 (hierna: Cao-vo) regelt – hoewel iets minder expliciet dan in de Cao-po ook dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt aangegaan, tenzij zich een van de uitzonderingen voordoet die in de cao worden geregeld (artikel 9.1, tweede lid Cao-vo).

Aanstelling bij wijze van proef

De eerste uitzondering is de arbeidsovereenkomst 'bij wijze van proef, met uitzicht op een dienstverband voor onbepaalde tijd' van artikel 9.2 Cao-vo. De duur daarvan is ten hoogste 12 maanden. 'In bijzondere gevallen kan deze periode worden verlengd met ten hoogste 12 maanden', bepaalt het eerste lid ten slotte. Wat onder een bijzonder ge-

val wordt verstaan, blijkt niet uit de cao. De Kantonrechter Den Haag oordeelde in 2019 dat daar in ieder geval onder kan worden verstaan de situatie, waarin werknemer in februari tot aan het einde van schooljaar op 31 juli in dienst wordt genomen, waarna de werkgever met twaalf maanden verlengt omdat hij niet voldoende gelegenheid heeft gehad het functioneren te beoordelen. De kantonrechter oordeelde in diezelfde uitspraak echter óók, dat de werkgever uit hoofde van goed werkgeverschap de verplichting heeft om na die periode van in totaal ongeveer achttien maanden een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden indien het functioneren van werknemer daaraan niet in de weg staat.¹⁹⁰ Deze benadering wijkt dus af van die van het gerechtshof Den Haag over een vergelijkbare bepaling in de Cao-po, die hiervoor aan de orde kwam.

Onderwijsbevoegdheid

Artikel 9.3 Cao-vo bepaalt categorisch dat '(e)en werknemer die geen enkele wettelijke onderwijsbevoegdheid bezit, wordt voor ten hoogste 2 jaar in en leraarsfunctie benoemd, gedurende maximaal 3 arbeidsovereenkomsten. (...) Indien de onbevoegde leraar na 2 jaar geen wettelijke onderwijsbevoegdheid heeft behaald, kan in bijzondere gevallen de arbeidsovereenkomst daarna ten hoogste nog twee keer met 1 jaar worden verlengd. Het (...) betreft een afwijking van de wettelijke ketenbepaling conform artikel 7:668a lid 5 BW (...). De afwijkingsmogelijkheid sluit aan bij artikel 33 (...) WVO'. Het zevende lid van artikel 9.3 bepaalt nu uitdrukkelijk dat de leraar 'onmiddellijk na het behalen van een wettelijke onderwijsbevoegdheid (...) een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd' ontvangt als hij ten minste twaalf maanden in dienst is. Dit lijkt een reactie op een uitspraak van Kantonrechter Maastricht waarin op basis van een iets andere tekst ook al werd geoordeeld dat 'omzetting van rechtswege plaatsvindt door het verkrijgen van de (...) onderwijsbevoegdheid. De werkgever heeft niet de vrijheid anders te beslissen, ook niet vanwege (beweerdelijk) slecht presteren van de leraar'.¹⁹¹

Opzegging en ontbinding

De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt blijkens artikel 10.1 lid 3 Cao-vo van rechtswege (en hoeft dus niet te worden opgezegd). Het eerste en het tweede lid van artikel 10.1 Cao-vo maken de tussentijdse opzegging – en daarmee ook de eventuele ontbinding – van een (al dan niet verlengde) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mogelijk. Artikel 10.6 Cao-vo herhaalt dit in het eerste lid nog eens en noemt daarvoor vervolgens de – uiteraard uit de wet overgenomen – gronden.

Aanzegplicht

De aanzegverplichting van artikel 7:668 BW is ook in de Cao-vo versterkt. Enerzijds wordt de categorie arbeidsovereenkomsten waar dit voor geldt nog iets verder ingeperkt doordat het niet alleen gaat om een arbeidsovereenkomst van ten minste twaalf

190 Kantonrechter Den Haag 30 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8822.

191 Kantonrechter Maastricht 4 december 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:10931.

maanden, maar er moet ook schriftelijk uitzicht zijn gegeven op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Omdat dit zowel in het primair als in het voortgezet onderwijs in het algemeen wel zal gebeuren, is het verschil in de praktijk niet groot. Anderzijds wordt de categorie juist weer iets verruimd doordat de verplichting ook geldt voor de arbeidsovereenkomst die het hele feitelijke schooljaar heeft geduurd en voor elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die in totaal twaalf maanden hebben geduurd. In dergelijke gevallen dient het einde daarvan echter op grond van artikel 9.2 lid 2 Cao-vo twee maanden van tevoren te worden aangezegd in plaats van de wettelijke termijn van één maand. Het gevolg van het nalaten van een tijdige aanzegging is evenals in het primair onderwijs dat de werknemer geacht wordt na de einddatum onder dezelfde voorwaarden in tijdelijke dienst te zijn. Voor de overige arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd bevat artikel 10.3 Cao-vo slechts een herhaling van de aanzegplicht van artikel 7:668 BW.

Vervanging

Een tijdelijke arbeidsovereenkomst is bovendien mogelijk bij vervanging (artikel 9.2, vierde lid sub a Cao-vo) telkens voor ten hoogste een jaar, als voorziening in een tijdelijke vacature (artikel 9.2, vierde lid sub b Cao-vo) eveneens voor telkens ten hoogste een jaar en bij (de vervanging van) contractactiviteiten (artikel 9.2, vierde lid sub c Cao-vo) voor ten hoogste twee jaar. Eventueel in combinatie met de (eventueel verlengde) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op proef kan de totale duur van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op deze grond blijkens het vijfde lid van artikel 9.2 Cao-vo niet langer zijn dan twee jaar¹⁹² en is het aantal beperkt tot drie. Wordt de arbeidsovereenkomst nadien voortgezet, dan luidt die voor onbepaalde tijd. Consequentie van dit systeem is dat de werkgever die nalaat om een tijdelijke arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 9.1 Cao-vo, die volgt op een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 9.2 Cao-vo (tijdig) aan te zeggen wordt geconfronteerd met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de bewuste werknemer.

Bij (de vervanging van) projecten waarvoor additionele gelden ter beschikking zijn gesteld kan de werknemer maximaal vier jaar in tijdelijke dienst zijn (artikel 9.2, vierde lid sub d Cao-vo). Hier lijkt enigszins te worden verondersteld dat dit in de vorm van één tijdelijke arbeidsovereenkomst gebeurt. In zoverre zou er dan geen strijd zijn met de ketenregeling omdat immers geen sprake is van een keten van meer dan één arbeidsovereenkomst. Het achtste lid stelt echter het maximumaantal arbeidsovereenkomsten op deze grond echter toch op vier. In zoverre wordt afgeweken van artikel 7:668a BW. Dat mag bij cao, maar 7:668a BW veronderstelt in het vijfde lid dat het dan gaat om bij die cao 'te bepalen functies of functiegroepen' en dat bovendien 'de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging of verhoging vereist'. De werknemer op projectbasis is echter geen afzonderlijke functie. Bovendien blijkt niet uit de cao waarom deze afwijking is vereist. Dit in tegenstelling tot artikel 9.5 Cao-vo, dat in het

192 Echter drie jaar indien de P(G)MR daarmee instemt op grond van door de werkgever verwachte formatieve problemen. Zie het zesde lid van artikel 9.3 Cao-vo.

vijfde lid uiteenzet waarom voor de werknemer zonder de vereiste onderwijsbevoegdheid wordt afgeweken van artikel 7:668a BW. In combinatie met het achtste lid is daarom de vraag of een opvolgende arbeidsovereenkomst voor het vierde jaar van een medewerker op projectbasis wel voor bepaalde tijd overeen kan worden gekomen.

Tijdelijke uitbreiding

Net als de Cao-po kent de Cao-vo de tijdelijke uitbreiding. Overeenkomstig artikel 10.2 Cao-vo vervalt van rechtswege het gedeelte van de arbeidsovereenkomst, dat bestaat uit uren boven de normbetrekking of die een tijdelijke uitbreiding van de betrekkingssomvang in verband met vervanging, een tijdelijke voorziening in een vacature, op projectbasis of in verband met contractactiviteiten uitmaken '(i)ndien en voor zover de werkzaamheden niet langer aan de werknemer worden opgedragen'.

Proeftijd

Een proeftijd (van ten hoogste twee maanden) is op grond van het tiende lid van artikel 9.2 Cao-vo in het voortgezet onderwijs slechts mogelijk als de eerste arbeidsovereenkomst bij de werkgever een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is. Net als in het primair onderwijs zien we een proeftijd in de praktijk van het voortgezet onderwijs zelden of nooit.

Uitzendarbeid

Uitzendarbeid is op grond van artikel 9.8 Cao-vo mogelijk bij (1) vervanging wegens ziekte of buitengewoon verlof, (2) bij activiteiten van kennelijk tijdelijke aard of in (3) kennelijk onvoorziene omstandigheden. 'Uitzendkrachten worden door de werkgever, voor wat betreft de toepassing van het taakbeleid en arbeids- en rusttijdenregeling, op dezelfde wijze behandeld als de werknemers die onder deze cao vallen', bepaalt het tweede lid verder. Het uitzendbureau dient op grond van het derde lid aan de uitzendkracht hetzelfde salaris en dezelfde toelagen en onkostenvergoedingen als aan een vergelijkbare werknemer die rechtstreeks bij de werkgever in dienst is. De werkgever dient dit op grond van het vierde lid van artikel 9.8 Cao-vo bij het uitzendbureau te bedingen.

5.4 Middelbaar beroepsonderwijs en volwasseneneducatie

Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

De Cao voor middelbaar beroepsonderwijs en volwasseneneducatie 2021 (Cao-mbo) neemt – anders dan de cao's voor het primair en voortgezet onderwijs – niet als uitgangspunt dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt aangegaan. Artikel 2.3 Cao-mbo formuleert in het eerste lid eenvoudigweg dat '(d)e arbeidsovereenkomst wordt aangegaan voor onbepaalde tijd of voor bepaalde tijd'. Wel zal de werkgever op grond van artikel 2.11 Cao-mbo (tweede lid, sub c) een 'terughoudend beleid voeren in het aanbieden van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan dezelfde werknemer'. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan op grond van het

tweede lid van artikel 2.3 Cao-mbo voor ten hoogste drie jaar worden aangegaan. Dit is ook de maximumduur van een keten van tijdelijke arbeidsovereenkomsten conform artikel 7:668a BW, maar niettemin een beperking. Eén tijdelijke arbeidsovereenkomst valt immers niet onder ketenregeling en zou dus in beginsel ook voor vier of tien jaar mogen worden aangegaan. Artikel 2.3 lid 3 Cao-mbo herhaalt de ketenregeling van artikel 7:668a BW, maar voegt daar – als enige van alle onderwijs-cao's – aan toe dat de ketenregeling óók geldt voor tijdelijke uitbreidingen. Dit tenzij die leiden tot een werktijdfactor groter dan 1. Een uitbreiding tot boven die factor is toegestaan, maar op grond van het vijfde lid van artikel 2.3 Cao-mbo wordt die 'nooit omgezet in een uitbreiding voor onbepaalde tijd'. De Cao-mbo voorziet niet in de mogelijkheid van tussentijdse opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Oudere werknemer en leraren in opleiding

Met de werknemer die de AOW-leeftijd heeft bereikt (of ouder is) en met de leraar in opleiding wordt op grond van het vierde lid van artikel 2.3 Cao-mbo 'steeds' een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan. Het woord 'steeds' is eigenlijk niet helemaal juist, omdat artikel 7:668a, lid 12 BW ook aan een keten van tijdelijke arbeidsovereenkomsten met een AOW-gerechtigde een maximumduur van 48 maanden stelt bij een maximum aantal van zes. Het vierde lid sub b van artikel 2.3 Cao-mbo regelt dat op leerarbeidsovereenkomst in de zin van artikel 2.6 Cao-mbo de ketenregeling niet van toepassing is. In artikel 2.6 Cao-mbo gaat het om de leraar in opleiding, oftewel (zoals omschreven in het eerste lid van het artikel): een laatstejaarsstudent van een lerarenopleiding, die voor vijf maanden (fulltime) of tien maanden (half time) wordt benoemd. Dit is een toepassing van het negende lid van artikel 7:668a BW, waarin is geregeld dat bij cao de ketenregeling niet van toepassing kan worden verklaard 'voor daarin aangewezen arbeidsovereenkomsten die uitsluitend of overwegend zijn aangegaan omwille van de educatie van de werknemer'.

Aanzegplicht

De Cao-mbo bevat geen bijzondere bepalingen voor de aanzegging van het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Andere flexibele arbeidsrelaties

De Cao-mbo regelt tot op zekere hoogte wel de inzet van andere flexibele arbeidsovereenkomsten. Op grond van artikel 2.11, lid 2 Cao-mbo zal de werkgever 'flexibele arbeidsovereenkomsten die de werknemer in een nadelige positie brengen, voorkomen'. Nulurencontracten zijn daarom niet toegestaan en oproepcontracten in de zin van artikel 7:628a BW, waarbij de werknemer een garantie heeft voor een overeengekomen aantal minimumuren, 'slechts bij uitzondering'. Het aantal niet-gegarandeerde uren mag bovendien niet hoger zijn dan 75 procent van het aantal wel gegarandeerde uren.

Uitzendwerk

Uitzendarbeid kan op grond van het derde lid van artikel 2.11 Cao-mbo worden ingezet voor ziektevervanging, 'ter voorziening in de behoefte aan arbeidskrachten in geval van een groot aanbod van werkzaamheden', bij werkzaamheden van tijdelijke aard of contractactiviteiten of bij onvoorziene omstandigheden. De maximumduur is in de laatste drie gevallen twaalf maanden. Het detacheren van werknemers van een andere werkgever wordt in het derde lid van artikel 2.11 Cao-mbo expliciet aangemerkt als uitzendarbeid. Hoewel het dat juridisch gezien natuurlijk niet is. De beloning (inclusief toelagen en onkostenvergoedingen) van de uitzendkracht is op grond van het vierde lid van artikel 3.11 Cao-mbo gelijk aan die van een werknemer die in dienst is bij de werkgever in een gelijke of gelijkwaardige functie.

5.5 Hoger beroepsonderwijs

Preambule

De Cao voor het hoger beroepsonderwijs 2020 (hierna: Cao-hbo) pakt het anders aan dan de hiervoor besproken cao's. De artikelen die betrekking hebben op arbeidsovereenkomsten – en dan met name hoofdstuk D – zijn herzien, met volgens de preambule bij de Cao-hbo als 'leidende principes':

- De aard van het werkaanbod is bepalend voor de vorm van de arbeidsovereenkomst.
- Structureel werk (continuïteit in het werkaanbod) wordt uitgevoerd op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur, dan wel op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur met uitzicht op vast; daarbij zullen de grenzen voor vast en flexibel werk, die met de medezeggenschap zijn afgesproken, worden gerespecteerd.

De werkgevers in het hoger beroepsonderwijs onderschrijven daarbij dat 'structureel werk dient te worden uitgevoerd op basis van een vast contract of een tijdelijk contract met uitzicht op vast'. Met de medezeggenschapsraad of – in voorkomende gevallen – de ondernemingsraad worden afspraken gemaakt over het percentage flexibele (tijdelijke en inhuur) contracten. De individuele hogeschool wordt niet aangesproken op het niet aanbieden van vaste contracten of contracten met uitzicht op vast zolang hij binnen dit percentage blijft. Tijdelijkheid in arbeidsovereenkomsten, en dus flexibiliteit, moet beargumenteerd en uitlegbaar zijn. Sociale partners stellen zich hierbij ten doel:

- Flexibele arbeid in de zin van niet te beargumenteren tijdelijkheid te voorkomen.
- Zo veel mogelijk arbeidsrelaties onder het regime van de cao te brengen in uiteenlopende varianten.
- Onzekerheid voor de werknemer binnen de arbeidsrelatie waar mogelijk te begrenzen, zoals het vermijden van draaideurconstructies.
- Gelijk werk zo veel mogelijk gelijk te belonen. Uitzendwerk dient te worden beperkt tot het opvangen van pieken in het werkaanbod en tot vervanging in geval van ziekte.

De gemaakte afspraken moeten er – nog steeds volgens de preambule – toe leiden dat het percentage niet-vaste contracten op sectorniveau daalt. Als dat op 1 januari 2022 niet blijkt te zijn gelukt, valt de Cao-hbo terug op de teksten uit deze cao vóór de cao 2020.

Arbeidsovereenkomst voor duur inwerkprogramma

Het cruciale artikel in de Cao-hbo is artikel D-3. Op grond daarvan kan de werknemer voor bepaalde tijd in dienst treden ‘met uitzicht op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd’. De duur ervan is niet langer dan de duur van het inwerkprogramma. Je zou verwachten dat dit tot vrij korte contracten zou leiden, maar het met de medezeggenschap overeen te komen beleid ‘bevat waarborgen om ervoor te zorgen dat nieuwe werknemers in een periode van maximaal drie jaar adequaat worden ingewerkt’, formuleert het tweede lid van artikel D-3 Cao-hbo.

Een dergelijke werknemer heeft echter wel een soort semi-vaste arbeidsovereenkomst. Hij wordt na de periode tijdelijk voor onbepaalde tijd aangesteld, tenzij uit de laatste beoordeling blijkt dat de werknemer onvoldoende functioneert of ‘zwaarwegende bedrijfsmatige belangen, hetzij op hogeschoolniveau dan wel op het niveau van de opleiding, door de werkgever aan te tonen, zich tegen de omzetting verzetten’. De werkgever dient dit ten minste vier maanden voor het eind van de eerste periode aan de werknemer mee te delen. Als de beoordeling door ziekte niet plaats heeft kunnen vinden wordt de oorspronkelijke bepaalde tijd met maximaal een halfjaar verlengd om deze beoordeling alsnog te kunnen laten plaatsvinden. Naar onze opvatting is deze verlenging overigens wel een opvolgende schakel in de keten. Bovendien is niet goed geregeld wat er gebeurt als de werknemer op het moment waarop deze verlenging in gaat nog steeds ziek is.

Specifieke hbo-functies

Daarnaast is op grond van artikel D-4 Cao-hbo een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mogelijk, maar alleen in de gevallen die artikel D-5 Cao-hbo worden genoemd. Het gaat hier om specifieke functies die alleen in het hoger beroepsonderwijs voorkomen, te weten die van lector en associate lector (lid 2), onderzoeker (lid 3) en werknemers die belast zijn met werkzaamheden in het kader van met instemming van de PMR aangewezen projecten. Het gaat hier kennelijk steeds om één arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een duur die verband houdt met de grond waarop de arbeidsovereenkomst wordt aangeboden. Ten slotte maakt de cao in enkele, zeer specifieke situaties ook een uitzondering op de ketenregeling van artikel 7:668a BW. Het gaat dan blijkens artikel D-5, eerste lid Cao-hbo om onderwijsgevend personeel in het kunstonderwijs met een betrekkingsomvang van niet groter dan 0,4 fte die tevens uitvoerend beroepsbeoefenaar zijn (zes arbeidsovereenkomsten binnen vier jaar) en om promovendi (drie arbeidsovereenkomsten binnen de duur van het promotieonderzoek). Hetzelfde artikel D-5 Cao-hbo brengt voor het overige ook een beperking aan op de ketenregeling. Buiten de in het eerste lid genoemde gevallen kan een keten slechts twee jaar duren (in plaats van de drie jaar die de keten sinds de WAB per 1 januari 2020 wettelijk gezien weer mag duren).

Opzegging

Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan worden opgezegd, maar uitsluitend als die overeenkomst voor langer dan een jaar is aangegaan (artikel D-5, tweede lid Cao-hbo). Overigens formuleert dat tweede lid het een beetje moeizaam, in die zin dat deze opzeggingsmogelijkheid in de (individuele) arbeidsovereenkomst moet worden opgenomen.

Tijdelijke uitbreiding

De Cao-hbo regelt ook de tijdelijke uitbreiding. In vergelijking met andere onderwijs-cao's valt op dat die in deze cao minder wordt afgegrensd. Artikel D-6 Cao-hbo formuleert in zijn algemeenheid, dat '(d)e omvang van de betrekking van de werknemer met wie naast zijn bestaande werkzaamheden, extra werkzaamheden van incidentele en/of structurele aard worden overeengekomen, (...) voor de duur van die werkzaamheden tijdelijk (wordt) uitgebreid met ingang van de dag waarop hij feitelijk met deze werkzaamheden wordt belast'. dit deel van rechtswege zonder aanzegging of opzegging (artikel Q-1, tweede lid aanhef en onder c Cao-hbo). De ketenregeling wordt er ook niet op van toepassing verklaard.

Uitzendwerk

Uitzendarbeid is op grond van het eerste lid van artikel D-8 Cao-hbo mogelijk in geval van vervanging wegens ziekte of buitengewoon verlof en bij activiteiten van kennelijk kort tijdelijke aard. 'Uitzendkrachten worden door de werkgever voor wat betreft de systematiek van taaktoedeling op dezelfde wijze behandeld als werknemers die onder deze cao vallen', regelt het tweede lid van dit artikel.

5.6 Universiteiten

Op het moment waarop dit preadvies wordt afgesloten, kennen wij de tekst van de Cao voor de Nederlandse Universiteiten 2019 (looptijd 31 december 2019 t/m 31 december 2020) en het onderhandelaarsakkoord van de Cao Nederlandse Universiteiten 1 januari 2021 tot en met 31 maart 2022. Waar hierna wordt geciteerd uit de cao gaat het om verwijzingen naar de tekst van de Cao 2019.

Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

De Cao voor de Nederlandse Universiteiten (hierna: Cao-NU) noemt de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de regel en de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de uitzondering. Letterlijk bepaalt deze: 'In beginsel wordt het dienstverband aangegaan voor onbepaalde tijd, tenzij een dienstverband voor bepaalde tijd noodzakelijk wordt geacht' (artikel 2.2 lid 1 Cao-NU). Deze cao is echter ook de enige onderwijs-cao die in het tweede lid van dit artikel een proeftijd mogelijk maakt bij een dienstverband van langer dan zes maanden. Die zes maanden zijn gelijk aan de minimumduur die genoemd wordt in artikel 7:652 BW.

Herplaatsing

Een unieke bepaling in vergelijking met alle andere onderwijscao's is artikel 2.2 lid 5 Cao-NU. De universiteit is op grond daarvan ook bij het eindigen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (tenzij met een werknemer die de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt of indien tijdens de proeftijd wordt beëindigd) verplicht tot 'herplaatsingsinspanningen zoals bedoeld in artikel 72a WW en op verbetering van de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt'. Tot zover overigens niets nieuws, omdat dit voor de overheidswerkgever rechtstreeks uit de wet voortvloeit. De resterende volzinnen van lid 5 brengen de gewezen werknemer echter wel iets meer in positie. Want:

'In dat kader zullen in ieder geval mogelijkheden van omscholing, bijscholing en cursussen worden bezien onder afweging van kosten en baten. De werkgever zal een keuze uit deze maatregelen maken afhankelijk van de duur van het dienstverband en de leeftijd van de betrokken werknemer. Op grond van deze indicatoren stelt de werkgever vast of en in welke mate deze maatregelen na beëindiging van het dienstverband voor bepaalde tijd zullen worden voortgezet.'

Duur niet door cao geregeld

Met een werknemer die valt onder de Cao-NU kan op grond van artikel 2.2a Cao-NU eenmalig een dienstverband voor bepaalde tijd worden aangegaan waarvan de duur niet door de cao wordt geregeld of beperkt. 'De duur van het dienstverband wordt bij de aanvang vastgesteld. Dit kan een vast bepaalde termijn zijn, dan wel een termijn die niet exact van tevoren vaststaat, maar die afhankelijk is van een objectief bepaalde omstandigheid', bepaalt het tweede lid. Ook kan dit dienstverband tussentijds worden opgezegd als partijen dat hebben afgesproken. Het kan bovendien aan het eind ook nog één keer met maximaal drie maanden worden verlengd. Dit is een weinig toegepaste, maar op grond van het derde lid van artikel 7:668a BW mogelijke, uitzondering op de ketenbepaling.

Ruime mogelijkheden voor tijdelijke dienstverbanden

Ook overigens is de mogelijkheden voor de werkgever om een dienstverband voor bepaalde tijd aan te gaan in de Cao-NU ruim voorhanden.¹⁹³ Het eerste lid van artikel 2.3 Cao-NU neemt voor wat betreft het wetenschappelijk personeel 'als uitgangspunt dat uitzicht wordt geboden op een dienstverband voor onbepaalde tijd na een maximale tijdelijke duur van twee jaar'. Letterlijk staat er iets anders, maar de volgende volzin maakt duidelijk dat bedoeld is dat een dienstverband voor bepaalde tijd niet langer duurt dan twee jaar. Voor een aantal functies kan die termijn echter worden verlengd tot maximaal vier jaar. De term 'verlengd' duidt hier op meer dan één – en dus een keten van – tijdelijke arbeidsovereenkomsten. De cao moet daarom op grond van artikel 7:668a BW uitleggen waarom hier wordt afgeweken van het wettelijke maximum

193 HvJ EU 3 juni 2021, nr. C-326/19, ECLI:EU:C:2021:438, JAR 2021/176 (EB) is overigens opmerkelijk coulant tegenover opeenvolgende langjarige tijdelijke aanstellingen aan Italiaanse universiteiten.

van drie jaar. Onder a tot en met d van het eerste lid gebeurt dat ook, maar in zodanig algemene termen dat je er alle kanten mee op kunt:

- bij externe of cofinanciering wordt de noodzaak gevonden in 'een gedegen wetenschappelijk product/resultaat overeenkomstig de afspraken met de externe financier';
- postdocs hebben 'functies die naar hun aard het gebruik van dienstverbanden voor bepaalde tijd rechtvaardigen'. Maar waarom dat langer dan drie jaar zou moeten wordt niet verklaard;
- docenten kunnen ook vier jaar tijdelijk in dienst zijn 'indien onderwijsontwikkelingen en/of ontwikkelingen in studentenaantallen (...) dit noodzakelijk maken'. Maar dit geldt eigenlijk voor elk bedrijf;
- en dan hebben we nog 'functies die gericht zijn op het verkrijgen van een vereiste kwalificatie voor benoembaarheid in een duurzame loopbaan binnen onderzoek en onderwijs'. Blijkens de voetnoot bij dit onderdeel staat het cao-partijen zelf ook niet helder voor ogen welke functies hier precies bedoeld worden.

Voor ondersteunend en beheerspersoneel geldt min of meer hetzelfde. Ook hier is uitgangspunt 'dat uitzicht wordt geboden op een dienstverband voor onbepaalde tijd na een maximale tijdelijke duur van twee jaar' (artikel 2.3 lid 2 Cao-NU). Ook dit dienstverband kan echter worden verlengd, zij het in tegenstelling tot het wetenschappelijk personeel niet tot maximaal vier jaar maar tot maximaal drie jaar. Hier zijn toch ook nog weer enkele uitzonderingen op, waarbij een keten van tijdelijke dienstverbanden toch ten hoogste vier jaar kan bedragen. Het gaat dan om functies die extern worden gefinancierd of waarbij sprake is van cofinanciering. De – noodzakelijke – argumentatie is dezelfde als bij het wetenschappelijk personeel.

Deze cao sluit ook de regeling van opvolgend werkgeverschap volledig uit op grond van de bevoegdheid hiervan bij cao af te wijken (artikel 7:668a lid 6 BW). Op grond van de toelichting bij deze bepaling achtte de rechter deze afwijking niet verantwoord en werd de bepaling nietig verklaard.¹⁹⁴

Promovendi

Met een promovendus kan een arbeidsovereenkomst 'voor bepaalde tijd voor de beoogde duur van het promotietraject worden aangegaan' (artikel 2.3 lid 3 onder a Cao-NU). Die duur moet blijkens de volgende volzin wel worden geëxpliciteerd en bedraagt in beginsel vier jaar (uitgaande van een voltijds dienstverband). Bij de aanvang van een promotietraject kan 'ter beoordeling van zijn geschiktheid eenmalig een dienstverband van maximaal achttien maanden worden aangegaan'.

Wat er gebeurt als de promovendus na die periode inderdaad geschikt blijkt, regelt de cao niet. Wordt dan alsnog een arbeidsovereenkomst op grond van artikel 2.3 lid 3 onder a Cao-NU aangegaan? Het totaal overschrijdt dan zeker het maximum van drie jaar van artikel 7:668a BW waarvan alleen bij cao kan worden afgeweken als daar een

¹⁹⁴ Ktr. Arnhem 18 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5633.

goede reden voor is. De cao noemt deze reden strikt genomen niet. Waarschijnlijk wordt in de praktijk ook het absolute wettelijke maximum van vier jaar overschreden.

Algemene maximale duur

Het vierde lid van artikel 2.3 Cao-NU regelt de duur van het dienstverband in zijn algemeenheid. Die dient bij aanvang te worden vastgesteld. Dit kan, maar het hoeft geen termijn te betreffen die exact vaststaat. Wel dient de termijn afhankelijk te zijn 'van een objectief bepaalbare omstandigheid'. Ook dit geeft de werkgever relatief veel vrijheid. Zolang dat binnen de vastgestelde maxima blijft, kan de duur van het dienstverband op grond van het vijfde van artikel 2.3 Cao-NU op verzoek van werknemer worden verlengd met

- zwangerschaps- en bevallingsverlof;
- langdurige ziekte;
- ouderschapsverlof;
- het uitoefenen van bepaalde bestuursfuncties.

Voor promovendi die daarom verzoeken, geeft het zesde lid nog enkele specifieke verlengingsmogelijkheden. Het aantal verlengingen en de totale duur van het dienstverband blijven op grond van het zevende lid, negende en elfde lid van artikel 2.3 Cao-NU echter steeds binnen de maxima van de wet en de cao. Die maxima worden door het dertiende lid van artikel 2.3 Cao-NU bovendien nog eens tot het maximaal wettelijke mogelijke opgehoogd. Voor de promovendus en de student-assistent gelden geen beperkingen ten aanzien van duur en aantal opvolgende dienstverbanden.

Nieuwe Cao-NU 2020

Het verschil tussen de ambitie (de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd) en de praktijk (veel mogelijkheden om daar een uitzondering op te maken) heeft kennelijk geleid tot de afspraken in de Cao-NU 2020. Ook in het onderhandelaarsakkoord wordt de vaste baan uiteraard weer als uitgangspunt genomen, maar de mogelijkheden om een uitzondering te maken worden beperkt:

'Uitgangspunt is dat universiteiten iedere wetenschapper die onderwijs en onderzoek combineert (vertaald naar UD/UHD/Hoogleraar) een vaste baan aanbiedt, voorafgegaan door een periode om de geschiktheid te beoordelen. Daarnaast zal er voor zover noodzakelijk gewerkt worden met een flexibele schil van docenten en onderzoekers die meebeweegt met de vraag en de bekostiging. Ook voor het OBP is voor alle reguliere banen (niet projectgebonden) voortaan het uitgangspunt een vaste baan, ook hier voorafgegaan door een periode om de geschiktheid te beoordelen.'

Dit algemene uitgangspunt leidt ertoe:

- dat de universitair (hoofd)docenten en de hoogleraren bij indiensttreding vanaf 1 januari 2022 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd krijgen, 'in de regel

- voorafgegaan door een tijdelijk contract van 12 maanden'. Als een dergelijke functionaris 'nieuw in dienst' komt, geldt een maximumtermijn van achttien maanden;
- deze afspraak geldt ook voor deze functionarissen die op 1 januari 2022 al langer dan een jaar in tijdelijke dienst zijn, 'tenzij er geen sprake is van geschiktheid voor de functie';
- voor het OBP gaat met ingang van 1 januari 2022 ook gelden dat zij in vaste dienst komen na een tijdelijk contract van maximaal twaalf maanden en bij gebleken geschiktheid;
- er geldt echter wel een 'knelpuntenregeling' voor dienstverbanden die per uiterlijk 1 augustus 2022 eindigen.

Oproeparbeid

Oproeparbeid is op grond van het twaalfde lid van artikel 2.3 Cao-NU expliciet toegestaan. Als de werkzaamheden 'incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben' heeft de werknemer geen recht op loon als hij niet werkt. Onder b worden – bij uitsluiting van andere functies – tien functies genoemd waarvoor dit mogelijk is.

Aanzegplicht

De aanzegverplichting van artikel 7:668 BW wordt in artikel 8.2 Cao-NU herhaald, maar niet aangevuld of van aanvullende voorwaarden voorzien.

Conversie

Artikel 2.4 Cao NU kent ten slotte een 'conversie-artikel', dat regelt dat de werknemer die na afloop van de termen uit de cao en/of de wet 'met de kennelijke instemming van de werkgever de hem opgedragen werkzaamheden voortzet' vanaf dat moment voor onbepaalde tijd in dienst is. Dat zou echter ook zo zijn geweest als dit artikel dat niet regelde.

Loopbaanadvies

De werknemer met een dienstverband voor bepaalde tijd van twee jaar of meer heeft recht op loopbaanadvies (artikel 6.5 lid 3 Cao-NU).

Overlegverplichting

Uit artikel C.9 van het overlegprotocol (bijlage C bij de Cao-NU) volgt dat de werkgever jaarlijks met de vakorganisaties overleg heeft over 'het gebruik van het dienstverband voor bepaalde tijd' en 'het gebruik van arbeid door derden (waaronder ingeleende arbeidskrachten)'.

5.7 Onderwijsbestuurders

In afwijking van alle andere maatschappelijke sectoren kent de onderwijssector twee zelfstandige cao's voor bestuurders, namelijk in het primair onderwijs en in het voortgezet onderwijs. Reden hiervoor zijn de artikelen 33 en 38 van de Wet op het primair onderwijs, respectievelijk artikel 38a en 40a van de Wet op het voortgezet onderwijs.

Die regelen dat het bevoegd gezag er zorg voor draagt dat de rechtspositie van het personeel wordt geregeld en dat die regelingen schriftelijk met de vakorganisaties worden overeengekomen. Als een bestuurder dus door middel van een arbeidsovereenkomst in dienst treedt van een instelling voor primair en/of voortgezet onderwijs, dienen dus ook zijn of haar arbeidsvoorwaarden geregeld te worden. Dat hoeft strikt genomen dan geen cao te zijn, maar het ligt wel erg voor de hand.

De bestuurder verkeert wat betreft het aangaan van een tijdelijke arbeidsovereenkomst in een specifieke positie. Artikel 7:668a BW regelt namelijk in het zevende lid dat ten aanzien van de bestuurder van een rechtspersoon bij schriftelijke overeenkomst kan worden afgeweken van het maximum van drie jaar die een keten van meer dan één tijdelijke arbeidsovereenkomsten mag duren.

Bestuurders primair onderwijs

Onder andere deze situatie leidt ertoe, dat de ‘werkgeversorganisatie’ van intern toezichthouders in de sectoren onderwijs en kinderopvang VTOI-NVTK in de preambule tot de Cao-bestuurders po 2018-2019 als streven voor de cao 2020 onder andere stelt ‘bij het aangaan van een nieuw dienstverband niet de arbeidsovereenkomst/aanstelling voor onbepaalde tijd als de standaard te hanteren’. Deze formulering komt niet meer voor in de Cao-bestuurders po 2020-2021, maar tot wijzigingen in de cao heeft dit niet geleid. Op grond van artikel 2.1 Cao-bestuurders po 2020 kan het dienstverband ‘worden aangegaan voor bepaalde tijd of voor onbepaalde tijd’. Als het dienstverband voor bepaalde tijd wordt aangegaan, gebeurt dat op grond van het tweede lid van maximaal vier jaar, ‘met de mogelijkheid van verlenging of omzetting in een dienstverband voor onbepaalde tijd. Er kunnen maximaal 3 dienstverbanden voor bepaalde tijd worden overeengekomen’. Dat laatste is in overeenstemming met artikel 7:668a BW, dat voor de bestuurder wel een specifieke afwijkmogelijkheid kent voor de duur van een keten van tijdelijke arbeidsovereenkomsten, maar niet voor het aantal ervan. Dat had bij cao nog wel op maximaal zes kunnen worden gesteld, maar dat doet de cao dus niet.

Bestuurders voortgezet onderwijs

De arbeidsovereenkomst met een bestuurder in het voortgezet onderwijs wordt op grond van artikel 2.1 Cao bestuurders vo 2020-2021 aangegaan voor bepaalde tijd, voor onbepaalde tijd of op basis van een zogenaamd functiecontract. Het dienstverband voor bepaalde tijd duurt maximaal twaalf maanden en eindigt dan van rechtswege of wordt dan voor onbepaalde tijd voortgezet (artikel 2.2 Cao-bestuurders vo 2018-2019).

Het functiecontract van artikel 2.3 Cao-bestuurders vo 2018-2019 is in feite een arbeidsovereenkomst voor de bepaalde tijd van maximaal vijf jaar. Het kan nog twee keer worden verlengd en kan dus maximaal vijftien jaar duren. Dit is nog altijd in overeenstemming met artikel 7:668a lid 7 BW. Het eindigt ook zonder dat opzegging vereist is. Ook deze cao maakt een tussentijdse beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor

bepaalde tijd mogelijk, 'mits partijen dat schriftelijk zijn overeengekomen'. Dit geldt overigens ook reeds op grond van de wet.

Beëindiging taken bestuurder vo

Een interessant artikel vormt nog artikel 7.2 lid 3 Cao bestuurders vo, waarin is bepaald dat het dienstverband eindigt op de datum waarop werknemer de daadwerkelijke uitoefening van zijn taken behorend bij zijn functie beëindigt. Het is – nog steeds volgens het cao-artikel – niet mogelijk het dienstverband op een later tijdstip te beëindigen. Het lijkt erop dat daarmee de optie van een WNT-ontduikingsconstructie onmogelijk wordt gemaakt.

Na de het in werking treden van de WBTR per 1 juli 2021 leidt een statutair ontslag van de bestuurder onzes inziens in beginsel ook tot een arbeidsrechtelijke beëindiging, waarbij rekening dient te worden gehouden met toepasselijke opzegverboden.

5.8 Onbevoegde werknemers

We komen toe aan de behandeling van twee thema's die door de verschillende cao's heenlopen: onbevoegde werknemers en tijdelijke uitbreiding.

In verschillende cao's lijkt een belangrijk uitgangspunt te zijn dat docenten (en sommige werknemers met ondersteunende taken) en de instructeur in het mbo die niet beschikken over de daartoe op grond van de onderwijswetgeving vereiste bevoegdheid in beginsel niet voor onbepaalde tijd in dienst kunnen treden.

Primair onderwijs

In het primair onderwijs is de situatie reeds duidelijk op grond van de wet. De Wet op het primair onderwijs (Wpo) sluit benoeming van een onbevoegde leerkracht zonder meer uit (artikel 3 en 3a Wpo¹⁹⁵).

In artikel 3.2 van de Cao-po staat dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van ten hoogste twee jaar wordt aangegaan met de zijinstromer die niet over de bij wet voorgeschreven onderwijsbevoegdheid beschikt. Deze arbeidsovereenkomst wordt aangegaan onder de ontbindende voorwaarde dat indien de zijinstromer niet binnen de daarvoor overeengekomen periode de bij wet voorgeschreven onderwijsbevoegdheid haalt, dit dienstverband alsdan van rechtswege eindigt.

Voorgezet onderwijs

Een docent in het voortgezet onderwijs die niet aan die eis voldoet kan echter wel 'gedurende ten hoogste twee jaren worden belast met werkzaamheden als leraar'. Werkgever en werknemer dienen zich ertoe in te spannen dat de werknemer binnen die twee jaar alsnog voldoet aan de bekwaamheidseisen. Die termijn kan met maximaal twee jaar verlengd worden. Bij vervanging of het niet kunnen voorzien in een vacature kan de betrokken docent zelfs belast worden met werkzaamheden als leraar voor maximaal

195 De enige uitzondering hierop geldt de studerenden, genoemd in de leden 3 en 4 van het artikel.

vijf jaar, waarbij voor de laatste vier jaar dezelfde voorwaarden gelden (artikel 33 Wet op het voortgezet onderwijs, WVO).

Een letterlijke lezing van deze bepalingen staat aan een benoeming voor onbepaalde tijd overigens niet in de weg. De bedoeling is wellicht een andere en zo is het dan ook tot op de dag van vandaag in artikel 9.3 van de Cao-vo geregeld. Brekelmans en Van Es stellen dat tijdelijke benoembaarheid inhoudt dat slechts tijdelijk les mag worden gegeven en niet dat de werkgever betrokkene geen vast dienstverband mag geven. De bedoeling van de wetgever is namelijk dat in een beperkte periode onbevoegd les mag worden gegeven. Artikel 9.3 Cao-vo bepaalt categorisch dat '(e)n werknemer die geen enkele wettelijke onderwijsbevoegdheid bezit, wordt voor ten hoogste 2 jaar in en leeraarsfunctie benoemd, gedurende maximaal 3 arbeidsovereenkomsten. (...) Indien de onbevoegde leraar na 2 jaar geen wettelijke onderwijsbevoegdheid heeft behaald, kan in bijzondere gevallen de arbeidsovereenkomst daarna ten hoogste nog twee keer met 1 jaar worden verlengd. Het (...) betreft een afwijking van de wettelijke ketenbepaling conform artikel 7:668a lid 5 BW (...). De afwijkingsmogelijkheid sluit aan bij artikel 33 (...) WVO'. In lid 7 is vervolgens vastgelegd dat onmiddellijk na het behalen van een wettelijke bevoegdheid de leraar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontvangt met de bij zijn functie behorende schaal ontvangt zodra de leraar ten minste twaalf maanden in dienst is bij de werkgever.¹⁹⁶

De Voorzieningenrechter in Almelo bleek in 2011 artikel 33 WVO zo op te vatten dat deze als specifieke wet voorrang had boven de toepassing van de ketenregeling van artikel 7:668a BW. Het ging in deze zaak om een onbevoegde docent die al drie jaar in dienst was en met wie op het moment waarop de Cao-vo door de vakorganisaties was opgezegd (1 augustus 2010) toch een vierde jaar voor bepaalde tijd was overeengekomen. De docent beriep zich op het feit dat een uitzondering op de maximale benoemingsduur voor bepaalde tijd in artikel 7:668a BW alleen bij cao kan worden gemaakt. Omdat die cao er nu niet meer was, stelde de werknemer met ingang van 1 augustus 2010 van rechtswege voor onbepaalde tijd in dienst te zijn. Die vlieger ging volgens de Voorzieningenrechter niet op:

'Voorshands acht de Kantonrechter dat in casu artikel 7:668a BW niet dient te prevaleren boven de Wet BIO en de Wet op het Voortgezet Onderwijs: deze laatste wetten doorbreken in de uitwerking van hun bedoeling het gesloten ontslagstelsel in het arbeidsrecht.¹⁹⁷ Er is ervoor gekozen de kwaliteit van het onderwijs boven alles te stellen ten detrimente van een goede rechtspositie voor onbevoegden. De CAO's VO 2008-2010 en 2010-2012 hebben die lijn voortgezet. De Kantonrechter acht dus het dienstverband van eiser met het Carmelcollege voorshands rechtsgeldig beëindigd.¹⁹⁸

196 F. Brekelmans & M. van Es, *Bevoegdheids- en bekwaamheidseisen in het onderwijs, mede in het licht van het lerarentekort*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht, Den Haag: Sdu 2019, p. 16.

197 De Wet BIO bevat wijzigingen in de Wet op het voortgezet onderwijs en vormt dus geen zelfstandige wet.

198 Voorzieningenrechter Kantonrechter Almelo 26 augustus 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BR6207, JAR 2011/245.

In zijn artikel 'Wet werk en zekerheid: een tussenstand' stelt Lindeboom dat de regeling in artikel 9.a.4 Cao-vo (nu: artikel 9.5) min of meer past binnen de grenzen waarbinnen (het huidige) artikel 7:688a BW (vier contracten in vier jaar)¹⁹⁹ maximaal bij cao mag worden opgerekt.²⁰⁰ Wel moeten de cao-partijen deze oprekking motiveren.²⁰¹ Daarnaast stelt hij voor het op artikel 33 WVO²⁰² gebaseerde systeem van artikel 9.a.4 Cao-vo (nu: artikel 9.5) onder te brengen onder de maximale uitzonderingsmogelijkheid van de ketenbepaling. Tot slot verwijst hij naar de hiervoor genoemde uitspraak van de Voorzieningenrechter in Almelo, die voor de invoering van de Wwz de WVO verkoos als *lex specialis* boven artikel 7:668a BW oud.

In hun reactie op het artikel van Lindeboom plaatsen Brekelmans & Van Es²⁰³ de volgende twee kanttekeningen.

1. Bij cao kan van de ketenbepaling worden afgeweken indien uit de cao blijkt dat voor bepaalde functies of functiegroepen de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging of verhoging vereist (artikel 7:668a lid 5 BW). De parlementaire behandeling maakt duidelijk dat het daarbij gaat om een noodzaak die voortvloeit uit de aard van de bedrijfsvoering in de sector. Het gaat hierbij om functies of functiegroepen waarvan uit de feiten en omstandigheden blijkt dat deze naar hun aard het gebruik van tijdelijke contracten rechtvaardigt.

2. Artikel 9 lid 5 Cao-vo maakt duidelijk dat indien de werknemer die geen enkele wettelijke onderwijsbevoegdheid bezit in een leraarsfunctie wordt benoemd, deze behoort tot de functiegroep leraar. De onbevoegde leraar mag dan ook dezelfde handelingen verrichten als de bevoegde leraar en heeft bijgevolg dezelfde rechtspositie en hetzelfde salaris als zijn bevoegde collega's.

De voorstellen van Lindeboom leiden er volgens deze auteurs toe dat werknemers (onbevoegde leraren) binnen een bepaalde functiegroep worden aangewezen, waarbij wordt afgeweken van de ketenbepaling. De vraag is of dit gelet op de tekst van het genoemde artikellid uit de Wwz en de parlementaire toelichting wel mogelijk is. Er is immers geen aparte functiegroep 'onbevoegde leraren'. Zij zien ook niet in dat er spra-

199 Het artikel is geschreven voor de invoering van de WAB. De invoering hiervan doet aan de essentie van de publicatie niets af. De WAB heeft de termijn gewijzigd.

200 *School en Wet* 2015-6, p. 5.

201 Dit is gebeurd in de leden 4 en 5 van artikel 9.5 Cao-vo. Lid 4: 'Indien de onbevoegde leraar na 2 jaar geen wettelijke onderwijsbevoegdheid heeft behaald, kan in bijzondere gevallen de arbeidsovereenkomst daarna ten hoogste nog twee keer met 1 jaar worden verlengd.' Lid 5: 'Het bepaalde in lid 4 betreft een afwijking van de wettelijke ketenbepaling conform artikel 7:668a lid 5 BW, die voortkomt uit de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering binnen de sector voortgezet onderwijs waarbij continuïteit, kwaliteit en het bevorderen van bevoegde leraren in het onderwijs gewaarborgd dient te worden. De afwijkingsmogelijkheid sluit aan bij artikel 33 WVO.'

202 Artikel 33 WVO bevat de bevoegdheidsregeling in het voortgezet onderwijs. Zie uitvoerig over de bevoegdheidsregeling: F. Brekelmans & M. van Es, *Bevoegdheids- en bekwaamheidseisen in het onderwijs, mede in het licht van het lerarentekort*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht, Den Haag: Sdu 2019.

203 F.H.J.G. Brekelmans & M. van Es, 'Reactie op het artikel "Wet werk en zekerheid, een tussenstand" van W. Lindeboom', *School en Wet* 20216-1, p. 18/19.

ke is van een noodzaak af te wijken van de ketenbepaling die voortvloeit uit de aard van de bedrijfsvoering in de sector die deze uitzondering vereist.

Wanneer de onbevoegde docent dezelfde functie en rechtspositie heeft als zijn bevoegde collega kan voor hem niet afgeweken worden van de ketenbepaling als bedoeld in lid 1 van artikel 7:668a BW. Het vaste dienstverband is net zozeer van belang voor de onbevoegde leraar als de bevoegde leraar. Werkgever en werknemer hebben dan beiden een probleem als de leraar niet binnen vier jaar zijn bevoegdheid haalt. Voor ontslag uit een vast dienstverband zal moeten worden voldaan aan de eisen van de Wwz. Dit betekent onder meer dat niet alleen de inspanningen van de leraar een bevoegdheid te behalen en het resultaat hiervan, maar dat ook de geboden mogelijkheden van de werkgever hiervoor van belang zijn voor de beoordeling van een redelijke ontslaggrond. En net als in gevallen op grond van disfunctioneren van de leraar moet ook in dit geval worden gezocht naar een andere functie bij de werkgever voordat van een redelijke ontslaggrond sprake is. Dat achten zij ook terecht, omdat de onbevoegde leraar op grond van de WVO wordt aangenomen voor het geven van onderwijs waarvoor geen bevoegde leraar beschikbaar is. Het vervullen van de behoefte aan de betreffende werkzaamheden van de werkgever staat hierbij centraal en niet de opleidingsbehoefte of noodzaak van de werknemer/leraar. De ketenbepaling en de bepalingen over ontslag bevorderen een goed evenwicht tussen beide belangen.

Cao-partijen hebben na die tijd er voor gekozen de bepaling in lid 4 over de onbevoegde leraar te laten vallen onder de uitzondering van lid 5. Zij hebben weliswaar geen aparte functie gemaakt voor de onbevoegde leraar maar hebben wel in lid 6 opgenomen dat hij uitsluitend kan worden benoemd in de laagste leraarsfunctie LB. In lid 7 staat dan dat hij na het behalen van zijn bevoegdheid een arbeidsovereenkomst krijgt met de bij zijn functie behorende schaal. Kan nu worden gesteld dat de bepalingen uit de WVO (de onderwijswet) waarin uitzonderingen zijn vastgelegd op grond waarvan een docent in het voortgezet onderwijs vijf jaar onbevoegd op grond van artikel 33 lid 3 WVO of vier jaar op grond van artikel 33 lid 4 WVO mag werken de ketenbepaling opzijzet?

De auteurs citeren Lindeboom waar deze er in zijn annotatie op wijst dat de geciteerde uitspraak van de Voorzieningenrechter Almelo vanuit juridisch oogpunt minder overtuigt: 'In plaats van af te gaan op de bedoeling van regelgeving had de kantonrechter dus wellicht kunnen zeggen dat artikel 33 WVO voor de onbevoegde leraar een *lex specialis* was ten opzichte van artikel 7:668a. Daarmee zou dan echter ook nog zijn voorbijgegaan aan het feit dat artikel 33 WVO voor het bijzonder onderwijs een bekostigingsvoorwaarde is en dat die bepaling in de eerste plaats een opdracht aan de werkgever inhoudt en niet zozeer een arbeidsvoorwaardelijke bepaling is.'²⁰⁴ Dit standpunt achten de auteurs juist. De bekostigingswetgeving betreft uitsluitend de relatie tussen de minister en het bevoegd gezag en niet de relatie tussen het bevoegd gezag en de werknemer. Er is dan ook geen sprake van een bijzondere wet (de onderwijswet) ten opzichte van de algemene wet (Wwz) op grond waarvan de bijzondere wet voor zou

204 Noot Lindeboom bij Voorzieningenrechter Kantonrechter Almelo 26 augustus 2011, *JAR* 2011/245.

gaan. Daar komt bij dat de Wwz van latere datum is en de wetgever het niet nodig heeft geacht de positie van de onbevoegde leraar in de Wwz nader te regelen.

Tot slot, de WVO geeft uitsluitend aan hoe lang een leraar onbevoegd les mag geven. De WVO zegt nergens dat de werkgever gedurende de periode dat de leraar onbevoegd lesgeeft uitsluitend een overeenkomst voor bepaalde duur kan aangaan met deze leraar. Met andere woorden, ook al zou de WVO een *lex specialis* zijn, dan nog houdt de hiervoor weergegeven redenering stand.

De conclusie van Brekelmans en Van Es is dat artikel 33 WVO niet als argument gebruikt kan worden voor het oprekken van de ketenbepaling, omdat dit artikel er niet toe verplicht dat de onbevoegde leraar uitsluitend in tijdelijke dienst les mag geven.

Middelbaar beroepsonderwijs

In het middelbaar beroepsonderwijs is de situatie in de kern niet anders. Ook daar gelden op grond van en krachtens artikel 4.2.3 Web bekwaamheidseisen voor docenten. En op grond van artikel 4.2.1, lid 3 en 5 Web geldt in het mbo een benoemingsperiode voor degene die niet aan de bekwaamheidseisen voldoet van maximaal vier jaar. Artikel 2.3 a Cao-mbo stelt in afwijking van de Cao-vo regels voor docenten die nog niet aan de wettelijke bekwaamheidseisen voldoen, maar stelt ook dat daarop niettemin expliciet artikel 7:668a van toepassing is. In het hbo en wo is deze situatie niet aan de orde.

In het mbo moet de instructeurs op grond van artikel 4.2.3 Web ook aan de bekwaamheidseisen voldoen. In de Cao-mbo staan in artikel 2.3 b soortgelijke bepalingen voor de instructeur die nog niet aan de bekwaamheidseisen voldoet als in 2.3a voor de docent. Met één uitzondering: de keten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kan vanwege persoonsgebonden en/of aan de opleiding gerelateerde redenen voor de duur van maximaal twaalf maanden worden verlengd.

Onbevoegde docent in vaste dienst

Het gebeurt weleens dat een onbevoegde docent in het voortgezet onderwijs, respectievelijk het middelbaar beroepsonderwijs voor onbepaalde tijd in dienst komt. Of dat juist het enige vak vervalt waarvoor de docent een bevoegdheid heeft. Het gerechtshof Amsterdam oordeelde voor die situatie, dat het ontbreken van de onderwijsbevoegdheid een d-grond oplevert voor ontslag (ongeschiktheid) in de zin van artikel 7:669 lid 3 BW:

‘Voor een docent zijn doceerwerkzaamheden de bedongen arbeid en een docent die geen onderwijstaken meer kan verrichten omdat het vak waarvoor hij bevoegd is niet meer op de desbetreffende school wordt gegeven en die niet langer inzetbaar is voor het doceren van een vak omdat hij daarvoor de bevoegdheid mist, is ongeschikt voor zijn functie als docent.’²⁰⁵

Het verschil met de situatie van een tijdelijke aanstelling is dan echter in ieder geval, dat bij de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ook nog een

205 Hof Amsterdam 12 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1374

mogelijke herplaatsing aan de orde is en bij het einde van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet. In de Amsterdamse zaak kon dat snel worden afgedaan omdat de betrokken werknemer het aanbod tot herplaatsing in een andere passende functie niet had aanvaard.

De rechtbank Midden-Nederland oordeelde daarvoor in dezelfde zin.²⁰⁶ Eerder werd in een vergelijkbare situatie ook weleens een h-grond (restgrond) aangenomen, omdat de docent niet voldoet aan de wettelijke eisen. De rechter overwoog in dat geval:

‘Deze situatie is ook vergelijkbaar met het voorbeeld dat in de wetsgeschiedenis is genoemd als een geval waarin ontbinding op grond van artikel 7:669 lid 3, onderdeel h, BW gerechtvaardigd kan zijn, te weten het niet beschikken over een tewerkstellingsvergunning door de werkgever, waardoor hij een werknemer niet meer tewerk kan stellen.’²⁰⁷

Het is naar onze mening de vraag of als de docent niet meer inzetbaar is voor het doceren voor een vak waarvoor hij niet bevoegd is, in alle omstandigheden kan worden vastgesteld dat hij niet geschikt (meer) is voor de functie van docent. Artikel 33 WVO kent dermate veel uitzonderingen om werkzaamheden te kunnen verrichten als docent in een ander vak of een vakoverstijgend programma dat de docent mogelijk met of zonder scholing anders kan worden ingezet.

5.9 Tijdelijke uitbreiding

In het kader van dit preadvies spreken we van een tijdelijke uitbreiding als sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 6.1 lid 4 Cao-vo.

De Cao-vo

Het dienstverband kan tijdelijk worden uitgebreid in het geval de werknemer aanvullend op het dienstverband belast wordt met werkzaamheden als bedoeld in lid 4 van de artikelen 9.a.2 en 9.b.2 Cao-vo. We nemen deze bepaling hier als voorbeeld, de Cao-po kent eenzelfde bepaling.

Artikel 9.a.2 lid 4 Cao-vo bepaalt dat in de volgende gevallen – voor zover in het kader van dit advies relevant – een dienstverband voor bepaalde tijd kan worden overeengekomen:

- bij vervanging van een tijdelijk afwezige werknemer telkens voor ten hoogste één jaar;
- als voorziening in een tijdelijke vacature telkens voor ten hoogste één jaar;
- indien de werknemer uitsluitend belast is met werkzaamheden in het kader van contractactiviteiten, of uitsluitend een dergelijke werknemer vervangt, een en ander voor ten hoogste twee jaar;

²⁰⁶ Rb. Midden-Nederland 29 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5002.

²⁰⁷ Rb. Noord-Holland 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9037.

- indien de werknemer uitsluitend is belast met werkzaamheden in het kader van projecten waarvoor additionele gelden ter beschikking zijn gesteld, of uitsluitend een dergelijke werknemer vervangt, een en ander voor ten hoogste twee jaar.

Uit artikel 6.1 Cao-vo volgt dat in deze gevallen óók kan worden gekozen voor het tijdelijk uitbreiden van het dienstverband van de werknemer die al in dienst is. Het einde van de tijdelijke uitbreiding is geregeld in de onderdelen 2 tot en met 5 van artikel 10.a.2 van de Cao-vo. Die bepalen:

‘Indien en voor zover de werkzaamheden niet langer aan de werknemer worden opgedragen, vervalt van rechtswege het gedeelte van de betrekkingssomvang dat bestaat uit:

(...)

2. tijdelijke uitbreiding van de omvang van de betrekking in verband met vervanging;
3. tijdelijke uitbreiding van de omvang van de betrekking in verband met een tijdelijke voorziening in een vacature voor ten hoogste één jaar;
4. tijdelijke uitbreiding van de betrekkingssomvang in verband met een project waarvoor door de werkgever of minister gedurende drie of minder schooljaren formatie beschikbaar is gesteld uit additionele middelen;
5. tijdelijke uitbreiding van de betrekkingssomvang in verband met contractactiviteiten die gedurende drie of minder schooljaren is toegekend aan de werknemer dan wel als gevolg van toekenning van die werkzaamheden aan een andere werknemer.’

Deze systematiek impliceert dat een tijdelijke uitbreiding niet een afzonderlijke arbeidsovereenkomst is, maar een uitbreiding van een reeds bestaande arbeidsovereenkomst. De gevallen waarin een tijdelijke uitbreiding kan worden overeengekomen, zijn weliswaar voor een deel gelijk aan de gevallen waarin een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan worden overeengekomen, maar op een tijdelijke uitbreiding zijn de artikelen 6.1 en 10.a.2 Cao-vo van toepassing, terwijl op een opzichzelfstaande arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de bepalingen van hoofdstuk 9 cao-vo (dienstverband) van toepassing zijn. Blijkens artikel 6.1 Cao-vo wordt de tijdelijke uitbreiding gezien als een wijziging van de betrekkingssomvang van de betrokken werknemer die geen structureel karakter heeft.

Cao-partijen zijn bij het opnemen van deze bepaling eraan voorbij gegaan dat het gebruik van tijdelijke urenuitbreidingen kan leiden tot inkomens- en arbeidsonzekerheid bij de werknemer.²⁰⁸

De rechtspraak

De eerste vraag is uiteraard of de rechtspraak dat ook zo ziet.

De Kantonrechter Apeldoorn oordeelde dat er met tijdelijke urenuitbreidingen nieuwe arbeidsovereenkomsten zijn ontstaan. Het ging om twee arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die telkens via een addendum tijdelijk werden uitgebreid. Artikel 7:668a BW is niet van toepassing, omdat dat artikel handelt over opeenvolgende overeenkomsten. Hier was alleen sprake van een (gelijktijdige) samenloop. De urenuitbreidingen stapelden zich op en eindigden gelijk met de hoofdovereenkomsten, waardoor een dergelijke lijn in de tijd ontbrak, aldus de kantonrechter.²⁰⁹

De bestuursrechter in Zutphen oordeelde dat tijdelijke uitbreidingen niet zijn aan te merken als afzonderlijke (naast de normbetrekking bestaande) dienstverbanden voor bepaalde tijd waarop artikel F1, lid 7, van de Cao-vo ziet, maar – conform de bewoordingen van diezelfde cao – als uitbreidingen van het bestaande dienstverband. Uit het enkele feit dat artikel F2 Cao-vo het opschrift ‘Dienstverband voor bepaalde tijd’ draagt, kan naar het oordeel van de rechtbank niet worden afgeleid dat een tijdelijke uitbreiding van een bestaand dienstverband als bedoeld in het vijfde lid van dat artikel, in het systeem van de Cao-vo moet worden aangemerkt als een afzonderlijk dienstverband voor bepaalde tijd. De rechtbank is voorts van oordeel dat het bepaalde in artikel F4 van de Cao-vo met zich brengt dat deze tijdelijke urenuitbreidingen van eisers dienstverband boven de normbetrekking telkenmale van rechtswege zijn komen te vervallen op het moment dat de betreffende werkzaamheden niet langer aan eiser werden opgedragen.²¹⁰

Het gaat hier weliswaar om een uitspraak van een bestuursrechter in een ambtenarenzaak, maar omdat het om de uitleg van cao-bepalingen gaat, behoeft dat geen verschil te maken. De bestuursrechter heeft bij de interpretatie daarvan strikt genomen zelfs iets meer vrijheid dan de civiele rechter. De commissies van beroep in het onderwijs volgden eigenlijk – totdat zij vanaf 1 juli 2015 niet meer over ontslagzaken gingen – allemaal deze lijn.²¹¹

208 Zie over de tijdelijke uitbreiding: S. Meijer, ‘De tijdelijke urenuitbreiding onder het bereik van art. 7:668a BW’, *ArbeidsRecht* 2018/14. De auteur bepleit dat urenuitbreidingen onder het bereik van art. 7:668a BW vallen als zij elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden opvolgen en een substantieel onderdeel van de arbeidsverhouding vormen. Deze benadering wijkt volgens de auteur weliswaar af van de gangbare opvattingen, maar sluit het beste aan bij de door de ketenregeling beoogde bescherming tegen arbeids- en inkomensonzekerheid.

209 Rb. Apeldoorn 2 juli 2003, *JAR* 2003/170.

210 Rb. Zutphen 22 november 2004, ECLI:NL:RBZUT:2004:AR6652.

211 Zie bijvoorbeeld Commissie van Beroep voor het Christelijk VO/HBO 16 september 2013, <https://www.geschillencommissiesbijzonderonderwijs.nl/sites/www.geschillencommissiesbijzonderonderwijs.nl/files/uitspraken/CvB%20VO-HBO%202013.111%20U.2013.11%20Opzeggings%20van%20tijdelijke%20uitbreiding.pdf>.

In een zaak waarover de Kantonrechter Zwolle-Lelystad besliste, werd de arbeidsomvang van 24 uur per week meermalen voor een jaar verhoogd tot 34 uur per week. De kantonrechter motiveert uitvoerig waarom de ketenregeling van toepassing is op iedere urenluitbreiding boven op de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Een andere benadering zou volgens de Kantonrechter Leiden tot ongelijkheid tussen werknemers in vaste dienst en de werknemers die voor bepaalde tijd in dienst zijn. In deze zaak was die tijdelijke uitbreiding niet in de cao geregeld en was de kantonrechter dus ook niet gebonden aan de uitleg daarvan.²¹²

De rechtbank Limburg oordeelde dat partijen de onderlinge verhouding van de uitbreiding tot de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst zelf kunnen bepalen:

‘Indien tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst (...) een wijziging in de arbeidsovereenkomst wordt overeengekomen zonder dat de einddatum daarbij later wordt gesteld, zal het van de bedoeling van partijen afhangen of het slechts gaat om een wijziging van de inhoud van de bestaande arbeidsovereenkomst dan wel om een beëindiging van de oude en het aangaan van een (aansluitende/opvolgende) nieuwe arbeidsovereenkomst. Partijen mogen immers bij arbeidsovereenkomsten zowel voor bepaalde als voor onbepaalde tijd nadere afspraken maken en wijzigingen in de bepalingen van die overeenkomsten (de arbeidsvoorwaarden) aanbrenge(n). Er is geen dwingendrechtelijke regel (door partijen aangevoerd) die dit verbiedt. (...)’

De hiervoor benoemde urenluitbreidingen voor bepaalde tijd bij een vast dienstverband van 0,5 fte kunnen niet als zelfstandige, opvolgende arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 7:668a BW worden aangemerkt.²¹³

De vraag is: zou de uitkomst anders zijn geweest als de werknemer naast – of in plaats van – de ketenregeling een beroep had gedaan op artikel 7:610b (rechtsvermoeden arbeidsomvang) of eerst bij de werkgever had gevraagd om vaste urenluitbreiding op grond van Wet flexibel werken?

Voor zover bekend is tegen deze uitspraak geen hoger beroep ingesteld. Als deze benadering en die van de oudere rechtspraak gevolgd wordt, betekent dit dat er – uiteraard afgezien van de beperkingen die de cao zelf aanbrengt – maar beperkte restricties zijn aan het telkens opnieuw overeenkomen van een tijdelijke uitbreiding. De ketenbepaling is er immers niet op van toepassing.

Andere benadering in de Cao-mbo

Alleen de Cao-mbo vormt hierop een uitzondering. Die regelt namelijk in het derde lid van artikel 2.3, dat ‘(v)oor tijdelijke uitbreidingen van de betrekkingsomvang die niet leiden tot een werktijdfactor groter dan 1 geldt eveneens hetgeen is bepaald in artikel 7:668a BW’.

212 Rb. Zwolle-Lelystad 3 maart 2009, JAR 2009/102.

213 Rb. Limburg 11 december 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:11145.

Verval tijdelijke uitbreiding

Een andere vraag is of de tijdelijke uitbreiding van rechtswege kan vervallen, '(i)ndien en voor zover de werkzaamheden niet langer aan werknemer worden opgedragen', zoals artikel 10.2 Cao-vo het formuleert. De Kantonrechter Amsterdam achtte een aldus geformuleerde bepaling nietig. De werknemer in kwestie had een tijdelijke uitbreiding van 0,2 fte boven op een tijdelijke arbeidsovereenkomst van 0,62 fte. Op die tijdelijke uitbreiding was van toepassing wat nu artikel 10.2 Cao-vo is. Werkneemster had zich gedurende deze periode ziek gemeld. Haar werd vervolgens bericht dat haar 0,2 fte-aanstelling tussentijds werd stopgezet, omdat de werkzaamheden in de tijdelijke uitbreiding niet langer aan haar werden opgedragen. De kantonrechter vatte artikel 10.2 Cao-vo – overigens in overeenstemming met partijen – op als een ontbindende voorwaarde en oordeelde daar als volgt over:

'Deze voorwaarde is (...) – gezien aard, inhoud en context – redelijkerwijs niet verenigbaar met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht. Het betreft immers een voorwaarde die (volledig) afhankelijk van de wil van [werkgever] intreedt. Het al dan niet opdragen van werkzaamheden ligt geheel en al in de macht van [werkgever], wat betekent dat de vervulling van de voorwaarde die tot het einde zou leiden van de arbeidsovereenkomst, niet is gebaseerd op een objectieve grond. [Werkgever] heeft op deze manier steeds zelf in de hand wanneer zij een arbeidsovereenkomst wil beëindigen en kan daardoor eenvoudig het dwingendrechtelijke ontslagstelsel omzeilen, zonder dat de werknemer enige bescherming toekomt. Genoemde bepaling is daarom nietig.'²¹⁴

Overdracht uren aan collega

Aan het slot van deze paragraaf over de tijdelijke uitbreiding willen we een voorbeeld geven dat zich in de praktijk voordoet. Een lerares heeft een arbeidsovereenkomst van twaalf uur voor onbepaalde duur. Zij krijgt een tijdelijke uitbreiding van vijftien uur, die op een bepaald moment wordt beëindigd. Vervolgens krijgt een collega deze vijftien uur toegewezen, en wel in vaste dienst. Het gaat om dezelfde werkzaamheden. Had de eerste leerkracht niet recht op een uitbreiding van haar vaste dienstverband? De stelling kan niet zijn dat ze haar werkzaamheden niet goed heeft uitgevoerd; haar aanstelling voor dezelfde werkzaamheden voor twaalf uur in vaste dienst staat immers niet ter discussie. Is een dergelijk beleid verenigbaar met de norm van goed werkgeverschap?

5.10 Conclusie

Het belangrijkste onderwerp in de onderwijs-cao's voor de flexibele arbeidsrelaties is de regeling van de tijdelijke aanstelling, de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

214 Kantonrechter Amsterdam 16 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3487.

De cao's in het onderwijs nemen in het algemeen de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als uitgangspunt. In meer of mindere mate maken diezelfde cao's daar ook uitzonderingen op. De meest opvallende zijn die van

- de vervangers van zieke docenten (en werknemers met andere les- en/of behandel-taken) in het primair onderwijs;
- onbevoegde docenten; en
- eigenlijk alle startende werknemers in het universitair onderwijs. Met de laatste Cao-NU lijkt overigens de positie van die laatste categorie wel verbeterd te worden.

In sommige cao's is het niet uitgesloten dat langdurige inschakeling van werknemers op tijdelijke basis plaatsvindt. De mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst tijdelijk uit te breiden vormt daarbij – naast een mogelijkheid voor flexibiliteit – ook een aanvullende bron van onzekerheid voor werknemers.

6 Toekomstige richting

6.1 De huidige stand van zaken

In de voorgaande hoofdstukken is een overzicht gegeven van de praktijk van flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs. Daarnaast is per type arbeidsrelatie onderzocht wat de juridische haken en ogen zijn bij het gebruik ervan.

De meest gebruikte flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs zijn deeltijdarbeid en arbeid voor bepaalde tijd. Daarnaast komen oproepwerk, uitzendwerk en payrollwerk voor. Het feit dat deeltijdwerk en arbeid voor bepaalde tijd de meest gebruikte vormen zijn, is op zichzelf gunstig voor het onderwijspersoneel, omdat deze flexibele arbeidsrelaties als regel op basis van een arbeidsovereenkomst met de onderwijsinstelling worden verricht. Daardoor is op hen het reguliere arbeidsrecht van toepassing, met zijn beschermende bepalingen ten behoeve van de werknemer. Niettemin kunnen ook deze rechtsposities onzekerder zijn dan een 'normale' voltijdsbaan voor onbepaalde tijd. Het meest opvallend is het omvangrijke en soms langdurige gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Bij de universiteiten is dit het meest het geval, maar het geldt ook voor andere onderwijssectoren.

De vraag die we ons moeten stellen is of het gebruik van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd soms niet te ver is doorgeschoten. De Kantonrechter Leiden formuleerde die vraag onlangs indringend in een zaak tegen de Universiteit Leiden in een veel verder strekkende overweging:

'Uit de stukken volgt dat de UL alles in het werk stelt om te voorkomen dat aanstellingen dan wel arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd ontstaan. Deze handelswijze is in strijd met het uitgangspunt van de Richtlijn dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de regel is en een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de uitzondering moet blijven en waarvoor ook objectieve en transparante gronden aanwezig moeten zijn. De UL heeft op de mondelinge behandeling in ieder geval niet duidelijk kunnen maken wat de onderwijsontwikkelingen en/of ontwikkelingen in studentenaantallen nu precies zijn die deze praktijk in dit geval noodzakelijk maken. Dat in de eigen beleidsstukken van de UL staat dat onderwijspersoneel dat niet gepromoveerd is geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd krijgt, is een enkele vaststelling van beleid en bevat dan ook geen objectieve en transparante grond. Het lijkt er veeleer op dat de UL (en vele werkgevers) huiverig zijn om werknemers voor onbepaalde tijd in dienst te nemen omdat zij (ten onrechte) bang zijn er niet meer vanaf te kunnen als dat nodig is. Onder het mom van

een “flexibele schil” wordt zo een groot deel van de werknemers een onzekere toekomst voorgeschoteld en een tweedeling in de samenleving gecreëerd. Veel van dit “flexibele personeel” wordt immers kort voor het bereiken van een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd de wacht aangezegd waarna voor hen meestal weer een keten van arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd bij een andere werkgever volgt. Deze werknemers verblijven op deze wijze jarenlang in onzekerheid en kunnen bijvoorbeeld geen huis kopen. Deze in Nederland wijdverbreide, en zelfs binnen de overheid en de Rechtspraak gehanteerde, praktijk is, zoals hiervoor al overwogen, niet in overeenstemming met de uitgangspunten van Richtlijn.²¹⁵

6.2 Actuele ontwikkelingen

Welke ontwikkelingen zijn nu de komende tijd te voorzien in dit krachtenveld? In de eerste plaats zijn er initiatieven om de rol van flexibele arbeidsrelaties in het geheel van de arbeidsverhoudingen anders in te richten. Zowel in het rapport van de Commissie-Borstlap als in het recente SER-advies voor het sociaal-economisch beleid voor de komende jaren wordt bepleit om het vaste arbeidscontract weer meer centraal te stellen en de vlucht in flexibele arbeidsrelaties en zelfstandigheid terug te dringen. Daarnaast worden personeelstekorten verwacht in verschillende sectoren, niet het minst in het onderwijs.

Commissie-Borstlap

Om de structuur van de Nederlandse arbeidsmarkt wezenlijk opnieuw te doordenken, heeft de regering de Commissie Regulering van Werk ingesteld, bekend als de Commissie-Borstlap. Het Eindrapport van deze commissie bevat een fundamentele visie op de regulering van de arbeidsmarkt.²¹⁶ De hervormingen op dit gebied van de afgelopen decennia waren de Wet flexibiliteit en zekerheid van 1999 en de Wet werk en zekerheid in 2015, gevolgd door de Wet arbeidsmarkt in balans van 2020. Het doel van deze wetten was steeds tweërlei: het bieden van meer zekerheid aan mensen met een flexibele arbeidsverhouding, maar ook het bieden van flexibiliteit aan werkgevers en aan de arbeidsmarkt. De commissie stelt echter vast dat de tweedeling op de arbeidsmarkt is toegenomen. De genoemde wetten hebben geleid tot het tegendeel van wat beoogd werd, namelijk ‘een steeds groter wordende kloof tussen contracten voor onbepaalde tijd en andere contracten’. De commissie wijt dit niet alleen aan de sterke bescherming van werknemers met een vast contract tegen ontslag, maar ook aan het toekennen van de (ook financiële) verantwoordelijkheid voor werkgevers rondom ziekte en re-integratie (p. 21). De invoering van de i-grond als aanvullende ontslaggrond in 2020 bezielt de commissie positief, maar ook deze wijziging zal naar onze verwachting geen wezenlijke wijziging brengen in dit beeld.

²¹⁵ Kantonrechter Leiden 30 juni 2021, JAR 2021/183.

²¹⁶ Commissie Regulering van Werk, *In wat voor land willen wij werken?* Eindrapport, Den Haag: 23 januari 2020.

De commissie acht de problemen in de regulering van werk in de grond veroorzaakt door het paradigma dat ten grondslag ligt aan de regels rondom werk zoals die veel eerder zijn ontstaan. Daarbij zijn de contractvorm en het al dan niet hebben of zijn van een werkgever bepalend voor de behandeling van de werkende en de werkgevende. De commissie constateert dat de reeds doorgevoerde aanpassingen vooralsnog niet afdoende zijn. Waar iedere individuele aanpassing zonder meer haar ratio had, worden de waarden van werk door het aldus gegroeide stelsel onvoldoende geborgd voor alle werkgevers en werkenden.²¹⁷

De commissie stelt daarom een ‘herontwerp van de regels rond werk’ voor. Met betrekking tot de voor het onderwerp van dit preadvies relevante onderwerpen komt de commissie tot de volgende aanbevelingen (p. 66 e.v.):

- maak het voor de werkgever mogelijk de arbeidsvoorwaarden (waaronder de omvang van de arbeidsovereenkomst) aan te passen;
- behoud voor de werknemer de mogelijkheid om dat ook te doen;
- behoud de preventieve ontslagtoets;
- maak het voor de werkgever mogelijk om – behoudens de aanwezigheid van een opzegverbod – de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden. ‘Indien de kantonrechter oordeelt dat de werkgever geen redelijke grond heeft voor het ontslag dan is de werkgever een vergoeding verschuldigd aan de werknemer. Deze vergoeding zal voor de werkgever een punitief karakter moeten hebben, om te lichtvaardige ontbindingsverzoeken te voorkomen’;
- beperk de duur van opeenvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten tot twee jaar;
- beperk de mogelijkheid van uitzendarbeid, detachering en andere ‘driehoeksverhoudingen’;
- ken een hoger loon of een ‘flex-toeslag’ toe aan werknemers met een tijdelijk contract;
- geef uitzendkrachten dezelfde arbeidsvoorwaarden als personeel dat rechtstreeks in dienst is van de werkgever;
- beperk de mogelijkheden tot het aangaan van arbeidsovereenkomsten zonder vaste urenomvang.

De commissie stelt verder voor om de partijbedoeling geen rol meer te laten spelen bij de vraag of iemand werknemer of zzp’er is en het gezagscriterium te moderniseren en te vereenvoudigen. Men is ‘werknemer, tenzij’ (p. 70). De commissie doet daarnaast nog een groot aantal andere aanbevelingen, onder meer gericht op wendbaarheid van werknemers, flexibiliteit in de omvang van de arbeid en permanente scholing. Zij ziet een integrale benadering als essentieel voor het tot stand komen van het gewenste ‘herontwerp’.

²¹⁷ Zie in vergelijkbare zin A.R. Houweling (red.), VAAN-VvA Expertgroep, *Wetboek van Werk 2025, Concept design*, juni 2019.

SER-advies

In het SER-advies voor het sociaal-economisch beleid voor de periode 2021-2025 wordt voortgeborduurd op de basisgedachten van het rapport van de Commissie-Borstlap.²¹⁸

Voor de arbeidsmarkt heeft de SER als uitgangspunt dat structureel werk in principe wordt georganiseerd met de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Als bedrijven meer structureel werk hebben, dan ligt het ook in de rede dat dit leidt tot meer arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Flexibele arbeidsrelaties (tijdelijke contracten, oproepcontracten en zelfstandige arbeid) hebben een plaats op de arbeidsmarkt, bijvoorbeeld bij piek en ziek, maar moeten niet meer worden gebruikt om te concurreren op arbeidsvoorwaarden. Daarom is het nodig om het gebruik van flexibele arbeidsrelaties beter te regelen. Het zogenaamde waterbedeffect (reguleer één flexibele contractvorm en er wordt overgestapt op een andere flexibele contractvorm) maakt dat dit integraal moet gebeuren. Voor een succesvolle aanpak van deze acute knelpunten worden voorstellen gedaan waarmee tegelijkertijd de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aantrekkelijker wordt voor werkgevers zodat bedrijven wendbaar kunnen zijn zonder de werk- en inkomenszekerheid van werknemers aan te tasten.

Naast vele andere voorstellen vallen met het oog op dit preadvies vooral de voorstellen op voor tijdelijke en oproepcontracten. Voor tijdelijke contracten stelt de SER voor dat er drie tijdelijke contracten mogen worden aangegaan gedurende maximaal drie jaar. Permanente tijdelijkheid van werk bij dezelfde werkgever is niet meer mogelijk doordat de onderbrekingstermijn wettelijk komt te vervallen.²¹⁹ De uitzonderingen worden wettelijk vastgelegd, zonder afwijkmogelijkheden bij cao. Daarnaast stelt de SER voor dat oproepcontracten (inclusief nulurencontracten) worden afgeschaft. Deze worden vervangen door basiscontracten met ten minste een kwartaalurennorm waardoor het loon van een werknemer voorspelbaar is.²²⁰ Er komt een evenwichtige verhouding tussen het minimumaantal te werken uren en de beschikbaarheid van de werknemer. Werknemers moeten voldoende in staat zijn tot economische zelfstandigheid. In beginsel geldt zoals nu het gemiddeld aantal uren waarover loon is betaald in een kwartaal als basis voor de opvolgende kwartaalurennorm (rechtsvermoeden arbeidsomvang), (p. 18).

Ontwikkeling arbeidsmarkt

Een ander tegenwicht tegen de voortdurende toeneming van de flexibilisering van arbeidsrelaties komt wellicht voort uit de ontwikkeling van de arbeidsmarkt. Als gevolg van de toegenomen vergrijzing zal het in de komende periode steeds moeilijker worden om voldoende personeel te vinden. Werkgevers zullen om aantrekkelijk te blijven

218 SER, *Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving, Sociaal-economisch beleid 2021-2025*, SER-advies 21/08, Den Haag 2021.

219 Behalve een onderbrekingstermijn voor scholieren en studenten van zes maanden en een onderbrekingstermijn voor seizoenarbeid van drie maanden.

220 Scholieren en studenten (die als hoofdactiviteit hun opleiding of studie hebben) kunnen in dit voorstel wel worden gecontracteerd op basis van een contract dat vergelijkbaar is met het huidige oproepcontract.

voor in elk geval schaarse potentiële werknemers uit concurrentieoverwegingen moeten opteren voor het aanbieden van betere arbeidsvoorwaarden en dus ook meer werkzekerheid. Zeker in het onderwijs zal deze problematiek zich in de komende jaren doen gevoelen.

Daarbij is van belang dat de eerste neiging zal zijn om bij het onvoldoende aantrekkelijk zijn als werkgever op de arbeidsmarkt te kiezen voor verhoging van de beloning. Ook op dit gebied kunnen in het onderwijs zeker stappen worden gemaakt. Beloning vormt een onderdeel van de waardering en het respect voor de bijdrage van de medewerker. Daarbij wordt ook al gauw een vergelijking gemaakt met de beloning in andere beroepen, ook in de marktsector.

Maar beloning is niet de enige factor die hier van belang is. Daarnaast dient ook aandacht te worden gegeven aan de kwaliteit van het werkgeverschap. Wordt er voldoende gedaan tegen te hoge werkdruk en te veel bureaucratie? Worden medewerkers gefaciliteerd om de balans tussen werk en privé goed te houden? Zijn er bijvoorbeeld goede faciliteiten voor kinderopvang? Wordt er aandacht besteed aan de noodzakelijke flexibiliteit bij het dragen van gezinsverantwoordelijkheid? Wordt er een goed loopbaanbeleid gevoerd met perspectief op vooruitgang en op oudere leeftijd aanpassing van taken aan gezondheid en ervaring?

Uiteraard mag ook van de werknemer de nodige flexibiliteit worden gevraagd. Werkgevers hebben in het belang van goed onderwijs behoefte aan een efficiënte inzet van middelen voor personeel, die is gerelateerd aan de hoeveelheid werk. Voor de werknemers geldt dat meer flexibiliteit in de arbeidsrelatie een gezonde combinatie van werk en privéleven kan faciliteren. Dat maakt het ook gemakkelijker voor vrouwen om op gelijkwaardige wijze met mannen op de arbeidsmarkt te participeren.

Daarbij komt dat ook de overgang tussen verschillende banen in de loop van het leven steeds normaler wordt. Het vasthouden aan één werkgever en één type werk gedurende het gehele arbeidsleven raakt uit de tijd. Baanzekerheid maakt plaats voor werkzekerheid. Om weerbaarheid en wendbaarheid op de arbeidsmarkt te bevorderen, worden permanente scholing en ontwikkeling daarom steeds belangrijker. Daartoe moeten ook scholingsfaciliteiten worden geboden door werkgevers. Op deze wijze wordt flexibiliteit in de arbeidsrelaties niet meer alleen een middel voor werkgevers om op loonkosten te besparen, maar ook een middel voor werknemers om het arbeidsleven rijker en zekerder te maken.

Willen partijen van flexibele arbeidsrelaties een constructief en optimaal gebruikmaken, dan moeten zij het gebruik van flexibele arbeidsrelaties niet louter zien als instrumenteel om op korte termijn problemen van financiering op te lossen, maar als intrinsiek waardevol om gezonde en moderne arbeidsverhoudingen te creëren. Daarbij is het van belang om het evenwicht tussen de belangen van beide partijen (werkgever en werknemer) in het oog te houden.

6.3 Herbezinning op het gebruik van flexibele arbeidsrelaties

De vraag moet worden gesteld of er voldoende ten gronde wordt nagedacht over de huidige mate van gebruik van flexibele arbeidsrelaties sociaal wenselijk en uiteindelijk productief voor het onderwijs is. Wordt er niet te gemakkelijk gebruikgemaakt van de mogelijkheden zonder voldoende bezinning op de effecten daarvan op langere termijn?

Flexibele arbeidsrelaties zijn in de praktijk ingevoerd omdat werkgevers in de marktsector uit concurrentieoverwegingen snel het personeelsbestand moesten kunnen aanpassen. De onderwijssector heeft zich bij deze ontwikkeling aangesloten en deze arbeidsverhoudingen ook op grote schaal ingezet. Speelt die behoefte aan externe flexibiliteit echter werkelijk in de onderwijssector in dezelfde mate? Ondanks jaarlijks wisselende hoeveelheden leerlingen en studenten is er ook een hoge mate van continuïteit en werkzekerheid in het onderwijs. Daarbij speelt mee dat het Nederlandse onderwijs grotendeels stabiel wordt gefinancierd met publieke middelen.

Tegenover de financieringskant van de economie staat echter ook de arbeidsmarkt. In het bedrijfsleven wordt het aantal tijdelijke aanstellingen begrensd door de mogelijkheden om voldoende gekwalificeerd personeel aan te trekken. Bestaat er in de onderwijswereld wel voldoende flexibiliteit om het beleid bij te stellen als de arbeidsmarkt dat noodzakelijk maakt? Schiet de onderwijssector zichzelf niet in de voet door het veelvuldige gebruik van tijdelijke aanstellingen?

Ook principieel zitten hieraan bedenkelijke kanten. Door het gebruik van flexibele arbeidsrelaties worden de risico's van het personeelsbeleid eenzijdig afgewenteld op het personeel. Dat is strijdig met de gedachte van een dienstverband in ondergeschiktheid waarin het ondernemersrisico bij de werkgever ligt. En dit terwijl het ondernemersrisico in het onderwijs ook nog overzichtelijk is.

Op langere termijn kost een dergelijk beleid gemotiveerde medewerkers. De – zeker in het begin van de loopbaan – grote afhankelijkheid van tijdelijke dienstverbanden maakt het minder aantrekkelijk om te kiezen voor werken in het onderwijs. Dat geldt voor de basisschoolleraar tot en met de universitaire docent en onderzoeker. De aantrekkelijkheid van het onderwijs als werkgever heeft in deze tijd versterking met het oog op de ontwikkeling van de arbeidsmarkt. Het wordt immers steeds moeilijker om voldoende leerkrachten te vinden en gemotiveerd te houden voor het onderwijs. De verminderende aantrekkingskracht van het beroep van onderwijsgevende heeft behalve met beloning ook te maken met geringere werkzekerheid en loopbaanperspectieven dan in andere beroepsgroepen. In de huidige tijd waarin het vaak moeilijk is om leerkrachten te vinden op de arbeidsmarkt kunnen onderwijsinstellingen het zich steeds minder permitteren om risico's van de arbeidsmarkt eenzijdig bij de werknemer te leggen. Niet alleen vanuit sociale overwegingen, maar ook uit welbegrepen eigen belang van de onderwijsinstellingen verdient een koerswijziging overweging.

Van externe naar interne flexibiliteit

Het bovenstaande neemt niet weg dat flexibiliteit in het onderwijs belangrijk zal blijven. Dit is bijvoorbeeld noodzakelijk om ziekteverzuim te kunnen opvangen en jaarlijkse schommelingen in de leerlingen- en studentenaantallen efficiënt te kunnen verwerken. Daartoe is ook flexibiliteit van de zijde van de werknemers in het onderwijs vereist en die mag in deze tijd ook worden verwacht. Tegenover deze flexibiliteit dient echter ook betrokkenheid van de werkgever te staan voor de loopbaan van de medewerker. Daarbij hoort goede personeelszorg, onder meer tot uitdrukking komend in een actieve loopbaanbegeleiding, waaronder de begeleiding van startende medewerkers, zodat zij beter in staat zijn om te voldoen aan de eisen voor het verkrijgen van een vast dienstverband. Daarnaast zou gedacht kunnen worden aan ruime faciliteiten voor scholing en ontwikkeling om de kwaliteit van het leraarsvak te bevorderen. Een krachtige cultuur van levenslang ontwikkelen hoort daar bij.

Bij het kiezen van een nieuwe aanpak zou de huidige *externe flexibiliteit*, gekenmerkt door langdurig vrijblijvende arbeidsrelaties, moeten worden teruggedrongen. Tijdelijke aanstellingen zouden moeten worden beperkt tot de oorspronkelijke doelen van onderzoek naar de geschiktheid en het opvangen van tijdelijke fluctuaties. Voortdurende verlengingen van tijdelijke aanstellingen zouden uit den boze moeten worden. Daaraan dient de financieringssysteem zo nodig te worden aangepast. Maar zo lang dat niet is gebeurd, vormt dit geen excuus om deze benadering nog niet zelf in te voeren. Zo zou in lijn met het rapport van de Commissie-Borstlap kunnen worden uitgegaan van het principe dat vaste contracten de hoofdregel zijn. Hierbij zou kunnen worden uitgegaan van het principe dat na een eerste tijdelijke aanstelling van bijvoorbeeld als regel een jaar bij voldoende geschiktheid steeds een vaste aanstelling volgt.

In het rapport van de Commissie-Borstlap worden tegenover versterking van de positie van flexibele arbeidscontractanten ook voorstellen gedaan voor een versoepeling van het ontslagrecht voor de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, met name waar het gaat om de individuele ontslaggronden c tot en met i. Deze benadering van de Commissie-Borstlap zou een wetswijziging vergen. Het is echter de vraag of dat wenselijk en/of noodzakelijk is. Eerder in dit preadvies isesignaleerd dat de in 2020 ingevoerde nieuwe i-grond in individuele ontslagsituaties momenteel een breder toepassingsbereik lijkt te krijgen dan in het eerste jaar van zijn bestaan. Als deze benadering doorzet, zal dit ook zijn weerslag hebben op de onderhandelingssituatie die veelal aan een beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vooraf gaat. Om verder de nodige flexibiliteit te creëren, kan worden gedacht aan vergroting van de flexibiliteit binnen vaste en stabiele arbeidsrelaties, de zogeheten *interne flexibiliteit*. Zo zouden binnen de in omvang gegroeide onderwijsorganisaties pools kunnen worden gevormd van docenten die als 'vliegende kiep' voorzien in vervanging tijdens ziekte. Maar ook tussen verschillende onderwijsorganisaties zouden (daartoe gestimuleerd door de onderwijskoepels) dergelijke samenwerkingsverbanden kunnen worden ingevoerd. Docenten van wie het aantal onderwijsuren terugloopt, zouden tijdelijk elders kunnen worden ingezet om de uren aan te vullen in plaats van deeltijdontslag te verlenen. Structurele inkrimping zou kunnen worden opgevangen door permanente

overplaatsing naar andere locaties. Doorstroming zou kunnen worden bevorderd door detachering en regelmatige overplaatsing van personeelsleden, bijvoorbeeld na verloop van een aantal jaren. Een grotere uitwisseling van docenten tussen scholen kan ook bijdragen aan een frisse blik op het onderwijs bij de docenten en het wederzijds leren van elkaars ervaringen voor de scholen. Een vast dienstverband hoeft niet te betekenen dat een docent het gehele arbeidsleven bij dezelfde school blijft. Na een aantal jaren kan via detachering een overstap naar een andere onderwijsinstelling worden voorbereid. Van docenten zou ook bereidheid kunnen worden gevraagd om zo nodig andere vakken dan hun eigen vak te doceren.

Ook dogma's aan werkgeverszijde dienen ter discussie te kunnen staan. Zo zouden universiteiten het principe dat elke docent onderwijs en onderzoek moet combineren kunnen relativiseren. Het is een gegeven dat docenten zonder onderzoekstaak daar regelmatig nodig zijn om pieken op te vangen, met name in onderwijsrijke faculteiten. Sommige van deze docenten beschikken over uitmuntende onderwijskwaliteiten en/of organisatorische vaardigheden. Daarbij is het ook nodig om goede onderzoekers ruimte te geven en (soms tijdelijk) te ontlasten van andere verantwoordelijkheden. Daarom zou ook aan (een selecte groep van) uitstekende docenten die minder excelleren in het onderzoek een vaste aanstelling kunnen worden verstrekt. Indien de financiering van onderzoek verloopt via regelmatig nieuw aan te werven projectfinanciering kan na een aantal tijdelijke contracten met een onderzoeker ervoor worden gekozen om de volgende aanstelling in vaste dienst te doen plaatsvinden, met uitdrukkelijke mededeling voor welke termijn financiering verzekerd is. Dat maakt ontslag indien nodig aan het einde van het project zeer wel mogelijk, maar verplicht de werkgever wel te zoeken naar aansluitende nieuwe financiering.

Werk voor de schoolbesturen, medewerkers en sociale partners

De hiervoor geschetste benadering vereist een ingrijpende wijziging van de visie op flexibele arbeid, zowel bij de onderwijsbesturen als bij de medewerkers. Cruciaal is in de eerste plaats dat de onderwijskoepels het belang hiervan inzien en de onderwijsbesturen hiertoe de weg wijzen. De aandacht dient minder te worden gericht op de horizon van de afzonderlijke arbeidscontracten en het daarmee jaarlijks rondkrijgen van de begroting en meer op het perspectief van de gehele loopbaan van de individuele medewerker en de personeelsvoorziening op middellange termijn. In plaats van maximaal gebruik te willen maken van arbeidsrechtelijke uitzonderingsbepalingen en zelfs op aanvullende uitzonderingen aan te dringen bij de wetgever, zouden de onderwijswerkgevers zich moeten richten op het goed werkgeverschap en op een modern en professioneel personeelsbeleid, dat uitgaat van verantwoordelijke en volwassen medewerkers die een goede loopbaan in het onderwijs willen doorlopen. Vakbonden en werknemers zouden van hun zijde dit mogelijk moeten maken door een flexibele opstelling binnen het uitgangspunt van vaste contracten. Uiteraard kan ook worden nagedacht over verruiming van het ontslagrecht en de regeling voor loondoorbetaling bij ziekte, maar dat is een taak voor de wetgever. Het kan nuttig zijn om in het kader van

cao-onderhandelingen te bezien in hoeverre het eigenrisicodragerschap voor de WW en de wachtgeldregelingen aanpassing behoeven in vergelijking met de marktsector. Maar bovenal: de sector hoeft niet te wachten op initiatieven van buiten. Het preadvies laat zien dat de sector al veel mogelijkheden heeft om zelf een begin te maken met een nieuwe aanpak van de flexibele én de vaste arbeidsrelaties.

Stellingen behorende bij het Preadvies

Flexibele arbeidsrelaties in het onderwijs

Vereniging voor Onderwijsrecht 2021

De volgende stellingen behandelen thema's die in het preadvies worden besproken. De stellingen komen niet steeds overeen met de standpunten van alle preadviseurs.

1. Het inzetten van de figuur van zelfstandige ondernemer in het door de overheid bekostigde onderwijs zal als regel geen werkbaar model zijn (paragraaf 2.3).
2. Er bestaat geen rechtvaardiging om het primaire onderwijs toe te staan om onbeperkt tijdelijke arbeidsovereenkomsten aan te gaan met invalkrachten bij ziekte (paragraaf 3.2).
3. Het 'eigen risico' dragen voor de werkloosheidsuitkeringen bevordert het gebruik van flexibele arbeidsrelaties (paragraaf 4.2).
4. De wachtgeldregelingen spelen slechts een beperkte rol bij het aangaan of beëindigen van vaste arbeidsrelaties (paragraaf 4.2).
5. De recente ontwikkeling in de rechtspraak over de cumulatie-ontslaggrond (i-grond) geeft voldoende mogelijkheden om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te beëindigen als dat onvermijdelijk is. Een verdere versoepeling van het wettelijke ontslagrecht is niet nodig (paragraaf 4.2).
6. Het is wenselijk dat de onderwijssectoren gemeenschappelijk cijfermateriaal gaan publiceren over het gebruik van flexibele arbeidsrelaties in de verschillende sectoren in het onderwijs (paragraaf 4.3).
7. In de Cao-mbo is geregeld dat een tijdelijke uitbreiding meetelt voor de ketenregeling. In het belang van de rechtszekerheid van het personeel verdient opnemning van deze bepaling in alle onderwijs-cao's aanbeveling (paragraaf 5.4).
8. Bij promovendi maakt de Cao-NU een overschrijding van de wettelijk toegelaten maximale duur van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mogelijk (paragraaf 5.6).
9. Het aanstellen van onbevoegde docenten in vaste dienst indien dit volgens de ketenregeling verplicht is, is niet in strijd met de onderwijswetgeving (paragraaf 5.8).
10. Op de tijdelijke uitbreiding van de arbeidsovereenkomst dient de ketenregeling onverkort van toepassing te zijn (paragraaf 5.9).
11. In beginsel zou de duur van een aanstelling voor bepaalde tijd voor reguliere taken moeten worden beperkt tot één jaar. Na dat jaar zou bij gebleken geschiktheid aanstelling voor onbepaalde tijd dienen plaats te vinden (paragraaf 6.3).

12. Onderwijsorganisaties dienen een eigen beleid te ontwikkelen over de inzet van flexibele arbeidsrelaties, waarbij met inachtneming van de situatie op de arbeidsmarkt een evenwicht wordt gezocht tussen de belangen van flexibiliteit van de onderwijsinstelling en die van redelijke en stabiele arbeidsvoorwaarden van het personeel (paragraaf 6.3).
13. Binnen het vaste arbeidscontract dient meer wendbaarheid van de werknemer en flexibiliteit te komen. De sector hoeft voor de invoering daarvan niet te wachten op de uitvoering van het rapport van de Commissie-Borstlap (paragraaf 6.3).
14. De behoefte aan externe flexibiliteit speelt in de onderwijssector niet in dezelfde mate als in het bedrijfsleven, gezien de hoge mate van continuïteit en werkzekerheid en de grotendeels stabiele financiering met publieke middelen (paragraaf 6.3).
15. In plaats van maximaal gebruik te willen maken van arbeidsrechtelijke uitzonderingsbepalingen en zelfs op aanvullende uitzonderingen aan te dringen bij de wetgever, zouden de onderwijswerkgevers zich moeten richten op het goed werkgeverschap en op een modern en professioneel personeelsbeleid (paragraaf 6.3).

De auteurs

Frans Brekelmans is verbonden aan Actis Rotterdam. Hij publiceert geregeld over onderwijsrecht en arbeidsrecht. Enkele recente publicaties: Frans Brekelmans en Marianne van Es, *Bevoegdheids- en bekwaamheidseisen in het onderwijs, mede in het licht van het lerarentekort*, Den Haag: Sdu 2019, (preadvies NVOR 2019). J. Sperling (5e druk bewerkt door F.H.J.G. Brekelmans), *De Wet medezeggenschap op scholen toegelicht*, Utrecht 2020 ((Expertisecentrum Onderwijsgeschillen uitgave 8). F.H.J.G. Brekelmans en E. van Vliet, 'De leraar', in: G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke themata- Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: BJu 2020. Adviezen voor het Expertisecentrum Onderwijsgeschillen: F.H.J.G. Brekelmans, P.W.A. Huisman en L.C.J. Sprengers, *Aanpassing begrippen 'school' en 'bevoegd gezag' in de Wms* (2021), *Medezeggenschap bij holdings in het onderwijs* (2020).

Guus Heerma van Voss is hoogleraar Sociaal recht aan de Universiteit Leiden, staatsraad bij de Afdeling advisering van de Raad van State en raadsheerplaatsvervanger bij het gerechtshof 's-Gravenhage. In het verleden was hij onder meer lid van de Commissie van beroep voor het bijzonder neutrale onderwijs en vervulde hij verschillende universitaire bestuursfuncties.

Willem Lindeboom is advocaat bij en mede-eigenaar van Brussee Lindeboom Advocaten in Den Haag. Zijn kantoor behandelt vrijwel uitsluitend zaken in het onderwijs (van primair onderwijs tot en met hoger onderwijs). Eén van zijn specialisaties is het arbeidsrecht. Hij behartigt zowel belangen van werknemers als die van werkgevers. In het verleden heeft hij ook zowel bij een onderwijsvakorganisatie als bij een vereniging van onderwijswerkgevers gewerkt.

November 2021

