

De noodzaak tot afschaffing van de Ragetlieregel en het inperken van de reikwijdte van de ketenregeling

MR. S. PALM

De beperkingen die de Ragetlieregel en de ketenregeling opleggen aan de contractsvrijheid passen niet in het huidige recht. De Ragetlieregel is tot stand gekomen onder omstandigheden die thans sterk zijn gewijzigd. De met de Ragetlieregel beoogde ontslagbescherming staat haaks op een ontslagstelsel waarin een beëindiging met wederzijds goedvinden is toegestaan. Voor voldoende ontslagbescherming bij een beëindiging met wederzijds goedvinden heeft de Hoge Raad een norm ontwikkeld die tevens toepasbaar is in geval van een omzetting naar bepaalde tijd. Arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd zouden in geval van opvolgend werkgeverschap niet moeten meetellen in de keten. Werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd behoeven geen extra bescherming.

1. Inleiding

De ruimte om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te laten opvolgen door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt beperkt door art. 7:667 lid 4 en 5 Burgerlijk Wetboek (de Ragetlieregel) en art. 7:668a lid 2 Burgerlijk Wetboek (de ketenregeling). De centrale vraag is of voor deze beperking een rechtvaardiging bestaat. Voor de overzichtelijkheid ga ik eerst in op de samenhang tussen (de begrippen uit) de Ragetlieregel en de ketenregeling (paragraaf 2). In de paragrafen 3 tot en met 6 worden zowel de (huidige) functie van de Ragetlieregel als de reikwijdte van de ketenregeling aan een kritische analyse onderworpen. Eveneens zullen hierbij de aangedragen rechtvaardigingsgronden worden betrokken. Ik sluit af met een conclusie (paragraaf 7).¹

1 Overigens: de afschaffing van de Ragetlieregel en inperking van de reikwijdte van de ketenregeling tot arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is niet in strijd met Richtlijn 1999/70/EG inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Door het beperken van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd qua aantal en duur voldoet de Nederlandse wetgeving immers volledig aan deze Richtlijn (clause 5 van de raamovereenkomst bij Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (PbEG 1999, L 175/43)). De Ragetlieregel valt zelfs buiten de scope van deze Richtlijn.

2. Systematiek en samenhang ketenregeling en Ragetlieregel

De ketenregeling bepaalt in welke gevallen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd - in een reeks van arbeidsovereenkomsten - wijzigt in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De Ragetlieregel bepaalt in welke gevallen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die volgt op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, toch moet worden opgezegd om te eindigen.² De ketenregeling en de Ragetlieregel kunnen 'tegelijkertijd en naast elkaar van toepassing zijn', aldus de minister.³ Dit houdt in dat als een arbeidsovereenkomst door een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt opgevolgd, de nieuwe arbeidsovereenkomst aan beide regelingen moet worden getoetst. De uitkomst van deze toets is dat de nieuwe arbeidsovereenkomst of (i) voor bepaalde tijd is en van rechtswege eindigt of (ii) voor bepaalde tijd is maar niettemin moet worden opgezegd of (iii) in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd transformeert.

2 *Handelingen I* 1997/98, 29, p. 1516.

3 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 257, nr. 12, p. 11 (Verslag van wetgevingsoverleg). De Ragetlieregel ziet volgens de regering namelijk op een andere situatie dan de ketenregeling (*Kamerstukken I* 1997/98, 25 263, nr. 132d, p. 11 (Nadere memorie van antwoord)).

Een eerdere arbeidsovereenkomst telt niet mee in de ketenregeling als daar een periode van meer dan drie maanden tussen is gelegen. Evenzo is alleen sprake van een voortgezette arbeidsovereenkomst in de zin van de Ragetlieregel als beide overeenkomsten niet worden onderbroken door een periode van meer dan drie maanden. Deze periode kan leiden tot zogeheten draaideurconstructies, waarbij een werknemer de werkzaamheden tijdelijk op grond van een uitzendovereenkomst uitvoert en zodoende een onderbreking van meer dan drie maanden bewerkstelligt. Om deze draaideurconstructie te voorkomen, is in art. 7:668a lid 2 en 7:667 lid 5 Burgerlijk Wetboek de norm opgenomen dat de ketenregeling respectievelijk de Ragetlieregel ook van toepassing is als een werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaat respectievelijk de arbeidsovereenkomst voortzet met een werkgever die ten aanzien van de te verrichten arbeid redelijkerwijs als opvolger moet worden beschouwd.⁴ Bij een reeks van arbeidsovereenkomsten bij een en dezelfde werkgever telt een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet mee in de keten. In geval van opvolgend werkgeverschap telt een eerdere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wel mee in de keten.⁵

Het begrip 'voortgezette arbeidsovereenkomst' en 'opvolgend werkgeverschap' vereisen een nadere uitleg. Volgens de regering is slechts sprake van een voortgezette arbeidsovereenkomst indien de voorafgaande arbeidsovereenkomst qua rechtskarakter niet wezenlijk verschilt van de huidige arbeidsovereenkomst.⁶ Er kan bijvoorbeeld een te groot verschil zijn wat betreft de overeengekomen arbeid of het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden, aldus de regering.⁷ De regering stelde nadien echter dat 'een wijziging van de salarisvoorwaarden' als zodanig niet hoeft te leiden tot de conclusie dat er geen sprake is van voorzetting. Dat zou pas het geval zijn indien ook de aard van de arbeid wijzigt.⁸ Ik vat dit zo op dat niet langer sprake is van een voortgezette arbeidsovereenkomst indien door een wijziging van de arbeidsvoorwaarden, waaronder ook het salaris valt, eveneens de aard van de arbeidsovereenkomst wijzigt. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als van een vast salaris per maand wordt overgestapt naar een op provisie gebaseerd salaris. Daarmee verandert immers een van de kenmerkende elementen van de arbeidsovereen-

komst. Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt dat voornamelijk belang wordt gehecht aan de aard van de functie. Aspecten als werkplek en salaris zijn niet van belang.⁹ Wel kan een ander salaris of een andere inschaling een indicatie zijn dat de werkzaamheden verschillen.¹⁰

Het begrip opvolgend werkgeverschap komt zowel in de ketenregeling als de Ragetlieregel voor.¹¹ De nieuwe werkgever wordt alleen als opvolgend werkgever beschouwd als de aard van de bedongen arbeid tussen beide arbeids-

Omzetting van onbepaalde naar bepaalde tijd is niets anders dan beëindiging op een lange termijn

overeenkomsten niet wezenlijk verschilt. In zoverre komt het begrip opvolgend werkgeverschap overeen met het begrip voortgezette arbeidsovereenkomst. In aanvulling daarop geldt dat een werkgever slechts als opvolgend werkgever kan worden beschouwd als een band bestaat tussen de oorspronkelijke werkgever en de mogelijk als opvolger aan te merken werkgever. Die band kan bijvoorbeeld aanwezig zijn omdat sprake is van een groep in de zin van art. 2:24b Burgerlijk Wetboek.¹² Ook als een bedrijf een deel van de activa en de klanten en het merendeel van het personeel overneemt van een ander bedrijf, is die band aanwezig.¹³ Hetzelfde geldt voor een doorstart na een faillissement.¹⁴ Indien de overheid na een aanbestedingsprocedure een bepaalde activiteit gunt aan een ander bedrijf, gaan de Kantonrechter en het Hof Leeuwarden evenals de Kantonrechter Groningen ervan uit dat geen band bestaat tussen beide werkgevers. Dit terwijl de Kantonrechter Heerenveen van oordeel is dat in een dergelijk geval wel sprake is van opvolgend werkgeverschap.¹⁵

4 De tekst van art. 7:667 lid 5 en art. 7:668a lid 2 BW komt overeen met de formulering van de maatstaf die de HR in 1986 ontwikkelde voor de vraag of een nieuw proeftijdbeding mag worden overeengekomen bij een nieuwe werkgever. In dat arrest was de vraag voorgelegd in welke gevallen de kennis van de vorige werkgever over een werknemer kan worden toegerekend aan de opvolgend werkgever (HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987, 293 (concl. A-G Mok; m.nt. P.A. Stein); HR 1 mei 1987, *NJ* 1988, 20 (concl. A-G Franx)). Inhoudelijk is de toets overigens wel degelijk anders. Zie hierover in de parlementaire behandeling: *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 26 (MvT); *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 10 (NV II); *Kamerstukken I*, 1997/98, 25 263, nr. 132c, p. 7 (Nader voorlopig verslag); *Kamerstukken I*, 1997/98, 25 263, nr. 132d, p. 10 (Nadere memorie van antwoord).

6 *Handelingen I* 1997/98, 29, p. 1517.

7 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 257, nr. 3, p. 4 (MvT).

8 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 257, nr. 7, p. 7 (NV II).

9 Hof Arnhem 7 september 2010, *JAR* 2010, 288, r.o. 5.12-14; Ktr. Gorinchem (vzngnr.) 5 maart 2008, LNJ BC7458, *JAR* 2008, 97, r.o. 9 (*RI* 2008, 49); Ktr. Nijmegen 28 februari 2003, *JAR* 2003, 270.

10 Vergelijk Ktr. Rotterdam (vzngnr.) 24 april 2003, *JAR* 2003, 122, r.o. 5.7 jo. r.o. 4.3 jo. r.o. 2.

11 In tegenstelling tot Verhulp zie ik geen reden om opvolgend werkgeverschap in beide bepalingen anders uit te leggen. Alleen in het geval van de Ragetlieregel heeft de wetgever volgens Verhulp expliciet voor een restrictieve interpretatie gekozen. Verhulp verwijst hiervoor naar *Kamerstukken II* 1997/98, 26 257, nr. 7, p. 7 (NV II). Een dergelijke uitleg ligt minder voor de hand bij art. 7:668a lid 2 BW, aldus Verhulp (Ktr. Bergen op Zoom 16 februari 2005, *JAR* 2005, 71 (m.nt. E. Verhulp)). In de parlementaire geschiedenis vind ik echter geen (expliciete) keuze voor een restrictieve interpretatie.

12 Ktr. Amsterdam (vzngnr.) 30 augustus 2010, *JAR* 2010, 237, in het bijzonder r.o. 3.8.

13 Ktr. Eindhoven (vzngnr.) 17 juli 2007, LNJ BB3878, *JAR* 2007, 218, r.o. 4.18 in samenhang met r.o. 4.3.

14 HR 14 juli 2006, LNJ AY3782, *JAR* 2006, 190 (concl. A-G L. Timmerman; m.nt. E. Verhulp, *JOR* 2006, 227, m.nt. E. Loesberg, *NJ* 2007, 101, m.nt. E. Verhulp); Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2006, LNJ BA4209, r.o. 4.4.4. In het laatstgenoemde arrest wordt ook wijziging van werkgever in concernverband genoemd.

15 Hof Leeuwarden 12 oktober 2010, LNJ BO0510, *RAR* 2011, 30, r.o. 6.3; Ktr. Leeuwarden 24 november 2010, LNJ BO5134, r.o. 7; Ktr. Groningen (vzngnr.) 13 maart 2009, LNJ BI2789, r.o. 4.6; Ktr. Heerenveen 11 november 2009, *JAR* 2010, 6, r.o. 8-9. Eerder had de Ktr. Heerenveen in een ontbin-

Over de vereiste band wordt dus verschillend gedacht. Samenvattend, van een voortgezette arbeidsovereenkomst is slechts sprake als de aard van de bedongen arbeid niet wezenlijk verschilt. Opvolgend werkgeverschap vereist naast het voornoemde criterium dat een band bestaat tussen de oorspronkelijke werkgever en de huidige werkgever.

3. De Ragetlieregelsluit niet aan bij het huidige recht

Het tot 1 januari 1999 geldende art. 7:668 lid 3 Burgerlijke Wetboek bepaalde dat als een voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst werd voortgezet, voor de beëindiging van de voortgezette arbeidsovereenkomst voorafgaande opzegging noodzakelijk was.¹⁶ De wetgever nam daarmee tot uitgangspunt dat in beginsel niet meer dan één keer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kon worden gesloten. De jurisprudentie van de Hoge Raad borduurde hier op voort. De Hoge Raad oordeelde in 1986 dat ook in het geval de eerdere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd was aangegane en werd voortgezet voor bepaalde tijd, voorafgaande opzegging noodzakelijk was (het Ragetlie-arrest).¹⁷ Vervolgens bepaalde de Hoge Raad in 1992 dat dit eveneens gold 'indien de geëindigde arbeidsovereenkomst op regelmatige wijze is beëindigd door voorafgaande opzegging, met de door het BBA vereiste toestemming' (het Thialf-arrest).¹⁸ Uit het Thialf-arrest volgt dat het niet zozeer ging om het voorkomen dat een werknemer onder ongerechtvaardigde druk of niet volledig bewust van alle rechtsgevolgen instemt met een omzetting in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Ook bij een door het UWV getoetste beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en een daaropvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan volgens de Hoge Raad namelijk sprake zijn van een voortgezette arbeidsovereenkomst. Onmiskenbaar hadden deze arresten van de Hoge Raad tot doel een zo ruim mogelijke toepassing te geven aan het doel van art. 7:668 lid 3 Burgerlijk Wetboek, namelijk het inperken dan wel tegengaan van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

Met de op 1 januari 1999 in werking getreden Wet flexibiliteit en zekerheid heeft de wetgever beoogd werkgevers meer ruimte te bieden voor het aangaan van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.¹⁹ Door deze wet is de ketenregeling als bedoeld in art. 7:668a Burgerlijk Wetboek ingevoerd en zijn de leden 3 tot en met 5 van art. 7:668 Burgerlijk Wetboek komen te vervallen. Als gevolg van deze wetswijziging eindigen de tweede en derde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege zonder dat voorafgaande opzegging nodig is. Pas bij het aangaan van de vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vindt automatisch een omzetting naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd plaats. Ook wanneer bij de tweede of derde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een periode is verstreken van meer dan 36 maanden vindt er vanaf dat moment automatisch een omzetting naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd plaats. De tot 1 januari 1999 geldende norm, die nader is uitgewerkt in het Ragetlie- en Thialf-arrest, is vervangen door de ketenregeling. Deze oude norm, inhoudende dat de tweede arbeidsovereenkomst in beginsel voor onbepaalde tijd was, is vervangen door een regeling waarin juist meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn toegestaan. De Ragetlieregelsluit niet aan op deze ketenregeling.

Eveneens is van belang dat de Ragetlieregels is ontstaan in een tijd dat in geval van een beëindiging met wederzijds goedvinden - en dus ook bij een omzetting naar bepaalde tijd - een werknemer geen aanspraak kon maken op een uitkering krachtens de Werkloosheidswet. Voor de bescherming van de sociaal verzekeringsrechtelijke positie van de werknemer heeft de Ragetlieregels onder het huidige recht niet langer een meerwaarde. Sterker nog, sinds de wijziging van de Werkloosheidswet is opzegging of ontbinding niet langer de meest geëigende weg om een arbeidsovereenkomst te beëindigen. De wetgever neemt een beëindiging met wederzijds goedvinden tot uitgangspunt en de Ragetlieregels beperkt juist weer de mogelijkheden voor een beëindiging met wederzijds goedvinden.

4. De beoogde ontslagbescherming is overbodig

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid nam de regering aanvankelijk geen duidelijk standpunt in omtrent de toekomst van de norm die voortvloeide uit het Ragetlie- en Thialf-arrest.²⁰ Deze ar-

dingsprocedure ex art. 7:685 BW bij dezelfde werkgever ook geoordeeld dat in een dergelijk geval sprake is van opvolgend werkgeverschap (Ktr. Heerenveen 11 februari 2009 respectievelijk 8 april 2009, LJN B19640 respectievelijk LJN B19643, «JAR» 2009, 153, r.o. 2.3 jo. r.o. 2.15).

16 De hier aangehaalde versie van art. 7:668 BW werd vervangen bij Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300, welke in werking trad op 1 januari 1999 (Besluit van 2 juni 1998, *Stb.* 1998, 332). Voor 1 april 1997 was dit artikel opgenomen in art. 7A:1639f BW.

17 HR 4 april 1986, *NJ* 1987, 678, r.o. 3.2 (concl. A-G Ten Kate; m.nt. J.C. Schultsz). De HR bepaalde in dit geval dat evenwel geen sprake was van een voortzetting, omdat de arbeidsovereenkomsten qua tijdsduur en wat betreft salaris en secundaire arbeidsvoorwaarden te zeer verschilden.

18 HR 26 juni 1992, *NJ* 1992, 654, r.o. 3.3 (concl. A-G A.M. Biegman-Hartogh). Ook bepaalde de HR dat voor toepassing van de Ragetlieregels niet vereist is dat de voorafgaande arbeidsovereenkomst 'zonder tegenspraak' als bedoeld in lid 1 van art. 7:668 BW was voortgezet.

19 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300 (Wet flexibiliteit en zekerheid). De Ragetlieregels is gecodificeerd bij Wet van 24 december 1998, *Stb.* 1998, 741 (Reparatiewet). Bij deze laatste wet wijzigde ook de formulering van de Wet 14 van mei 1998 enigszins. Beide wetten traden op 1 januari 1999 in werking (Wet van 24 december 1998, *Stb.* 1998, 741 en Besluit van 2 juni 1998, *Stb.* 1998, 332). Zie over de beoogde flexibiliteit onder andere *Kamerstukken II* 25 263, nr. 33, p. 4 (Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 29 oktober 1997).

20 In de memorie van toelichting merkte de regering op dat de Stichting van de Arbeid adviseerde om de Ragetlieregels in stand te laten, maar over de Ragetlieregels als zodanig meldde de regering in de memorie van toelichting niets (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3. p. 9 (MVT)). Op

resten borduurden als gezegd voort op (het gedachtegoed achter) art. 7:668 lid 3 (oud) Burgerlijk Wetboek en die bepaling kwam met dit wetsvoorstel te vervallen. Bij de behandeling in de Eerste Kamer van de Wet flexibiliteit en zekerheid volgden vragen over de rol van de Ragetlieregel onder het nieuwe recht.²¹ De regering beantwoordde deze door te stellen dat de Ragetlieregel in de praktijk haar toepassing zal blijven behouden. De PvdA-fractie bekritiseerde dit antwoord met een verwijzing naar het voorgenomen verval van het derde lid van art. 7:668 Burgerlijk Wetboek.²² Vervolgens heeft de regering toegezegd de Ragetlieregel te codificeren.²³

De regering beschouwde de Ragetlieregel als een regel die ertoe strekt dat de ontslagbescherming, verbonden aan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, door omzetting in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, niet wordt ontweken.²⁴ De Ragetlieregel zou daarom alleen van toepassing moeten zijn in gevallen waarin niet rechtsgeldig is opgezegd of ontbonden. Volgens de regering is ook in geval een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die met uitdrukkelijke instemming van de werknemer is geëindigd en pas nadien wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, niet de 'daarmee samenhangende ontslagbescherming' gerealiseerd.²⁵ De leden van de PvdA-fractie vroegen zich - mijns inziens terecht - af wat het verschil in ontslagbescherming is tussen een beëindigingsovereenkomst en een pro forma ontbindingsprocedure.²⁶ De regering merkte over de situatie dat een beëindigingsovereenkomst is gesloten het volgende op.

'In [deze] situatie is het denkbaar, dat een werknemer door de werkgever onder druk wordt gezet al dan niet met dreiging van ontslag, om in te stemmen met een dergelijke beëindiging gevolgd door voortzetting van de arbeidsrelatie met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en dat hij

zich hierbij onvoldoende realiseert wat de rechtsgevolgen hiervan zijn t.w. beëindiging van rechtswege van het tijdelijke contract.²⁷

Het Thialf-arrest hoefde volgens de regering niet te worden gecodificeerd. Dat zou te ver gaan zijn omdat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging of ontbinding volgens de regering in de regel getoetst is door het UWV respectievelijk de rechter.²⁸ Uit het hiervoor genoemde citaat en het bewust niet codificeren van het Thialf-arrest blijkt dat de Ragetlieregel een andere - en in ieder geval beperktere - betekenis heeft gekregen. Kennelijk strekt de per 1 januari 1999 gecodificeerde Ragetlieregel ertoe te voorkomen dat een werknemer (i) onder ongerechtvaardigde druk of (ii) niet volledig bewust van alle rechtsgevolgen, instemt met een omzetting in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Ik kan mij niet vinden in de gedachte van de regering achter de codificatie van de Ragetlieregel. In mijn optiek bestaat feitelijk geen verschil tussen een arbeidsovereenkomst die wordt beëindigd op een lange termijn en een omzetting in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Een beëin-

Een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd behoeft geen extra bescherming via de ketenregeling

diging op een lange termijn met wederzijds goedvinden is altijd mogelijk. Het voorstel van een werkgever om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd om te zetten in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan daarom als zodanig niet worden beschouwd als het doen van een aanbod onder bedreiging of misbruik van omstandigheden.²⁹ In het verlengde van dit argument ligt het volgende. De Hoge Raad heeft een norm ontwikkeld die in geval van een beëindiging met wederzijds goedvinden moet voorkomen dat een werknemer instemt met de beëindiging zonder dat een werknemer zich volledig bewust is van de gevolgen. Deze norm kan mijns inziens eveneens worden toegepast bij een omzetting naar bepaalde tijd. Bij een beëindiging met wederzijds goedvinden moet een werkgever kunnen aantonen dat een werknemer duidelijk en ondubbelzinnig blijkt geeft van zijn instemming met de beëindiging.³⁰ Deze vergewisplicht leidt in sommige gevallen zelfs tot een onderzoekspllicht.³¹ Deze norm zou bij een omzetting in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ertoe moeten leiden dat een werkgever een werknemer in ieder geval schriftelijk wijst op alle gevolgen van de omzetting, waaronder de beëindiging van rechtswege op termijn. De werkgever

de vraag van de Tweede Kamerfractie van de VVD of de Ragetlieregel van toepassing bleef, gaf de regering geen (duidelijk) antwoord (*Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 5, p. 13 (Verslag II)). Wel was bij amendement tevergeefs getracht om art. 7:668a BW niet in te voeren en in de plaats daarvan een nieuw art. 7:668 BW op te nemen waarin zou worden bepaald dat indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is voortgezet voor de beëindiging van die voortgezette overeenkomst opzegging vereist is (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 263, nr. 8, p. 1 (Amendement van het lid Rosenmöller)).

21 *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132a, p. 7 (VV I). Ook wees de PvdA-fractie erop dat het advies van de Stichting van de Arbeid, waarop de Wet flexibiliteit en zekerheid grotendeels is gestoeld, ervan uitging dat de Ragetlieregel onder het nieuwe recht in stand zou blijven (*Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132a, p. 11 (VV I); Stichting van de Arbeid, *Nota 'flexibiliteit en zekerheid'*, Den Haag: SER-huisdrukkerij 1996, p. 18).

22 Ook de fractieleden van het CDA en D66 vroegen naar de verhouding van dit wetsvoorstel en de Ragetlieregel; *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132c, p. 7 (Nader voorlopig verslag).

23 *Handelingen I 1997/98*, 29, p. 1517; *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132f, p. 2 (Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid).

24 *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132b, p. 19 (MvA I) en *Kamerstukken II 1996/97* 26 257, nr. 3, p. 2 (MvT).

25 *Kamerstukken II 1998/99*, 26 257, nr. 3, p. 4 (MvT).

26 *Kamerstukken II 1998/99*, 26 257, nr. 5, p. 3 (Verslag II).

27 *Kamerstukken II 1998/99*, 26 257, nr. 7, p. 4 (NV II).

28 *Kamerstukken II 1998/99*, 26 257, nr. 7, p. 5 (NV II).

29 Art. 3:44 lid 2 respectievelijk lid 4 BW.

30 HR 25 maart 1994, «JAR» 1994, 92 (concl. A-G Vranken), NJ 1994, 390, r.o. 3.3-4; HR 19 april 1996, «JAR» 1996, 116 (concl. A-GT. Koopmans), in het bijzonder r.o. 3.3.

31 H.L. Bakels/W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 190-191.

moet bij twijfel ook verifiëren of de werknemer zich volledig bewust is van deze gevolgen. Eveneens moet de werknemer in de gelegenheid zijn gesteld om juridisch advies in te winnen. Als de werkgever niet kan aantonen dat een werknemer duidelijk en ondubbelzinnig heeft ingestemd met de omzetting naar bepaalde tijd dan heeft de werknemer een grond om de omzetting te vernietigen of te stellen dat er nooit een rechtsgeldige omzetting heeft plaatsgevonden.³² De door de regering met de codificatie van de Ragetlieregule nagestreefde ontslagbescherming voor gevallen waarin een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is omgezet in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is

Ragetlieregule en ketenregeling: pro forma ontbindingprocedures en verplicht thuiszitten voor drie maanden en een dag

dus overbodig. Een omzetting in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is vergelijkbaar met een beëindiging met wederzijds goedvinden en de rechtsgevolgen daarvan kunnen op een gelijke wijze worden beoordeeld.³³

Overigens is niet in alle gevallen voorafgaande toestemming nodig om de arbeidsovereenkomst op te zeggen.³⁴ Daarnaast leidt de Ragetlieregule alleen tot de beoogde ontslagbescherming als de aard van de bedongen arbeid tussen beide arbeidsovereenkomsten niet wezenlijk verschilt. De met de Ragetlieregule beoogde ontslagbescherming wordt dus niet in alle gevallen verwezenlijkt.

5. Geen aanvullende ontslagbescherming via de ketenregeling nodig

In het oorspronkelijke wetsvoorstel telden ook bij opvolgend werkgeverschap slechts arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd mee. Aan de hand van een vraag hierover van de RPF-fractie is de zinsnede 'aangegaan voor bepaalde tijd' in het tweede lid van art. 7:668a Burgerlijk Wetboek geschrapt.³⁵ Het meetellen van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd in de keten als bedoeld in het eerste lid van dat artikel achtte de regering, in tegenstelling tot de keten bedoeld in het tweede lid (dus in geval van opvolgend werkgeverschap) niet nodig, omdat voor beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voorafgaande opzegging is vereist.³⁶ Dit argument geldt mijns inziens ook

in geval van opvolgend werkgeverschap en daarmee haalt de regering dus zelf haar rechtvaardiging voor het laten meetellen van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd onderuit.³⁷ Daar komt bij dat de ketenregeling als zodanig niet tot doel heeft om ontslagbescherming in het leven te roepen, maar veeleer het reguleren van het aantal te sluiten arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

Een zinnig argument voor het alsnog opnemen van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd in het tweede lid heeft de regering niet kunnen aandragen. En dat is er ook niet. Het zijn juist werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die extra moeten worden beschermd, niet werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd lopen immers niet het risico dat hun arbeidsovereenkomst eindigt zonder dat zij daartegen op een of andere wijze kunnen ageren. In art. 7:668a lid 2 Burgerlijk Wetboek zou dus expliciet moeten worden opgenomen dat het moet gaan om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Als gevolg van deze wijziging telt alleen bij een werknemer die voor bepaalde tijd in dienst is zijn dienstverleden mee bij de opvolgend werkgever. Bij een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt dat terecht anders. Een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan immers noch tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd noch tot aanvaarding voor bepaalde tijd worden gedwongen. Een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd heeft een andere positie; het is de opvolgend werkgever die eenzijdig beslist of een werknemer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd krijgt en voor deze situatie blijft het leerstuk opvolgend werkgeverschap noodzakelijk om draaieurconstructies te voorkomen.

Het inperken van de reikwijdte van de ketenregeling heeft wel tot gevolg dat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd niet meer meetellen in faillissementssituaties. Werknemers met een lang dienstverband kunnen door de opvolgend werkgever een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd krijgen aangeboden terwijl zij tegen hun opzegging door de curator weinig hebben kunnen inbrengen. Dat is een lastig punt, maar daar staat tegenover dat de inperking van de reikwijdte van de ketenregeling voorkomt dat werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij een failliete werkgever - vaak langer in dienst dan 36 maanden - mogelijk helemaal geen arbeidsovereenkomst krijgen aangeboden bij de opvolgend werkgever in tegenstelling tot de ontslagen werknemers die (slechts kort) werkzaam waren op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Het voorkomt dus mogelijk ongerechtvaardigd onderscheid naar arbeidsduur als bedoeld in art.

32 Dwaling op grond van art. 6:228 BW respectievelijk geen overeenstemming ex art. 3:33 jo. 3:35 BW.

33 Ook merkte de regering zelf nog op dat 'partijen in onderling overleg de arbeidsovereenkomst te allen tijde kunnen opzeggen' (*Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 3, p. 4 (MvT)*). Ik moet daarbij wel toegeven dat voor mij niet duidelijk is in welk verband de regering deze opmerking maakte.

34 Vaak zijn in dergelijke gevallen in toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomsten wel regelingen opgenomen die werknemers tegen een opzegging zonder goede grond moeten beschermen.

35 *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 5, p. 12-15 (Verslag II)*; *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 11 (NV II)*; *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 7, p. 1 (Nota van wijziging)*.

36 *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 40 (NV II)*.

37 Nadien merkte de regering nog op dat het laten meetellen van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd bij eenzelfde werkgever een te vergaande inbreuk zou vormen op de flexibiliseringsgedachte die aan de Wet flexibiliteit en zekerheid ten grondslag lag (*Kamerstukken II, 1998/99, 26 257, nr. 3 p. 1-2 (MvT)*).

7:648 Burgerlijk Wetboek. Een andere oplossing is om uitsluitend in faillissementsituaties een uitzondering te maken op het uitgangspunt dat alleen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd meetellen.

6. Gevolgen

Afschaffing van de Ragetlieregels maakt gekunstelde constructies, zoals een pro forma ontbinding en een 'sabbatical' van drie maanden en een dag, grotendeels overbodig.³⁸ Het afschaffen van de Ragetlieregels en het niet langer meetellen van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd maakt tevens een aantal uitzonderingen die de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in augustus 2011 heeft aangekondigd, overbodig. De minister heeft aangekondigd dat een wetsvoorstel in voorbereiding is dat de mogelijkheid tot doorwerken na de pensioengerechtigde leeftijd moet vergroten. Onderdeel van dit wetsvoorstel is het verruimen van de mogelijkheden voor het aangaan van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd na de pensioengerechtigde leeftijd.³⁹ Afschaffing van de Ragetlieregels en inperking van de reikwijdte van de ketenregeling biedt deze ruimte. En aangezien deze ruimte kan worden gecreëerd zonder een uitzondering te maken voor oudere werknemers - en zonder afbreuk te doen aan de huidige ontslagbescherming - houdt dat tevens in dat de door de minister beoogde wetswijziging tot ongerechtvaardigd onderscheid op grond van leeftijd zou leiden. De door de minister voorgenomen uitzonderingen zijn immers in strijd met het subsidiariteitsbeginsel als vervat in art. 7 lid 1 aanhef en onder c Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid.⁴⁰

7. Conclusie

De beperkingen die de Ragetlieregels en ketenregeling opleggen aan de contractsvrijheid van partijen om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te laten op-

volgen door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, passen niet in het huidige recht en zijn niet nodig.

De Ragetlieregels zijn tot stand gekomen onder omstandigheden die thans zo sterk zijn gewijzigd, dat de Ragetlieregels zijn oorspronkelijke betekenis heeft verloren. De Ragetlieregels borduurde voort op het toen geldende uitgangspunt dat de tweede (opvolgende) arbeidsovereenkomst in beginsel voor onbepaalde tijd was. Deze norm is door de ketenregeling vervangen. Tevens is daarbij van belang dat de Ragetlieregels zijn ontstaan in een periode dat in geval van een omzetting naar een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een werknemer geen aanspraak kon maken op een uitkering krachtens de Werkloosheidswet.

De met de codificatie van de Ragetlieregels beoogde ontslagbescherming is ook niet nodig en past niet in een ontslagstelsel waarin een beëindiging met wederzijds goedvinden mogelijk is. Omzetting van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is feitelijk niets anders dan een beëindiging met wederzijds goedvinden, zij het op een vaak langere termijn. Om te zorgen voor voldoende ontslagbescherming heeft de Hoge Raad bepaald dat slechts sprake is van een rechtsgeldige beëindiging met wederzijds goedvinden als een werknemer duidelijk en ondubbelzinnig heeft ingestemd met de beëindiging. De werkgever moet verifiëren of een werknemer zich van alle gevolgen bewust is. Deze norm is eveneens toepasbaar in geval van een omzetting naar een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd zouden in geval van opvolgend werkgeverschap niet langer moeten meetellen in de keten. Werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd behoeven geen extra bescherming. Zij lopen immers niet het risico dat hun arbeidsovereenkomst eindigt zonder dat zij daartegen op een of andere wijze kunnen optreden. Uitsluitend in een faillissementsituatie is dat anders.

Afschaffing van de Ragetlieregels en het uitsluiten van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd voorkomt dat de minister uitzonderingen moet maken voor werknemers na hun pensioengerechtigde leeftijd. Uitzonderingen die zijn aan te merken als verboden onderscheid op grond van leeftijd. Daarnaast voorkomt het zinloze ontbindingsprocedures en is gedwongen op de bank zitten zonder salaris voor drie maanden en een dag niet langer noodzakelijk.

38 Zo moest de Ktr. Leiden onlangs oordelen in een zaak waarin zowel werkgever als werknemer de arbeidsovereenkomst na de pensioengerechtigde leeftijd voor bepaalde tijd wilde voortzetten, maar werkgever zonder een ontbinding ex art. 7:685 Burgerlijk Wetboek met de gevolgen van de Ragetlieregels zou worden geconfronteerd (Ktr. Leiden 3 augustus 2011, «JAR» 2011, 250).

39 Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 12 augustus 2011 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, kenmerk AV/AR/2011/10331. Overigens heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in januari 2012 ook aangekondigd de mogelijkheden voor het aanbieden van langdurig tijdelijke arbeidsovereenkomsten te vergemakkelijken. Ik beschouw dit voornemen als een onwenselijk gevolg van de politieke onmogelijkheid om het ontslagrecht te versoepelen en kan mij vinden in de kritiek op dit voorstel (R. Cats, 'Plan om meer flexcontracten toe te staan oogst kritiek. Vrees voor minder innovatie', *Het Financieel Dagblad*, donderdag 12 januari 2012, p. 1 en p. 4).

40 Vergelijk inzake de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PbEG 2000 L 180/22): HvJ EU 10 maart 2011, nr. C-109/09, «JAR» 2010, 113, (m.nt. T. van den Berge), (Deutsche Lufthansa/Kumpan); HvJ EG 22 november 2005, nr. C-144/04, «JAR» 2005, 289 (Mangold/Helm); R. Blanpain, *European Labour Law*, Kluwer Law International: 2010, p. 473-474.



Over de auteur

Mr. S. Palm is advocaat op de sectie Arbeidsrecht bij Ploum Lodder Princen Advocaten en Notarissen te Rotterdam.