

Opvolgende arbeidsovereenkomsten en misbruik: van Campina tot en met Taxi Dorenbos

mr. dr. Steven Palm*

1. Inleiding

Volgens de overheid is het aantal flexwerkers – waaronder werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd – te hoog.¹ De overheid beoogt met de (grotendeels) per 1 januari 2020 ingevoerde Wet arbeidsmarkt in balans werkgevers te stimuleren meer werknemers voor onbepaalde tijd in dienst te nemen, onder meer via in beginsel lagere premies voor het Algemeen Werkloosheidsfonds voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd en het recht op een transitievergoeding bij arbeidsovereenkomsten met een kortere duur dan twee jaar.² Ook het verlichte regime voor werknemers met een uitzendovereenkomst – waardoor een uitzendkracht veel langer dan andere werknemers werkzaam kan zijn op basis van elkaar opvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd – geldt niet langer indien deze uitzendovereenkomst tevens kan worden aangemerkt als een payrollovereenkomst.³ Desondanks biedt de wet nog steeds volop ruimte voor het gebruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De keten van opvolgende arbeidsovereenkomsten, zoals gereguleerd in artikel 7:668a BW, is door de Wet

arbeidsmarkt in balans zelfs opgerekt.⁴ Onder eerdere wetgeving (van vóór de invoering van de Wet arbeidsmarkt in balans) heeft de Hoge Raad verschillende keren moeten oordelen of een werkgever in het concrete geval misbruik maakte van de wettelijke mogelijkheden voor opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De centrale vraag in dit artikel is: welke gezichtspunten biedt de jurisprudentie van de Hoge Raad voor de beoordeling of het gebruik van de wettelijke mogelijkheden tot het sluiten van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in een concreet geval moet worden aangemerkt als misbruik en hoe verhouden deze gezichtspunten zich tot later ingevoerde wetgeving alsmede de opvattingen van de regering over het gebruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd?⁵ Na een blik op de gedachten van de wetgever omtrent het gebruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten (§ 2) volgt een overzicht van de relevante jurisprudentie van de Hoge Raad (§ 3) en daarna een analyse van een aantal mogelijke gezichtspunten (§ 4). Afsluitend volgt een antwoord op de centrale vraag (§ 5). Nog een belangrijke opmerking: de uitspraak van het Europese Hof van Justitie van 14 oktober 2020 omtrent

* Steven Palm is advocaat te Rotterdam.

1. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 1-4 (MvT). Ter achtergrond: in 2018 was 22,5 procent van alle werkenden op de Nederlandse arbeidsmarkt werkzaam op basis van een flexibel dienstverband, aldus CBS & TNO, *Dynamiek op de Nederlandse Arbeidsmarkt – De focus op zekerheid*, Den Haag/Heerlen/Bonaire: Centraal Bureau voor de Statistiek 2019, p. 11-12 (online: www.cbs.nl). Deze categorie bestond in 2018 dus uit een populatie van bijna twee miljoen werknemers. Onder een flexibel dienstverband clusteren CBS en TNO – kort samengevat – alle werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, een uitzendovereenkomst of een arbeidsovereenkomst zonder vaste urenomvang. De cijfers over 2019 tonen een vergelijkbaar beeld (CBS, *In 2019 onzeker dienstverband voor bijna 1,4 miljoen flexibele werknemers*, 8 april 2020 (online: www.cbs.nl)). CBS beschikt – bij afronding van dit artikel – nog niet over voldoende gegevens die de invloed van de coronamaatregelen kunnen vaststellen, zo blijkt uit CBS, *Vooraf uitzendkrachten in eerste kwartaal vaker zonder werk*, 15 mei 2020 (online: www.cbs.nl).
2. Ter volledigheid: niet voor alle arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd geldt het lagere percentage voor de premie voor het Algemeen Werkloosheidsfonds (art. 27 lid 1 Wfsv en art. 2.3 en 2.4 Besluit Wfsv).
3. Wet arbeidsmarkt in balans, *Stb.* 2019, 219. Zie over de inwerkingtreding: besluit van 11 juli 2019 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans, *Stb.* 2019, 266.

4. Tot 1 januari 2020 gold dat vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd en een periode van 24 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden, met ingang van die dag de laatste arbeidsovereenkomst moet worden beschouwd als aangegaan voor onbepaalde tijd. Sinds 1 januari 2020 is die periode van 24 maanden opgerekt naar 36 maanden. De kortere periode van 24 maanden was overigens per 1 juli 2015 ingevoerd met de Wet werk en zekerheid, *Stb.* 2014, 216 (voorafgaand aan de invoering van de Wet werk en zekerheid was die periode 36 maanden). Voor de volledigheid: ook bij een overschrijding van drie elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tussen dezelfde partijen, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.
5. Buiten beschouwing blijft HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:39, *JAR* 2015/36 (Heesen Yachts Builders), omdat de werkgever in die zaak juist de wettelijke beperkingen van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd via een vaststellingsovereenkomst tevergeefs probeerde te ontwijken in plaats van de wettelijke mogelijkheden te benutten (E.M. Hoogeveen, 'Verruiming van de ketenregeling door uitzendconstructie: geen misbruik maar gebruik', *ArbeidsRecht* 2019/20). Ook de uitspraken waarin partijen de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd omzetten in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd blijven buiten beschouwing, te weten: HR 4 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AB8727, *NJ* 1987/678 (Ragettie/SLM); HR 26 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0649, *JAR* 1992/41 (Thialf); HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5082, *JAR* 2011/210 (Stichting Cardia); HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2127, *JAR* 2014/34 (De Witte/Pekel).

achtereenvolgende opdrachten van dezelfde uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming is na afronding van dit artikel verschenen en niet in de analyse meegenomen.⁶

2. Wetgever

2.1 Wet en Richtlijn 1999/70/EG

De wet kent verschillende instrumenten waarmee een werknemer misbruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kan aanvechten, zoals een beroep op misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW), de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) en goed werkgeverschap (art. 7:611 BW).⁷ Naast deze Nederlandse wetsbepalingen is Richtlijn 1999/70/EG (raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd) relevant. De tweede overweging van de preambule van de raamovereenkomst bij deze richtlijn luidt: ‘De partijen bij deze overeenkomst erkennen dat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de normale arbeidsverhouding tussen een werkgever en een werknemer zijn en zullen blijven.’ Clausule 1 van deze raamovereenkomst bevestigt dat deze richtlijn tot doel heeft ‘misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen’. Lidstaten moeten daarom op grond van clausule 5 van de raamovereenkomst een of meer van de volgende maatregelen invoeren: (a) vaststelling van objectieve redenen die een vernieuwing van dergelijke overeenkomsten of verhoudingen rechtvaardigen, (b) de vaststelling van de maximale totale duur van opvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd of (c) vaststelling van het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten of verhoudingen mogen worden vernieuwd.⁸ Twee van deze maatregelen – te weten: de maximale duur (maatregel b) en het maximaal aantal vernieuwingen (maatregel c) – waren vóór de totstandkoming van deze richtlijn al in artikel 7:668a BW, de ketenregeling, verankerd. Clausule 5 van de raamovereenkomst behoefde derhalve geen implementatie, zo merkte de regering op tijdens de parlementaire behandeling van de Uitvoeringswet EU-richtlijn 1999/70/EG.⁹ Maatregel a (de objectieve reden) is niet aan de hoofdregel van artikel 7:668a BW toegevoegd.

2.2 Parlementaire geschiedenis

Tot de invoering van de Wet werk en zekerheid in 2015 voorzag lid 5 van artikel 7:668a BW in een afwijkingsmogelijkheid met als gevolg dat partijen via een collectieve arbeidsovereenkomst de ruimte kon worden geboden om onbeperkt opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te sluiten. De regering benadrukte tijdens de parlementaire behandeling van de Uitvoeringswet EU-richtlijn 1999/70/EG evenwel dat ingeval – door gebruikmaking van de toen geldende (onbeperkte) afwijkingsmogelijkheid in artikel 7:668a lid 5 BW – nimmer een conversie in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou plaatsvinden, sprake kan zijn van een schending van goed werkgeverschap en dat daarom de afspraak tussen werkgever en werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.¹⁰ Eerder – tijdens de parlementaire behandeling van de op 1 januari 1999 ingevoerde Wet flexibiliteit en zekerheid – stelde de regering ook al dat op enig moment sprake kan zijn van misbruik indien een werknemer ‘jaar in, jaar uit’ op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werkzaam is bij dezelfde werkgever. Volgens de regering is ‘het aan de rechter (...) om in een dergelijke situatie een oordeel te vellen’. Dit antwoord gaf de toenmalige minister op de vraag of sprake kan zijn van misbruik indien een werknemer telkens een arbeidsovereenkomst voor de duur van negen maanden krijgt aangeboden, met aansluitend een onderbrekingsperiode van meer dan drie maanden.¹¹ (De periode ter onderbreking van de keten is per 1 juli 2015 verhoogd naar meer dan zes maanden.) Jaren later – tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid – schreef de regering dat sprake is van oneigenlijk gebruik als ‘mensen langdurig en onvrijwillig worden ingeschakeld op flexibele contracten door één en dezelfde werkgever waar het in feite structurele werkzaamheden betreft’.¹² De wens van de regering dat werkgevers het gebruik van flexibele dienstverbanden (waaronder arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd) tot een minimum beperken, kwam ook terug in de memorie van toelichting behorende bij de Wet arbeidsmarkt in balans. De regering beoogt met deze wet enerzijds flexibiliteit te stimuleren ‘indien de aard van het

6. HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823 (KG).

7. Zie voor de verschillen tussen deze juridische concepten: E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid* (Monografieën BW nr. A4), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 8-14 en 37-43; G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht* (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 29), Deventer: Kluwer 1999, p. 13-17.

8. 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.

9. *Kamerstukken II* 2001/02, 27661, nr. 3, p. 4 (MvT).

10. *Kamerstukken I* 2001/02, 27661, nr. 322b, p. 3 (MvA). E. Verhulp, annotatie bij HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443, *JAR* 2006/175 (Adeneler), betwijfelt overigens of met een verwijzing naar goed werkgeverschap volledig is voldaan aan de implementatie van Richtlijn 1999/70/EG. Die onbeperkte afwijking van de ketenregeling is door lagere rechters een aantal keer aangemerkt als strijdig met Richtlijn 1999/70/EG (onder meer: Hof Amsterdam 26 juli 2007, *JAR* 2007/243; Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7251, *JAR* 2014/43; D.J.B. de Wolff, ‘Tien jaar ketenregeling’, *TAP* 2009-3 Special, p. 33-37). Zie over de mogelijk nog steeds onbegrensde ruimte voor afwijkingen via art. 7:668a lid 6 BW: A. Lettinga & D. te Wierik, ‘Art. 7:668a lid 6 BW: de onbegrensde mogelijkheden om bij cao van het opvolgend werkgeverschap af te wijken’, *ArbeidsRecht* 2017/30; S. Palm, *Opvolgend werkgeverschap* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 104-108.

11. *Handelingen I* 1997/98, 29, p. 1514 (Flexibiliteit en zekerheid). Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300 (Flexibiliteit en zekerheid) en wet van 24 december 1998, *Stb.* 1998, 741 (Reparatiewet).

12. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3 (MvT), p. 10. Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216 (Wet werk en zekerheid).

werk dat vereist' en anderzijds te voorkomen dat de keuze voor een vast of flexibel dienstverband wordt gedreven 'door verschillen in kosten en risico's'.¹³ De inzet van flexibele arbeid behoort uitsluitend te worden gebruikt ingeval de aard van de arbeid daarom vraagt, aldus de regering in diezelfde memorie van toelichting.¹⁴

2.3 Systeem

De wetgever biedt tegelijkertijd argumenten voor het standpunt dat gebruikmaking van het wettelijke systeem geen misbruik kan opleveren. Ten eerste heeft de regering met de woorden 'oneigenlijk gebruik' tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid zeer waarschijnlijk niet misbruik op grond van artikel 3:13 BW bedoeld, zo merkte Zekić op.¹⁵ Oneigenlijk gebruik moet men in deze context lezen als de rechtvaardiging voor aanscherpingen van het wettelijke systeem van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en niet als een vorm van misbruik ex artikel 3:13 BW.¹⁶ Ten tweede, de wetgever heeft met de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid per 1 januari 1999 bewust gekozen voor een systeem waarbij een werkgever voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geen objectieve rechtvaardigingsgrond hoeft aan te dragen. Op grond van Richtlijn 1999/70/EG is een lidstaat ook niet verplicht het vereiste van een objectieve reden voor het gebruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in te voeren.¹⁷ De ketenregeling zoals vastgelegd in artikel 7:668a BW, en voor uitzendkrachten deels ook in artikel 7:691 BW, vraagt niet om een inhoudelijke beoordeling van de vraag of het werk van tijdelijke aard is. Latere wetwijzigingen brachten geen verandering, maar hebben de uitgangspunten van dit systeem juist bevestigd. Slechts het aantal opvolgende arbeidsovereenkomsten, de eventuele onderbrekingsperiodes, de maximale duur van de keten en opvolgend werkgeverschap zijn relevant. Ten derde, als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen mogelijk zou zijn indien het werk van tijdelijke aard is, dan zou dat volgens de wetgever tot (te) veel juridische geschillen leiden.¹⁸ De wetgever beoogt juist met het huidige sys-

teem juridische geschillen te voorkomen en dat uitgangspunt dwingt tot een zeer terughoudende toets of het gebruik van dit systeem in een concreet geval als misbruik moet worden bestempeld. Ten vierde, de wetgever erkent uitdrukkelijk dat het langdurig sluiten van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd voor specifieke functies, vaak in bepaalde sectoren en bedrijven, gerechtvaardigd kan zijn. Die ruimte blijkt uit lid 5 tot en met 15 van artikel 7:668a BW. Langdurig gebruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd wordt door de wetgever dus lang niet in alle gevallen als onwenselijk beschouwd.

3. Hoge Raad

3.1 Campina, Spreeuwenberg Steigerbouw en Frico Domo

Tot de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid in 1999 liet het wettelijke systeem in principe geen opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd toe. Een tweede – opvolgende – arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussen dezelfde partijen eindigde slechts door voorafgaande opzegging, tenzij tussen de elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten een onderbrekingsperiode van meer dan 31 dagen lag.¹⁹ Door de opkomst van de uitzendovereenkomst konden werkgevers de beperkingen van dit systeem omzeilen via zogeheten draaideurconstructies. Een werkgever liet gedurende een langere periode werk in zijn onderneming uitvoeren door werknemers met wie hij een aantal malen achtereenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd sloot, afgewisseld door perioden waarin diezelfde werknemers hetzelfde werk in zijn onderneming verrichtten als uitzendkrachten. De Hoge Raad keurde in zijn arrest Campina in 1991 deze constructie af. Een 'redelijke, met het stelsel van de wet en de strekking van vorenbedoelde wetsbepalingen strokende toepassing' brengt mee dat deze werknemers hun door de wet gewaarborgde ontslagbescherming niet mag worden ontnomen.²⁰ In de zaak Spreeuwenberg Steigerbouw uit 1996 overwoog de Hoge Raad dat bij de beoordeling van een dergelijke constructie niet meeweegt 'in hoeverre de werkgever de subjectieve bedoeling heeft gehad de wettelijke bepalingen met betrekking tot het einde van de arbeidsovereenkomst te ontgaan'. De rechter moet aan de hand van de objectieve omstandigheden beoordelen of zich een met de zaak Campina vergelijkbaar geval heeft

13. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 14 resp. p. 4 (MvT).

14. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 2 (MvT).

15. N. Zekić, 'Flexibele arbeid en de Wwz' in: F.J.L. Pennings & L.C.J. Sprengers (red.), *De Wet werk en zekerheid* (Monografieën Sociaal Recht nr. 72), Deventer: Wolters Kluwer 2018/7.2.

16. A. van Zanten-Baris, 'Verslag discussie Nationaal ArbeidsRecht Diner 2014: Wet Werk en Zekerheid', *ArbeidsRecht* 2014/36.

17. W. Vandeputte, 'Opeenvolging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd: Hof van Justitie verkiest zekerheid boven flexibiliteit', *ArA* 2007-1, p. 69-101; HvJ EG 12 juni 2008, C-364/07, ECLI:EU:C:2008:346, *JAR* 2008/260 (Vassilakis e.a.); HvJ EU 3 juli 2014, C-362/13, C-363/13 en C-407/13, ECLI:EU:C:2014:2044, *RAR* 2014/133 (Flamingo e.a./Ferroviana).

18. Daarnaast was de regering van oordeel dat partijen verschillende legitieme redenen kunnen hebben voor de keuze voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zoals een proefperiode voor een complexe functie, bij een in tijd of hoeveelheid beperkt werkaanbod en bij vervanging vanwege langdurig verlof (*Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 6, p. 12 (NV); *Kamerstukken I* 1997/98, 25263, nr. 132b, p. 4 en 20-21 (MvA)).

19. Wet van 17 december 1953, houdende wijzigingen van de bepalingen omtrent het ontslag bij arbeidsovereenkomsten, *Stb.* 1953, 619. In HR 4 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AB8727, *NJ* 1987/678 (Ragettie/SLM), oordeelde de Hoge Raad dat voorafgaande opzegging evenzeer vereist is indien partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vervolgens voor bepaalde tijd voortzetten.

20. HR 22 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0421, *NJ* 1992/707 (Campina). De uitzendovereenkomst wordt door de Hoge Raad in Campina wel uitdrukkelijk erkend als arbeidsovereenkomst tussen enerzijds de werknemer en anderzijds het uitzendbureau, hoewel het BW toen nog geen definitie van de uitzendovereenkomst kende; aldus ook HR 27 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0771, *NJ* 1993/273 (Volvo).

voorgedaan.²¹ Een halfjaar later scherpte de Hoge Raad in de zaak *Frico Domo* zijn jurisprudentie over deze ontwikingsconstructies verder aan. In die zaak waren gedurende een reeks van jaren eerdere periodes wel telkens onderbroken door een periode zonder tewerstelling bij de onderneming. Daarom kon dit geval volgens de Hoge Raad niet zonder meer op één lijn worden gesteld met een geval als in *Campina*. Dat verschil was evenwel niet beslissend. Voor het antwoord op de vraag of de werkgever heeft gehandeld op een wijze waardoor de ontslagbescherming ‘op ontoelaatbare wijze wordt ontweken, komt het aan op de situatie zoals deze uit objectieve omstandigheden blijkt’, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad sloot op basis van de kenmerken van dit geval echter niet uit dat zich ‘bijzondere, de handelwijze van de werkgever rechtvaardigende objectieve omstandigheden voordoen’ waaruit blijkt dat de ontslagbescherming niet op een ontoelaatbare wijze wordt ontweken. De stelplicht en, in geval van betwisting, de bewijslast voor de rechtvaardigende objectieve omstandigheden liggen bij de werkgever.²²

3.2 Greenpeace

Sinds de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid in 1999 volgt na een reeks van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van rechtswege een conversie in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, tenzij die reeks wordt onderbroken door de wettelijk voorgeschreven termijn. In 2007 oordeelde de Hoge Raad in het arrest *Greenpeace* dat het enkele feit dat een werkgever door gebruikmaking van deze onderbrekingsperiode (toen een termijn van meer dan drie maanden) voorkomt dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand komt, niet meebrengt dat sprake is van ‘ongeoorloofde ontduiking of uitholling van’ de ketenregeling. De Hoge Raad houdt met de gekozen woorden (te weten: ‘het enkele feit’) wel de deur open zodat in bijzondere omstandigheden anders kan worden geoordeeld.²³

3.3 Care 4 Care/StiPP

De opkomst van verschillende varianten van payrollrolling bood werkgevers nieuwe mogelijkheden voor opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Een van die varianten houdt in dat een organisatie (de uiteindelijke inlener) zelf een arbeidskracht werft en selecteert. Die arbeidskracht treedt vervolgens in dienst bij een payrollwerkgever en die payrollwerkgever leent deze werknemer exclusief uit aan de inlener. Deze payroll-

werkgever kon – tot de invoering van de Wet arbeidsmarkt in balans – gebruikmaken van de voor uitzendwerkgevers bedoelde extra flexibiliteit op grond van artikel 7:691 BW (en tot 1 januari 2020 ook deels vastgelegd in artikel 7:668a lid 5 BW). De Hoge Raad oordeelde in 2016 in de zaak *Care 4 Care/StiPP* dat artikel 7:690 BW niet vereist dat het werk van tijdelijke aard is en evenmin een beperkende ‘allocatiefunctie’ impliceert, zoals door de werkgever in het cassatieonderdeel was bepleit. Volgens de werkgever was namelijk slechts sprake van een uitzendovereenkomst indien ‘de werkgever een allocatiefunctie vervult, hetzij in de zin van het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van (tijdelijke) arbeid, hetzij – meer in het bijzonder – in de zin van het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van (tijdelijke) arbeid zoals vervanging van werknemers tijdens ziekte of andere afwezigheid, het opvangen van pieken of soortgelijke plotseling opkomende werkzaamheden’. De voornoemde variant van payrollrolling, waarbij een dergelijke allocatiefunctie door de uitzendwerkgever niet werd vervuld, kon volgens de Hoge Raad worden aangemerkt als een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. Deze payrollwerkgever kon daarom ook gebruik maken van de extra flexibiliteit via artikel 7:691 BW. Het begrip uitzendovereenkomst in artikel 7:691 BW had volgens de Hoge Raad namelijk geen andere betekenis dan het begrip in artikel 7:690 BW. Tegelijkertijd kwam de Hoge Raad met een nuancering. De rechter heeft volgens de Hoge Raad bij toepassing in het concrete geval ‘de mogelijkheid (...) de regels van art. 7:691 BW zo uit te leggen dat strijd met de ratio van die regels wordt voorkomen, dan wel dat hij een beroep op die regels naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan oordelen’.²⁴

3.4 Taxi Dorenbos

In de zaak *Taxi Dorenbos* was wellicht verdedigbaar dat een beroep op het verlichte regime voor uitzendkrachten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, maar die route werd niet gevolgd. De casus was – kort gezegd – als volgt. De werkgever (*Taxi Dorenbos*) zou in deze zaak bij de eerstvolgende verlenging van de arbeidsovereenkomst van de werknemer op grond van de ketenregeling worden geconfronteerd met een conversie in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ter voorkoming van die conversie trad de werknemer – op initiatief van *Taxi Dorenbos* – op basis van een uitzendovereenkomst voor bepaalde tijd in dienst bij een uitzendbureau. Via de collectieve arbeidsovereenkomst voor uitzendkrachten was – formeel gesproken – een verlenging voor bepaalde tijd nog wel mogelijk (deze zaak is nog beoordeeld op grond van het

21. Of zoals de advocaat-generaal schreef: ‘De situatie is voldoende, ook indien deze met andere bedoelingen is ontstaan en de formele niet-toepasselijkheid van de wettelijke ontslagbescherming een onbedoeld nevengevolg is.’ HR 12 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2034, *NJ* 1997/195 (Spreeuwenberg Steigerbouw).

22. HR 25 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2179, *NJ* 1997/196 (*Frico Domo*).

23. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2504, *JAR* 2007/215 (*Greenpeace*). In deze zaak hadden partijen de derde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in overleg vroegtijdig beëindigd zodat de werkgever iets meer dan drie maanden later – vanaf het moment dat de werkgever deze werknemer echt hard nodig had – nog een keer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kon aanbieden.

24. HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *JAR* 2016/286 (*Care 4 Care/StiPP*); ook HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2496, *FED* 2017/103 (sectorindeling) en HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757, *JAR* 2017/16 (Leerorkest). F.G. Laagland & M.J. van Braak, ‘Uitzending en tijdelijkheid: onlosmakelijk verbonden of niets gemeen?’, *TRA* 2020/22, merkten op dat Hoge Raad in de zaak *Care 4 Care/StiPP* (in hun ogen: ten onrechte) geen enkele aandacht heeft besteed aan Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, *PbEU* 2008, L 327.

recht voorafgaand aan de invoering van de extra bescherming van payrollwerknemers via art. 7:692a BW en art. 8a Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs). De totstandkoming van de uitzendovereenkomst verliep volledig via Taxi Dorenbos en de werknemer werd uitgeleend aan Taxi Dorenbos. De Hoge Raad overwoog in zijn arrest dat de gedachtegang van het hof was dat de constructie uitsluitend was bedoeld om de gevolgen van de ketenregeling te ontwijken en dat van een ‘reële uitzendovereenkomst’ tussen de werknemer en het uitzendbureau geen sprake was. Ook de laatste arbeidsovereenkomst was daarom met Taxi Dorenbos (en niet met het uitzendbureau) tot stand gekomen. Die gedachtegang getuigt volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting en berust op een afweging en waardering van feitelijke aard.²⁵

3.5 Opvolgend werkgeverschap: Van Tuinen/Wolters

Buiten het bestek van deze concrete misbruikjurisprudentie kan ook nog worden gewezen op de jurisprudentie rondom opvolgend werkgeverschap, in het bijzonder het arrest Van Tuinen/Wolters uit 2012. In dat arrest bevestigde de Hoge Raad dat – ook – sprake kan zijn van opvolgend werkgeverschap, zoals bedoeld in artikel 7:668a lid 2 BW (en waarschijnlijk dus ook art. 7:691 lid 5 BW), indien de werkgever heeft getracht misbruik te maken van het ‘identiteitsverschil’ tussen de oude en de nieuwe werkgever. De relevante rechtsoverweging uit Van Tuinen/Wolters geeft zelfs ruimte voor een interpretatie waarbij niet relevant is of de werknemer bij de opvolgende werkgever nog dezelfde werkzaamheden gaat verrichten.²⁶ Buiten misbruiksituaties is in beginsel slechts sprake van opvolgend werkgeverschap indien – onder meer – de werkzaamheden geen wezenlijke verandering ondergaan.²⁷

4. Analyse mogelijke gezichtspunten voor beoordeling misbruik

4.1 Relevantie

De jurisprudentie van de Hoge Raad rondom misbruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd heeft door nieuwe wetgeving telkens aan direct belang ingeboet. De ketenregeling biedt thans bescherming tegen draaideurconstructies. De uitspraken Care 4 Care/StiPP en Taxi Dorenbos zijn minder relevant door de bescherming van payrollwerknemers op basis

van artikel 7:692a BW en artikel 8a Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs. Uitzendwerkgevers kunnen sinds 1 januari 2020 bij het aangaan van payrollovereenkomsten als bedoeld in artikel 7:692 BW niet langer gebruik maken van het verlichte regime van artikel 7:691 BW. Tegelijkertijd kunnen nieuwe constructies worden bedacht, die naar de letter van de wet toelaatbaar zijn, maar waarbij toch sprake is van misbruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten. Een werknemer kan dan teruggrijpen op open normen als redelijkheid en billijkheid, misbruik van bevoegdheid en goed werkgeverschap. Voor de invulling van die open normen kan een werknemer wellicht een vergelijking maken met de gevallen uit de hiervoor besproken jurisprudentie van de Hoge Raad. In sommige gevallen kan de werknemer een driepartijenconstructie ook als zodanig ter discussie stellen met als mogelijk gevolg dat de werknemer niet in dienst is bij de uitzend- of payrollonderneming, maar bij de inlener (en het bijzondere regime voor uitzendkrachten überhaupt niet van toepassing is). De vraag is echter in hoeverre de jurisprudentie van de Hoge Raad daadwerkelijk concrete gezichtspunten oplevert voor de beoordeling van toekomstige casuïstiek.²⁸ Een aantal mogelijke gezichtspunten wordt hierna besproken.

4.2 Ontoelaatbare ontwijkingsconstructie

De Hoge Raad stelde in zijn arrest Campina voorop dat sprake was van ‘een constructie die zich naar haar aard ertoe leent om te ontkomen aan de werking van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer bescherming tegen hem verleend ontslag te bieden, aangezien bij toepassing van die constructie deze wetsbepalingen, indien naar de letter genomen, niet tot het daarmee beoogde doel zouden leiden’.²⁹ In de zaak Greenpeace omschreef A-G Langemeijer een dergelijke constructie als ‘een stelsel van samenhangende

25. HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312, JAR 2020/87 (Taxi Dorenbos). Zie ook HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, JAR 2007/231 (Thuiszorg Rotterdam/PGGM).

26. HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, JAR 2012/150 (Van Tuinen/Wolters), r.o. 3.4.

27. W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk & D.M.A. Bij de Vaate (red.), *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 21.5.

28. Nog niet door de Hoge Raad inhoudelijk beoordeelde casuïstiek betreft een (telkens terugkerende) tijdelijke urenuitbreiding bovenop een bestaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een beperkte urenomvang (zie over deze casuïstiek: Rb. Zutphen 2 juli 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AL2151, JAR 2003/170; Rb. Maastricht 27 februari 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BC5549, USZ 2008/146; Rb. Zwolle-Lelystad 3 maart 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BH5911, JAR 2009/102; Rb. Utrecht 20 september 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN6216, JAR 2010/192; Rb. Limburg 27 mei 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:4499, RAR 2016/123; Rb. Limburg 11 december 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:11145, JAR 2020/3; S.E.M. Meijer, ‘De tijdelijke urenuitbreiding onder het bereik van art. 7:668a BW’, *ArbeidsRecht* 2018/14; N. Zekić, ‘Flexibele arbeid en de Wwv’ in: F.J.L. Pennings & L.C.J. Sprengers (red.), *Ontslagrecht in hoofdlijnen* (Monografieën Sociaal Recht nr. 72), Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 8.3.3). De vraag is of tijdelijke urenuitbreidingen via een beroep op misbruik moeten worden geadresseerd of dat deze tijdelijke urenuitbreidingen voor de toepassing van art. 7:668a BW moeten worden beschouwd als afzonderlijke (elkaar in tijd opvolgende) arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, los van de bestaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een beperkte urenomvang. De toepassing van de ketenregeling leidt mogelijk tot een (tweede) nieuwe arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (naast de reeds bestaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd).

29. HR 22 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0421, NJ 1992/707 (Campina).

afspraken'.³⁰ Een dergelijke 'constructie' kan dus mogelijk worden beschouwd als een misbruiksituatie die rechterlijk ingrijpen rechtvaardigt. Zowel in het arrest Campina als het arrest Taxi Dorenbos was bijvoorbeeld duidelijk dat de (materiële) werkgever zocht naar een mogelijkheid om meer opvolgende arbeidsovereenkomsten met dezelfde werknemer te sluiten, zonder te worden geconfronteerd met de preventieve ontslagtoets. In de zaak Frico Domo overwoog de Hoge Raad dat sprake moet zijn van een handelwijze waardoor de ontslagbescherming 'op ontoelaatbare wijze wordt ontweken'.³¹ Die overweging uit Frico Domo betekent dat niet iedere constructie waarmee het ontslagrecht wordt ontweken als zodanig kan worden beschouwd als misbruik. De situatie moet kunnen worden aangemerkt als een ontoelaatbare ontwijkingsconstructie. Het woord 'ontoelaatbaar' duidt op een strengere toets (vergelijkbaar met art. 6:248 lid 2 BW), maar biedt niet veel richting voor de beoordeling van concrete gevallen.

In de zaak Taxi Dorenbos overwoog de Hoge Raad overigens niet (uitdrukkelijk) dat sprake was van een ontoelaatbare ontwijkingsconstructie. De Hoge Raad keek door de gehele constructie heen, met als gevolg dat de vierde arbeidsovereenkomst met Taxi Dorenbos en niet met de uitzendwerkgever tot stand kwam. De vraag is of in de zaak Taxi Dorenbos eveneens sprake was van een *ontoelaatbare* ontwijkingsconstructie. De uitzendwerkgever had in die zaak weliswaar geen allocatiefunctie vervuld, maar de Hoge Raad had in zijn arrest Care 4 Care/StiPP uitdrukkelijk overwogen dat – onder het toen geldende recht – voor de toepassing van het verlichte regime uit artikel 7:691 BW niet vereist was dat de uitzendwerkgever een allocatiefunctie had vervuld. Kortom, verdedigbaar is dat Taxi Dorenbos gebruik maakte van een constructie die in beginsel gerechtvaardigd was, overigens met de kanttekening dat Care 4 Care/StiPP de ruimte biedt om het flexrecht voor uitzendkrachten buiten toepassing te laten. De vervolgvraag is waarom de Hoge Raad in de zaak Taxi Dorenbos door de driepartijenconstructie heen keek. Een mogelijk antwoord – vanuit een procesrechtelijk perspectief – is dat het hof in hoger beroep had geoordeeld dat de vierde arbeidsovereenkomst eigenlijk met Taxi Dorenbos was gesloten (en niet met de uitzendwerkgever) en dat het oordeel van het hof grotendeels van feitelijke aard is. De vraag kan echter ook anders worden gesteld, namelijk: hoe had de rechter geoordeeld indien de desbetreffende werknemer vanaf zijn eerste werkzame dag voor Taxi Dorenbos op basis van een uitzendovereenkomst had gewerkt, terwijl (i) Taxi Dorenbos voorafgaand aan de werkzaamheden wel de gehele werving en selectie had verricht en (ii) de werknemer exclusief bij Taxi Dorenbos werd tewerkgesteld? Met een verwijzing naar Care 4 Care/StiPP zou de rechter – onder het toen geldende recht – in die situatie

mogelijk wel hebben geoordeeld dat de payrollwerkgever reële – elkaar opvolgende – uitzendovereenkomsten voor bepaalde tijd had gesloten en dat deze payrollwerkgever daarom gebruik mocht maken van het verlichte regime voor uitzendkrachten. Dit verschil is echter tegenstrijdig, omdat Taxi Dorenbos (de materiële werkgever) in de laatste situatie (te weten: een uitzendovereenkomst 'vanaf dag één') mogelijk om dezelfde redenen voor deze uitzendconstructie zou hebben gekozen. Wellicht is de gedachte dat een werknemer die eerst werkzaam is op basis van een normale arbeidsovereenkomst (niet zijnde een uitzendovereenkomst) qua rechtsbescherming een stap terug doet bij een overstap naar een uitzendovereenkomst. En die stap terug druist mogelijk in tegen de gedachte dat de rechtspositie van een werknemer gedurende zijn dienstverband juist sterker behoort te worden en niet zwakker (zie over die gedachte ook de volgende paragraaf).

4.3 Langere duur

Ingeval een werknemer voor langere duur dezelfde arbeid op basis van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd voor dezelfde onderneming verricht, dan zou dat – op basis van de draaideurjurisprudentie – een aanwijzing kunnen zijn dat mogelijk sprake is van misbruik. Ook de parlementaire geschiedenis biedt aanknopingspunten voor die gedachte. Kennelijk behoort een werknemer die jarenlang voor dezelfde werkgever werkt een steeds sterkere bescherming te genieten. Deze gedachte speelde dus mogelijk ook een (impliciete) rol in Taxi Dorenbos. Het Nederlandse arbeidsrecht is doordrenkt met regels waarbij de mate van werknemersbescherming aan de hand van de anciënniteit van de werknemer wordt vastgesteld. De wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur bevatten echter geen overtuigende (principiële) argumenten voor dit op anciënniteit gebaseerde systeem van werknemersbescherming. Tegelijkertijd bestaan juist wel grote bezwaren tegen dit systeem. De kloof tussen de zogeheten *insiders* en *outsiders* wordt mogelijk juist groter door een anciënniteitsafhankelijk systeem van werknemersbescherming.³² Men zou zich zelfs kunnen afvragen waarom een langere reeks van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd eerder als misbruik zou moeten worden aangemerkt dan een kortere reeks. Een werknemer met bijvoorbeeld zijn zesde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met dezelfde werkgever heeft niet per definitie meer behoefte aan ontslagbescherming dan een werknemer met zijn tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met dezelfde werkgever.

Ook vanuit een andere invalshoek kan wellicht worden betoogd dat aan de omstandigheid dat een werknemer voor een langere duur voor een onderneming werkzaam is geweest, niet veel (of wellicht zelfs heel weinig)

30. A-G Langemeijer, conclusie van 6 april 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA2504, JAR 2007/215 (Greenpeace).

31. HR 25 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2179, NJ 1997/196 (Frico Domo).

32. S. Palm, 'European Sport Services – de gevolgen van anciënniteitsafhankelijke werknemersbescherming', *ArbeidsRecht* 2019/17; S. Palm, *Opvolgend werkgeverschap* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 117-141 en 191-193.

gewicht moet worden toegekend bij de beoordeling of sprake is van misbruik. De wetgever heeft namelijk een zeer uitgebreide regeling van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd ontwikkeld. De keuze voor en de gevolgen van dit systeem zijn tijdens de parlementaire behandeling van verschillende wetgevingsprojecten uitvoerig behandeld. Dit systeem is door de wetgever bovendien steeds verder uitgewerkt en verfijnd. De wetgever heeft behoudens bijzondere gevallen – zoals bij een afwijking via een collectieve arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:668a lid 5 BW – altijd afgezien van objectieve redenen voor gebruikmaking van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Daarom is evengoed verdedigbaar dat gebruikmaking van de ketenregeling en bijbehorende onderbrekingsperiodes niet als misbruik kan worden aangemerkt. Ook de Hoge Raad lijkt in het arrest Greenpeace te benadrukken dat gebruikmaking van onderbrekingsperiodes als zodanig geen ontoelaatbaar gebruik oplevert.³³

4.4 Reële uitzendovereenkomst

De Hoge Raad overwoog in de zaak Taxi Dorenbos dat geen sprake is van een reële uitzendovereenkomst. Zwemmer schreef in een annotatie bij dit arrest dat een payrollbedrijf een voldoende zelfstandige en inhoudelijke rol moet vervullen bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld ‘door zorg te dragen voor, en know how te creëren op het gebied van onder meer de scholing, herplaatsing en, in geval van arbeidsongeschiktheid, de re-integratie van de payrollwerknemer’.³⁴ Zwemmer verwijst voor de onderbouwing van deze stelling ook naar de nadere memorie van antwoord behorende bij de Wet arbeidsmarkt in balans. De regering acht het ‘noodzakelijk dat payrollwerkgevers het werkgeverschap op zich moeten kunnen nemen om alle werkgeverstaken op zich te kunnen nemen’. ‘Dit betreffen bijvoorbeeld werkgeverstaken in het kader van scholing, re-integratie bij ziekte, loonbetaling, begeleiding en andere werkgeverstaken’, aldus de

regering.³⁵ De vraag is echter wat de consequenties zijn als een payrollwerkgever niet in staat moet worden geacht deze werkgeverstaken op zich te nemen. Komt dan geen payrollovereenkomst tot stand en treedt de werknemer dan rechtstreeks in dienst bij de inlener? De zaak Care 4 Care/StiPP ondersteunt juist het standpunt dat slechts minimale eisen worden gesteld aan het bestaan van een uitzendovereenkomst (zij het dat die uitzendovereenkomst als gevolg van de Wet arbeidsmarkt in balans mogelijk tevens moet worden aangeduid als een payrollovereenkomst als bedoeld in art. 7:692 BW). Ook de belastingkamer van de Hoge Raad heeft in 2013 geoordeeld dat sprake was van een arbeidsovereenkomst in een kwestie waarin een materiële gezagsverhouding volledig ontbrak (en dus verdedigbaar is dat geen sprake was van een reële arbeidsovereenkomst).³⁶

Een andere vraag is of dit gezichtspunt (een reële uitzendovereenkomst) in sommige situaties mogelijk ook sneller kan duiden op een uitzendovereenkomst waarop het lichtere regime van artikel 7:691 BW van toepassing is. Dit lichtere regime is van toepassing indien de uitzendwerkgever een voldoende allocatieve rol heeft vervuld bij het bijeenbrengen van vraag en aanbod (en/of geen sprake is van een exclusieve terbeschikkingstelling).³⁷ Indien twijfel bestaat over het antwoord op de vraag of de uitzendwerkgever een voldoende allocatieve rol heeft vervuld, is wellicht verdedigbaar dat de gedachtegang uit Taxi Dorenbos ook een omgekeerd effect kan hebben – en dat in een concreet geval juist wel moet worden aangenomen dat sprake is van een uitzendovereenkomst niet zijnde een payrollovereenkomst. Bijvoorbeeld indien de (formele) uitzendwerkgever samen met andere partijen (niet de inlener) een voldoende allocatieve rol heeft vervuld bij het bijeenbrengen van vraag en aanbod.³⁸ De parlementaire geschiedenis bevat bovendien aanwijzingen dat de uitzendwerkgever niet de volledige allocatiefunctie hoeft te verrichten om in het concrete geval de uitzendovereenkomst niet tevens als een payrollovereenkomst te hoeven aanmerken, zij het dat de regering voornamelijk

33. Lagere rechters oordelen overigens weleens anders. Soms volgt – na langdurig werkzaam te zijn geweest op basis van opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd – de verplichting voor de werkgever om opnieuw een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te bieden: Rb. Den Haag 15 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4514, JAR 2015/119; Rb. Groningen 14 maart 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BA1435, JAR 2007/102 (kort geding); Hof Leeuwarden 18 december 2012, ECLI:NL:GHEE:2012:BY7478, JAR 2013/52 (bodenzaak van voornoemd kort geding); Ktr. Amsterdam 26 maart 1998, ECLI:NL:KTGAMS:1998:AG2128, JAR 1998/155; Ktr. Heerenveen 20 november 1996, ECLI:NL:KTGHRV:1996:AG1534, JAR 1997/17. In de zaak Rb. Utrecht 12 december 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BG9194, JAR 2009/31 was volgens de rechter in een dergelijke situatie sprake van misbruik. En in de zaak Rb. Amsterdam 11 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV6495, JAR 2012/160, handelde de werkgever volgens het voorlopige oordeel van de rechter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De werkgever was daarom gebonden aan de verplichtingen uit een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Deze rechter woog mee dat de werkgever voor de onderbrekingsperiode een compensatie had aangeboden en de werkgever geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wensde aan te bieden vanwege onder meer de vrees voor arbeidsongeschiktheid (burn-out).

34. J.P.H. Zwemmer, annotatie bij HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312, JAR 2020/87.

35. Kamerstukken I 2018/19, 35074, F, p. 41 (nadere memorie van antwoord).

36. HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9295, RAR 2013/85. Deze zaak betrof een geval waarin een zogeheten directeur-groottaandeelhouder bij zijn ‘eigen’ besloten vennootschap in dienst was. Een directeur-groottaandeelhouder is in die situatie in beginsel echter wel uitgesloten van de werknemersverzekeringen en verdedigbaar is dat ook andere aspecten van de werknemersbescherming niet op dergelijke personen van toepassing zijn.

37. Het vereiste van een ‘voldoende allocatieve functie’ volgt uit art. 7:692 BW en de in de parlementaire geschiedenis genoemde indicaties, in het bijzonder in Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 39-43 (MvT).

38. Zo merkte – onder anderen – Rosendahl op dat binnen de keten van de uitzendsectoren meerdere partijen betrokken zijn. ‘Al deze partijen spelen (in meer of mindere mate) een ontzorgende rol en zijn (in meer of mindere mate) betrokken bij het bij elkaar brengen van vraag en aanbod’, aldus J. Rosendahl, ‘Payrolldefinitie zal leiden tot onduidelijkheid en onzekerheid in de uitzendsector’, *ArbeidsRecht* 2019/54. Denk bijvoorbeeld aan het door Rosendahl genoemde voorbeeld van de Managed Service Provider.

dacht aan ondersteuning door gemeenten of het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen.³⁹

4.5 Legitieme reden

A-G De Bock noemde in de conclusie bij het arrest Taxi Dorenbos als een van de gezichtspunten de vraag of de werkgever legitieme redenen heeft om de overeenkomst voor bepaalde tijd te laten opvolgen door een uitzendovereenkomst of payrollovereenkomst.⁴⁰ De Hoge Raad behandelde die vraag vervolgens niet (uitdrukkelijk) in het arrest, maar volgens de advocaat-generaal blijkt wel dat het hof in het hoger beroep reeds had geoordeeld dat geen legitieme reden aanwezig was.⁴¹ De Bok en Doorn schreven naar aanleiding van dit arrest dat bij draaideurconstructies een opvolgende uitzendovereenkomst pas als een reële uitzendovereenkomst kan worden aangemerkt indien voor de totstandkoming van deze uitzendovereenkomst een andere – legitieme – reden dan ontwijking van de ketenregeling kan worden aangevoerd. Bij afwezigheid van een legitieme reden komt geen uitzendovereenkomst tot stand.⁴² De Commissie Regulering van Werk (Borstlap) gaat in haar advies nog een stap verder. Deze commissie neemt tot uitgangspunt dat ‘het gebruikmaken van driehoeksrelaties waarbij de contractuele werkgever een andere partij is dan de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin of waarvoor de arbeid wordt verricht, een rechtvaardiging behoeft’.⁴³ Indien de visie van deze commissie op termijn door de wetgever wordt gevolgd, dan zal een payrollconstructie (waarbij geen allocatiefunctie is vervuld) altijd leiden tot een arbeidsovereenkomst met de materiële werkgever. Onder het huidige recht is echter evengoed verdedigbaar dat de wetgever geen legitieme reden voor driepartijenconstructies vereist. De overstap naar een uitzendovereenkomst is – zo beschouwd – mogelijk. Sinds 1 januari 2020 brengt die overstap in principe wel mee dat deze uitzendovereenkomst moet worden aangemerkt als een payrollovereenkomst en dat het verlichte regime uit artikel 7:691 BW niet van toepassing is, tenzij geen sprake zou zijn van een exclusieve terbeschikkingstelling aan de voormalige werkgever (in veel gevallen zal waarschijnlijk echter sprake zijn van een exclusieve terbeschikkingstelling). A-G De Bock stelde overigens niet dat de keuze voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als zodanig op een legitieme reden moet zijn gebaseerd. Het standpunt van A-G De Bock roept wel

de vraag op of werkgevers voor structureel gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in combinatie met onderbrekingsperiodes van meer dan zes maanden ook een legitieme reden moeten kunnen aandragen. De wetgever heeft echter bewust gekozen voor een systeem waarbij een werkgever voor het aangaan van (opvolgende) arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd geen objectieve rechtvaardigingsgrond hoeft aan te dragen. Vanwege de keuze voor dit systeem ligt het vereiste van een legitieme reden voor structureel gebruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd niet voor de hand. Als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen mogelijk zou zijn indien het werk van tijdelijke aard is, dan zou dat volgens de wetgever immers tot (te) veel juridische geschillen leiden. Ook volgens de Commissie Regulering van Werk zouden specifieke rechtvaardigingsgronden voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd lastig te handhaven zijn.⁴⁴ Peters is echter van mening dat de commissie onderzoek had moeten doen naar een combinatie van de ketenregeling en objectieve redenen, al dan niet vastgelegd bij collectieve arbeidsovereenkomst. De commissie gaat – in de woorden van Peters – ‘verder met het twee/drie-jaar-pingpongspel en klapt de maximale ketenduur (...) terug naar twee [jaar]’ en doet die stap ‘zonder onderbouwing’.⁴⁵

4.6 Initiatief en informed consent

Tot slot is de vraag of voor de beoordeling van een misbruiksituatie relevant is wie (werkgever of werknemer) het initiatief heeft genomen om te kiezen voor een constructie waarmee de dwingende wetsbepalingen van het ontslagrecht kunnen worden omzeild en in hoeverre van belang is of de werknemer voldoende is geïnformeerd over de gevolgen van de gekozen constructie. A-G De Bock noemde in de conclusie bij Taxi Dorenbos dat mede van belang is van wie het initiatief is uitgegaan om de arbeidsovereenkomsten te laten opvolgen door een uitzendovereenkomst of overeenkomst van payrolling.⁴⁶ De beoordeling bij wie het initiatief ligt, is inderdaad geen onbekend verschijnsel in het arbeidsrecht, zoals bijvoorbeeld bij de vraag of sprake is van verwijtbare werkloosheid.⁴⁷ De aanwijzing omtrent het initiatief komt ook – op een iets andere wijze – terug bij de beoordeling of sprake is van opvolgend werkgeverschap als bedoeld in artikel 7:668a lid 2 BW, meer in het bijzonder bij het zogeheten ‘aanleidingscriterium’, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de Wet werk en zekerheid. Van opvolgend werkgeverschap als bedoeld in artikel 7:668 lid 2 BW is – zeer kort samengevat – sprake indien de te verrichten werkzaamheden bij de nieuwe werkgever niet wezenlijk anders zijn dan bij de

39. *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, nr. 3, p. 41 (MvT); *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, nr. 9, p. 41-42 (NV); *Kamerstukken I 2018/19*, 35074, D, p. 45-46 (MvA).

40. A-G De Bock, conclusie van 1 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1217, punt 4.52.

41. De advocaat-generaal verwijst naar r.o. 5.8 van Hof Arnhem-Leeuwarden 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7135, en verwijst ook nog naar Hof Den Bosch 20 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3932, JAR 2018/256 (in die zaak zou wel sprake zijn geweest van een legitieme reden).

42. J.T. de Bok & H.L. Doorn, ‘Is de draaideur nu definitief stilgezet?’, *ArbeidsRecht* 2020/25.

43. Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk van 23 januari 2020, *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, p. 72-75 alsook p. 42-44, online: www.rijksoverheid.nl.

44. Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk van 23 januari 2020, *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, p. 67, online: www.rijksoverheid.nl.

45. S.S.M. Peters, ‘Commissie-Borstlap en de regulering van arbeidsrelaties’, *TRA* 2020/52.

46. A-G De Bock, conclusie van 1 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1217, punt 4.52.

47. ‘Beleidsregels toepassing artikelen 24 en 27 WW 2006’, *Stcrt.* 2006, 190.

vorige werkgever en de aanleiding (het initiatief) voor de overstap bij één of beide werkgevers ligt.⁴⁸ De parlementaire geschiedenis omtrent het aanleidingscriterium is echter onduidelijk.⁴⁹ Het belang van het initiatief komt eveneens terug bij de kwalificatievraag van de arbeidsovereenkomst. Zo is verdedigbaar dat de uitdrukkelijke keuze van een werkende om op basis van een opdrachtovereenkomst in plaats van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten – conform het arrest Groen/Schoevers – meeweegt bij de beantwoording van de kwalificatievraag.⁵⁰ Hoewel ‘initiatief’ en ‘bedoeling’ niet hetzelfde zijn, komen beide begrippen wel dicht bij elkaar. De initiatiefnemer – zo is de redenering – maakt een uitdrukkelijke keuze voor een constructie en heeft dus ook de bedoeling om conform die constructie uitvoering te geven aan een overeenkomst. Deze redenering is echter vergezocht. Bovendien heeft de Hoge Raad in de draaieurjurisprudentie juist uitdrukkelijk overwogen dat de subjectieve bedoeling van de werkgever bij het gebruik van een bepaalde constructie niet relevant is voor de beoordeling of sprake is van misbruik. Tot slot, indien te veel gewicht aan het initiatief wordt toegekend, zou dat mogelijk misbruik in de hand kunnen werken. Hoogeven heeft erop gewezen dat dit vereiste mogelijk ‘louter papieren verklaringen’ over het initiatief in hand kan werken.⁵¹

In plaats van – of in aanvulling op – de vraag wie het initiatief voor een bepaalde constructie heeft genomen, kan de vraag worden gesteld of een zogeheten *informed consent* nog gewicht in de schaal kan leggen. Hoogeven heeft betoogd dat geen sprake kan zijn van misbruik indien de constructie op grond van de wet – formeel gezien – toelaatbaar is en de werknemer uitdrukkelijk heeft ingestemd nadat hij door de (oude of nieuwe) werkgever volledig geïnformeerd is over de inhoud en

strekking van de constructie.⁵² Vanwege de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht heeft A-G De Bock in de zaak Taxi Dorenbos dit betoog verworpen.⁵³ In de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad komt *informed consent* niet terug – ook niet in de andere hiervoor behandelde misbruikjurisprudentie. *Informed consent* lijkt in relatie tot de beoordeling van mogelijk misbruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd dan ook geen, althans slechts een beperkte, rol te spelen (noch in positieve, noch in negatieve zin).

5. Conclusie

De jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt weinig concrete gezichtspunten te bevatten voor de beoordeling of het gebruik van de wettelijke mogelijkheden tot het sluiten van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in een concreet geval moet worden aangemerkt als misbruik. De jurisprudentie van de Hoge Raad rondom misbruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten heeft tevens door latere wetgeving aan direct belang ingeboet. Uit de misbruikjurisprudentie blijkt bovendien dat de Hoge Raad een door de werkgever gekozen constructie van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tot op heden alleen heeft afgekeurd indien sprake was van een constructie waarmee de wetgever tijdens eerdere wetgevingsprocessen geen rekening had gehouden. Zo is het arrest Campina geweest voordat de uitzendovereenkomst was gereguleerd en is het arrest Taxi Dorenbos gebaseerd op wetgeving van voor invoering van de Wet arbeidsmarkt in balans. Is een constructie in het wetgevingsproces wel uitvoerig aan de orde gekomen en heeft de wetgever regels tot stand gebracht die een dergelijke constructie reguleren, dan is (zeer) goed verdedigbaar dat gebruikmaking van het wettelijke systeem legitiem is en niet als misbruik kan worden aangemerkt. Het steeds verder uitgewerkte wettelijke systeem van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zou zelfs kunnen worden beschouwd als een bevestiging dat gebruikmaking van de wettelijke mogelijkheden van dit systeem juist niet als misbruik in juridische zin kan worden beschouwd. Die conclusie laat onverlet dat de regering in beleidsmatige zin van mening is dat het grootschalige gebruik van het flexrecht (waaronder tevens wordt verstaan: het gebruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd) ongewenst is. De wetgever heeft echter uitdrukkelijk afgezien van de invoering van objectieve rechtvaardigingsgronden voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst (of uitzendovereenkomst) voor bepaalde tijd, vanwege een mogelijke toename van juridische geschillen. Zonder een in regelgeving verankerd

48. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 8, p. 14-15 (nota van wijziging); *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 105 (MvA); *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, E, p. 4 (NV). Ter volledigheid: het aanleidingscriterium speelt (mogelijk) geen rol bij de maatstaf van opvolgend werkgeverschap in art. 7:691 lid 5 BW, omdat de wetgever bij de totstandkoming van de Wet werk en zekerheid de formulering van opvolgend werkgeverschap in art. 7:691 lid 5 BW – in tegenstelling tot de formulering in art. 7:668a lid 2 BW – ongemoeid heeft gelaten.

49. Op basis van diezelfde parlementaire stukken is evenzeer verdedigbaar dat voor de beoordeling of sprake is van opvolgend werkgeverschap niet zozeer van belang is of de aanleiding bij één of beide werkgevers ligt, maar of de werknemer ‘zijn werk is gevolgd’ (meer specifiek: hetzelfde werk, met dezelfde collega’s en voor dezelfde klanten).

50. HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, *NJ* 1998/149 (Groen/Schoevers). A-G De Bock heeft overigens in een recente conclusie van 17 juni 2020 betoogd dat voor beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst niet langer zou moeten meewegen wat partijen bij de totstandkoming voor ogen heeft gestaan, maar – vanwege de beschermende werking van het arbeidsrecht – uitsluitend hoe partijen feitelijk uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven (A-G De Bock, conclusie van 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698).

51. E.M. Hoogeven, annotatie bij Rb. Noord-Holland 8 november 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:9323, *JAR* 2020/4, heeft tevens verwezen naar een andere uitspraak van de Hoge Raad waaruit blijkt dat het initiatief geen rol behoort te spelen, te weten HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2127, *JAR* 2014/34 (De Witte/Pekel).

52. E.M. Hoogeven, ‘Verruiming van de ketenregeling door uitzendconstructie: geen misbruik maar gebruik’, *ArbeidsRecht* 2019/20; E.M. Hoogeven, annotatie bij Rb. Noord-Holland 8 november 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:9323, *JAR* 2020/4.

53. A-G De Bock, conclusie van 1 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1217, punt 4.53.

systeem van objectieve rechtvaardigingsgronden mist de regering mogelijk wel een instrument om het volgens haar grootschalige gebruik van arbeidsovereenkomsten (en uitzendovereenkomsten) voor bepaalde tijd terug te dringen. De wetgever blijft – in de woorden van Peters – hangen in een ‘pingpongspel’ waarbij de ketenregeling telkens zonder (goede) onderbouwing iets wordt aangescherpt of ingekort of juist (weer) wordt opgerekt. Nieuwe inzichten levert dit spel niet op. Zou de invoering van een aantal objectieve rechtvaardigingsgronden voor het gebruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd daarom toch niet het overwegen waard zijn?