

Gerechtshof Amsterdam
5 augustus 2014, nr. 200.132.019/01,
ECLI:NL:GHAMS:2014:3164
(mr. Cortenraad, mr. Van der Kwaak, mr.
Verhulp)
Noot mr. E.L.J. Bruyninckx

Rechtsvermoeden arbeidsomvang. Wet tijdelijke verruiming ketenregeling maakt geen verboden onderscheid naar leeftijd.

[BW art. 7:610b, 7:668a lid 6 (oud)]

Tussen partijen hebben in de periode tussen 13 september 2010 en 1 maart 2012 verschillende arbeidsovereenkomsten bestaan. Partijen zijn het erover eens dat inmiddels sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar zij verschillen van mening over de vraag per wanneer dit het geval is en welke omvang deze arbeidsovereenkomst heeft. De twee belangrijkste geschilpunten zijn (1) of de Wet tijdelijke verruiming ketenregeling (Wet tvk), die gold van 9 juli 2010 tot 1 januari 2012, onderscheid op grond van leeftijd rechtvaardigt en (2) of de werknemer op enig moment een beroep kan doen op het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW en, zo ja, per welk moment en met inachtneming van welke referteperiode. De kantonrechter heeft de eerste vraag in het voordeel van de werkgever beantwoord en de tweede vraag in het voordeel van de werknemer. Daarbij is de referteperiode op één jaar gesteld. Beide partijen stellen hoger beroep in.

Het hof verwerpt het standpunt van de werkgever, dat de werknemer geen beroep toekomt op het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW omdat duidelijk is afgesproken dat de werknemer flexibel ingezet zou worden. De bedoeling van het rechtsvermoeden is om de werknemer die gedurende een zekere tijd arbeid heeft verricht, duidelijkheid te bieden over de omvang van zijn arbeidsovereenkomst. Een oproepovereenkomst blijft mogelijk, omdat geen zekerheid hoeft te worden geboden over de tijdstippen van het verrichten van de arbeid, maar de werkgever dient wel uit te gaan van een, aan de hand van art. 7:610b BW te bepalen, gemiddeld aantal uren. Onbetwist is dat de werknemer structureel meer heeft gewerkt dan partijen waren overeengekomen. De omvang van zijn arbeidsovereenkomst is daarom groter dan de werkgever stelt. In onderhavig geval, waarin de

werkgever werkte met projecten, is de door de kantonrechter gehanteerde referteperiode van een jaar redelijk. Het hof volgt ook het oordeel van de kantonrechter over de Wet tvk. Uit Richtlijn 2000/78/EG en uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat de lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid hebben bij de keuze van maatregelen die geschikt zijn ter verwezenlijking van hun doelstellingen op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheid. De wetgever mocht daarom met de Wet tvk een poging doen om het daarmee nagestreefde doel – vergroting van de werkgelegenheid voor jongeren – te bereiken, ook al was niet op voorhand evident dat dit doel bereikt zou worden. Er is daarom sprake van een toegestane vorm van onderscheid naar leeftijd.

NB. De uitspraak in eerste aanleg is te vinden in «JAR» 2013/203. Relevante uitspraken van het HvJ EU over de beoordelingsvrijheid van lidstaten op het gebied van sociaal beleid zijn met name «JAR» 2005/289 (Mangold) en «JAR» 2013/53 (Kücükdeveci). Zie over het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW en flexibele arbeid ook «JAR» 2014/166, m.nt. E.S. de Jong.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid EF International Language Schools BV te Amsterdam, appellante in het principale appel, geïntimeerde in het incidentele appel, procesadvocaat: mr. A. van Hees te Amsterdam, behandelend advocaat: mr. S. de Lange te Eindhoven, tegen
B.G.O. Roskell te Amsterdam, geïntimeerde in het principale appel, appellant in het incidentele appel, advocaten: mr. S.J.W.M. Vonken en mr. B. van Meurs te Heerlen.

1. Het geding in hoger beroep
(...; red.)

2. Feiten
(...; red.)

3. Beoordeling

3.1. Tussen Roskell – die is geboren op (...) en die ten tijde van het sluiten van de hierna te noemen arbeidsovereenkomsten jonger dan 27 jaar was – en EF zijn de volgende arbeidsovereenkomsten gesloten:

i) een "on-call" contract voor bepaalde tijd van 13 september 2010 tot 13 december 2010 in de functie English language coach (= 1e contract);
 ii) een "on-call" contract voor bepaalde tijd van 13 december 2010 tot 15 juli 2011 (volgens Roskell) dan wel tot 28 januari 2011 (volgens EF) in de functie English language coach (= 2e contract);
 iii) een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van 28 januari 2011 tot 15 juli 2011 in de functie Teamleider voor 40 uur per week (= 3e contract);
 iv.a) volgens Roskell: een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van 15 juli 2011 tot 1 september 2011 in de functie Teamleider voor 40 uur per week (= 4e contract) alsmede een "on-call" contract voor bepaalde tijd van 1 september 2011 tot 1 januari 2012 in de functie Teamleider (= 5e contract), dan wel:

iv.b) volgens EF: een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van 15 juli 2011 tot 1 januari 2012 als Teamleider (= 4e contract), waarvan tot 1 september 2011 de duur 40 uur per week bedraagt en vanaf 1 september 2011 op oproepbasis.

De tekst van de tussen partijen op 1 augustus 2011 gesloten overeenkomst luidt als volgt:

"Amendment for: Contract of EF International Language Schools B.V. and Roskell, born on (...), with starting date 13/09/2010.

1.2. This employment agreement is entered into for a definite period of time, automatically ending by operation of law on 15/07/2011, (hereinafter referred to as the Termination date).

However, in agreement with the undersigned employee, the contract end date has been revised and as a result of this the employment agreement will terminate on 31/12/2011. Until 01/09/2011 the employee shall be employed in the position of Team Leader and will work the usual 40 hours per week. From 02/09/2011 the employee will enter into an on-call contract until 31/12/2011."

v) een "on-call" contract voor onbepaalde tijd ingaande 1 januari 2012 in de functie van Teamleider.
 EF heeft Roskell vanaf 1 maart 2012 niet meer opgeroepen en hem evenmin loon betaald. Roskell heeft EF gedagvaard en gevorderd EF te veroordelen primair tot betaling van het loon na 1 maart 2012, stellend dat de hiervoor onder iv.a bedoelde arbeidsovereenkomst er één is voor onbepaalde tijd, en subsidiair tot betaling van een salaris overeenkomend met het loon over het gemiddeld aantal gewerkte uren in maanden december 2011, januari 2012 en februari 2012, dit laatste op grond

van het rechtsvermoeden betreffende de omvang van de arbeidsovereenkomst zoals bedoeld in artikel 7:610b BW. EF heeft zich verweerd tegen deze vorderingen door te stellen dat nu Roskell jonger is dan 27 jaar, de vierde openvolgende arbeidsovereenkomst niet wordt geacht te zijn gesloten voor onbepaalde tijd op grond van artikel 7:668a lid 6 BW, maar de vijfde, en dat op grond van de vijfde arbeidsovereenkomst Roskell alleen aanspraak op loon kan maken als EF werk beschikbaar heeft, hetgeen niet het geval is, terwijl Roskell geen beroep toekomt op het rechtsvermoeden betreffende de omvang van de arbeidsovereenkomst van artikel 7:610b BW.

3.2. De kantonrechter heeft het geschil tussen partijen als volgt samengevat:

"Partijen zijn er niet over verdeeld dat tussen hen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan maar zijn wel verdeeld over de vraag per wanneer deze arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan, en welke omvang deze arbeidsovereenkomst heeft."

Vervolgens heeft de kantonrechter drie kwesties onderscheiden die voor de beantwoording van deze vraag van belang zijn, te weten:

i. of de Wet tijdelijke verruiming ketenregeling (inhoudend van 9 juli 2010 tot 1 januari 2012 art. 7:668a lid 6 BW) destijds geldig was;

ii. of tussen 15 juli 2011 en 1 januari 2012 sprake was van één arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (standpunt EF) dan wel van twee arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (standpunt Roskell);

iii. of Roskell op enig moment een beroep kan doen op het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW (omvang arbeidsovereenkomst) en zo ja, per welk moment en met inachtneming van welke referentieperiode."

Kort samengevat heeft de kantonrechter de eerste en derde vraag bevestigend beantwoord, en daarbij op de derde vraag beslist dat de referentieperiode een jaar bedraagt en begint op 1 maart 2011. Op de tweede vraag heeft de kantonrechter beslist dat er sprake is van één arbeidsovereenkomst.

In de kern richten de vijf grieven van EF zich tegen de beslissingen van de kantonrechter ter zake van de derde vraag en richt het incidentele appel van Roskell zich tegen de beslissing ter zake van de eerste en tweede vraag.

3.3. Met de eerste twee grieven komt EF op tegen het oordeel dat Roskell een beroep op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW toekomt. Met

de eerste grief betoogt EF dat een beroep op het rechtsvermoeden een werknemer alleen toekomt indien geen duidelijke afspraken zijn gemaakt over de aard en omvang van de arbeidsovereenkomst. EF verwijst in dit verband naar de parlementaire geschiedenis waarin is overwogen dat het rechtsvermoeden van de omvang beoogt houvast te bieden in situaties waarin de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is overeengekomen. EF betoogt dat het rechtsvermoeden niet reeds kan worden ingeroepen indien partijen een arbeidsovereenkomst met een fluctuerende arbeidsomvang zijn overeengekomen, maar dat daarvoor meer nodig is, namelijk dat de afspraken onduidelijk zijn. EF stelt dat indien iedere onzekerheid over het te werken aantal uren na drie maanden zou leiden tot toepassing van het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW, dat steeds zou leiden tot een arbeidsovereenkomst met een bepaalde vaste omvang waarmee de oproepovereenkomst feitelijk onmogelijk gemaakt zou worden, hetgeen gezien de parlementaire geschiedenis niet door de wetgever zou zijn bedoeld. EF wijst erop dat een bepaling als artikel 7:610b BW destijds is ingevoerd in het kader van flexibilisering van de arbeid. EF stelt dat partijen een oproepovereenkomst hebben gesloten met de intentie om een hoge mate van flexibiliteit te betrachten, welke flexibiliteit zou worden doorbroken als na drie maanden ongevraagd een vaste arbeidsomvang ontstaat. Nu met Roskell duidelijke afspraken zijn gemaakt over zijn flexibele inzet, die afspraken hem ook duidelijk waren en zo door partijen waren bedoeld, zo betoogt EF, komt hem op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW geen beroep toe. De tweede grief richt zich tegen de het oordeel van de kantonrechter dat de weerlegbaarheid van het rechtsvermoeden zich zou richten op de referteperiode maar niet op het rechtsvermoeden zelf. EF stelt het gehele vermoeden van de aanwezigheid van een oproepovereenkomst met een vaste omvang – en dus niet alleen het rechtsvermoeden van een bepaalde referteperiode – te hebben ontkracht en stelt dat de kantonrechter ten onrechte geheel aan deze stelling is voorbijgegaan.

3.4. Roskell betwist de opvattingen van EF en wijst erop dat in zijn oproepovereenkomst nu juist over het onderwerp waarop het rechtsvermoeden ziet geen duidelijke afspraken zijn gemaakt. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat het juist de bedoeling is om dit rechtsvermoeden van

toepassing te laten zijn op oproepcontracten, reden waarom Roskell meent dat de kantonrechter juist heeft beslist.

3.5. Het hof volgt EF niet in haar betoog. Uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel 25 263 volgt dat het rechtsvermoeden van toepassing is op arbeidsverhoudingen die ten minste drie maanden hebben geduurd. In de Memorie van Toelichting is opgenomen dat het rechtsvermoeden beoogt houvast te bieden in situaties waarin de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is overeengekomen (Kuip & Scholtens, *Parlementaire Geschiedenis Flexwet*, p. 308). Naar het oordeel van het hof is duidelijk dat het rechtsvermoeden op iedere arbeidsovereenkomst, waarvan de arbeidsduur niet of niet eenduidig is overeengekomen, van toepassing is, onder de in het artikel gestelde voorwaarden. De lezing van EF zou leiden tot het onaannemelijke resultaat dat de werknemer geen beroep op het rechtsvermoeden toekomt indien duidelijk overeengekomen wordt dat de arbeidsduur aan schommelingen onderhevig is. Naar het oordeel van het hof is de bedoeling van het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW om de werknemer na zekere tijd arbeid te hebben verricht, duidelijkheid te bieden over de omvang van zijn arbeidsovereenkomst, maar niet over de tijdstippen waarop hij die arbeid verricht. Dit blijkt ook uit de mogelijkheid om de arbeidsduur vast te stellen over een langere meer representatieve periode dan het in artikel 7:610b BW genoemde minimum van drie maanden. Door het rechtsvermoeden op deze manier toe te passen wordt het gebruik van de oproepovereenkomst – EF wijst er terecht op dat de wetgever de mogelijkheid daarvan gebruik te maken in stand heeft willen laten – niet onmogelijk: de werkgever kan de werknemer nog steeds oproepen voor de arbeid, maar dient dat te doen voor een aan de hand van artikel 610b BW bepaald gemiddeld aantal uren over een tijdsperiode of althans over dat aantal uren het loon te betalen. Het dwingendrechtelijk karakter van het arbeidsovereenkomstenrecht maakt dat de werknemer, ook bij andersluidende afspraken, zich op het rechtsvermoeden kan beroepen, maar leidt er niet toe – anders dan EF lijkt te veronderstellen – dat de omvang van de arbeidsduur automatisch wordt vastgesteld op de gemiddelde omvang van die duur in de laatste drie maanden. Van enig automatisme ter zake is geen sprake, al was het maar omdat de berekening van het gemiddelde soms over een langere meer repre-

sentatieve periode dient plaats te vinden. De bedoeling van partijen speelt in verband met het rechtsvermoeden omvang van de arbeidsovereenkomst geen rol, in die zin dat ook als een werknemer zeer bewust een oproepovereenkomst zonder een vast aantal te werken uren sluit, hij zich, indien de in artikel 7:610b BW genoemde omstandigheden zich voordoen, op het rechtsvermoeden kan beroepen. Overigens wijst het hof erop dat de wettelijke bepaling waarop Roskell zich thans beroept is ingevoerd bij de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, en dat de bedoeling van de wetgever niet alleen was om flexibele arbeid te faciliteren, maar ook om de werknemer in een flexibele arbeidsrelatie meer zekerheid te bieden, onder andere over de omvang van de arbeidsovereenkomst. De eerste grief mist daarom doel.

3.6. De tweede grief mist feitelijke grondslag nu de kantonrechter niet heeft overwogen dat het rechtsvermoeden op zichzelf niet weerlegbaar zou zijn. De kantonrechter heeft, als een van de voorbeelden van de mogelijkheid tot weerlegging, het in de parlementaire geschiedenis genoemde weerleggen van de referteperiode genoemd, maar daarmee niet miskend dat het rechtsvermoeden dat de arbeidsovereenkomst een zekere omvang heeft zelf ook weerlegbaar is. Die weerlegging kan, zoals EF terecht stelt, plaatsvinden indien het werken van meer uren dan is overeengekomen niet structureel van aard is, hetgeen vooral het geval zal zijn als het meer werken slechts een korte periode betreft, die net langer is dan drie maanden. Dat zal zich bij een nul-uren contract, zoals EF met Roskell in hoofdzaak heeft gesloten, niet snel voordoen, en doet zich in casu dan ook niet voor. Onbetwist is dat Roskell structureel meer werkte dan partijen zijn overeengekomen, met uitzondering van de periode waarin een vast aantal uren is overeengekomen. Nu EF heeft gesteld dat het werk afnam door bezuinigingen en Roskell onbetwist heeft gesteld dat EF vaker met projecten werkte zodat perioden waarin hij voltijs zou kunnen werken zich meer zouden voordoen, neemt het hof bij het ontbreken van andere stellingen ter zake aan dat het gemiddeld over een jaar genomen aantal door Roskell gewerkte uren min of structureel was. Daarmee ligt de tweede grief ook voor afwijzing gereed. Het hof maakt overigens de overwegingen van de kantonrechter tot de zijne.

3.7. Met de derde en vierde grief komt EF op tegen de overweging dat een redelijke wetstoepassing met zich brengt dat per 1 september 2011 het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW wordt toegepast. EF meent dat in ieder geval de periode waarin een vast aantal uren is overeengekomen, buiten de referteperiode moet worden gehouden. Ook deze grief zal het hof verwerpen. Roskell heeft onbetwist gesteld dat EF meer met projecten werkte en dat dan ook te verwachten was dat hij weer meer uren zou werken. Overigens ligt het bij een wisselend aantal te werken uren voor de hand om een gemiddelde te berekenen over meer dan drie maanden, teneinde het gemiddelde zo nauw mogelijk aan te laten sluiten bij de werkelijke beschikbare uren. EF heeft in eerste aanleg ook gepleit voor een andere referteperiode, te weten van september 2011 tot en met februari 2012. Onder die omstandigheden ligt het in de rede om een representatieve periode vast te stellen waarin ook een deel voor het volledige aantal overeengekomen uren is gewerkt. Nu de kantonrechter dit heeft gedaan en overigens de door hem gekozen periode meer representatief lijkt voor het gewerkte aantal uren, verwerpt het hof deze twee grieven van EF.

3.8. Met haar vijfde grief richt EF zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat Roskell beschikbaar en bereid is geweest tot het verrichten van arbeid, en stelt zij dat het niet werken voor risico van Roskell dient te komen, zodat zijn loonvordering niet kan worden toegewezen. EF wijst erop dat zij wel bereid was Roskell met de bedongen arbeid te belasten, maar dat er geen werkzaamheden beschikbaar waren. Daarbij meent EF dat Roskell zich, teneinde zijn loonvordering toegewezen te kunnen krijgen, expliciet voor arbeid beschikbaar had moeten stellen. Het hof kan EF in deze stellingen niet volgen. Waar het om gaat, is dat het niet beschikbaar zijn van werk niet voor rekening van Roskell komt, maar voor rekening van EF. Dat is nu juist de kern van deze zaak. In zijn e-mailbericht van 7 maart 2012 schrijft Roskell: "(...) Yes, I certainly keep my contract. I am available for work", welk bericht, ook in de context waarin EF dat plaatst, niet anders kan worden gelezen dan als een verklaring bereid te zijn tot, en beschikbaar te zijn voor, het verrichten van de bedongen arbeid, welke mede in het licht van de eisen die de Hoge Raad stelt aan een dergelijke verklaring voor EF als voldoende duidelijk moet worden beschouwd.

3.9. In het principale appel luidt de conclusie dat de grieven van EF alle worden verworpen.

3.10. In het incidentele appel werpt Roskell twee grieven op. De eerste richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat op 15 juli 2011 geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Roskell wijst ter motivering van zijn standpunt dat op of na 15 juli 2011 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan, erop dat het onder 3.1 aangehaalde "Amendment" dat betrekking heeft op de arbeidsovereenkomst die op 15 juli 2011 van rechtswege zou eindigen eerst op 1 augustus 2011 is getekend, zodat – nog steeds volgens Roskell – er van 15 juli 2011 tot 1 augustus 2011 stilzwijgend een arbeidsovereenkomst heeft bestaan die heeft te gelden als aangegaan voor onbepaalde tijd.

3.11. Anders dan Roskell lijkt te veronderstellen geldt niet zonder meer dat een arbeidsovereenkomst tussen de periode waarop die van rechtswege zou eindigen en de datum waarop de afspraken over de voortzetting schriftelijk worden vastgelegd, stilzwijgend is voortgezet. Onbetwist heeft EF gesteld dat het "Amendment" een bevestiging is van hetgeen partijen reeds vóór 15 juli 2011 over de voortzetting van de arbeidsovereenkomst hebben besproken of ten minste dat de gesprekken over de voortzetting van de arbeidsovereenkomst na 15 juli 2011 reeds vóór die datum zijn begonnen. Reeds daarom is van een stilzwijgende voortzetting van de arbeidsovereenkomst naar het oordeel van het hof geen sprake, zodat deze grief wordt verworpen.

3.12. Met de tweede grief in het incidentele appel komt Roskell op tegen het oordeel van de kantonrechter dat de Wet Tijdelijke Verruiming Ketenregeling, hierna de "Wet TVK", niet buiten toepassing hoeft te worden gelaten, zoals dat in eerste instantie door hem uitvoerig is bepleit. Roskell wijst erop dat uit onderzoek is gebleken dat per saldo 2.400 jongeren daadwerkelijk profijt van de regeling hebben gehad en dat veel werkgevers de maatregel niet gebruikten als crisismaatregel, zodat deze wet haar doel geheel voorbijschiet. Roskell ziet een bevestiging van zijn standpunt in het vervallen van de regeling per 1 januari 2012. Roskell verwijst naar de juridische vakliteratuur ter zake, die in hoofdzaak de mening verkondigt dat de Wet TVK buiten beschouwing dient te worden gelaten. De regeling was simpelweg niet passend en noodzakelijk om de jeugdwerkloosheid terug te dringen, volgens Roskell, zodat, hoewel

de lidstaten van de Europese Unie een grote beoordelingsvrijheid toekomt, achteraf moet worden vastgesteld dat de wet in strijd is met het algemeen beginsel van Unierecht. EF stelt zich op het standpunt dat de beoordeling van de vraag of de Wet TVK in strijd is met Europees recht dient te geschieden aan de hand van de gegevens die gedurende de looptijd van de wet beschikbaar zijn, en dat de wet een legitiem doel nastreeft (te weten beperken van jeugdwerkloosheid).

3.13. In het arrest van 19 januari 2010 (C 555/07, Küçüdeveci vs Swedex) overwoog het Hof van Justitie EU (onder r.o. 33): "Volgens artikel 6, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2000/78 vormt een verschil in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie indien het in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn." In de zaak die voorlag bij het Hof van Justitie stamde de Duitse regeling waarvan het Hof oordeelde dat de nationale rechter die buiten toepassing moet laten, uit 1926. Deze nationale regeling is gebaseerd op een compromis tussen werkgevers en werknemers bij de invoering van de op anciënniteit gebaseerde berekening van de opzegtermijn, die kennelijk weinig te doen had met een legitieme doelstelling als bedoeld in artikel 6 lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2000/78. Volgens de overwegingen van het Hof van Justitie beschikken de lidstaten bij de beoordeling van de vraag of de middelen "passend en noodzakelijk" zijn om het legitieme doel te bereiken over een ruime beoordelingsvrijheid bij de keuze van de maatregelen die geschikt zijn ter verwezenlijking van hun doelstellingen op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid.

3.14. Het hof meent, met inachtneming van de hiervoor geciteerde overwegingen van het Hof van Justitie EU, dat de wetgever de ruimte toekomt om met wetgeving een poging te doen een legitiem doel te bereiken, ook als niet – op voorhand – evident is dat die wetgeving leidt tot het beoogde doel. In dat licht bezien acht het hof de Wet TVK niet in strijd met het Unierecht. Onder verwijzing naar de overwegingen van de kantonrechter, die het hof tot de zijne maakt, zal het hof het bepaalde in artikel 7:668a lid 6 BW derhalve niet buiten beschouwing laten. Dit betekent dat

de vierde tijdelijke opvolgende arbeidsovereenkomst tussen EF en Roskell niet wordt geacht te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd en dat de grief ter zake geen doel treft.

3.15. EF heeft geen feiten of omstandigheden gesteld die, indien bewezen, tot een ander oordeel moeten leiden, zodat haar bewijsaanbod als niet ter zake dienend wordt gepasseerd.

3.16. De slotsom uit het bovenstaande is dat de grieven in zowel het principale als het incidentele appel tevergeefs zijn voorgesteld en dat het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd. Het incidentele appel, dat zich blijkt het voorgaande in hoofdzaak richt tegen twee rechtsoordelen van de kantonrechter, is zonder noodzaak ingesteld, nu Roskell zijnerzijds geen verandering van het in het bestreden eindvonnis neergelegde dictum wenst en het appel slechts door Roskell in eerste aanleg betrokken stellingen herhaalt. De omstandigheid dat het incidentele appel onnodig is ingesteld, leidt er niet toe dat Roskell niet-ontvankelijk moet worden verklaard in het incidentele appel of in de kosten daarvan moet worden veroordeeld. Het hof zal zich daarom van iedere beslissing in het incidentele appel onthouden. EF zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van de procedure in het principale appel.

4. Beslissing

Het hof:
bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;
veroordeelt EF in de kosten van het geding in het principale hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Roskell begroot op € 299,= aan verschotten en € 2.682,= voor salaris advocaat;
verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

De vraag per wanneer tussen partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan en welke arbeidsomvang de arbeidsovereenkomst heeft, houdt partijen ook bij het hof verdeeld. Evenals de kantonrechter Amsterdam (12 juli 2013, «JAR» 2013/203, eveneens door mij geannoteerd), oordeelt het hof dat de Wet tijdelijke verruiming ketenregeling ('Wet tvk') kan worden toegepast en onderscheid naar leeftijd rechtvaardigt én dat de werknemer een

beroep kan doen op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. Het hof bekrachtigt vervolgens het bestreden vonnis. Ik zal eerst, ter aanvulling op de noot bij het vonnis van de kantonrechter, ingaan op de overwegingen van het hof over de Wet tvk. Vervolgens sta ik stil bij het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW.

De Wet tvk was van 9 juli 2010 tot 1 januari 2012 opgenomen in artikel 7:668a lid 6 BW en bevat de '4x4 regel' voor werknemers tot 27 jaar. De heersende opvatting in de literatuur is dat de leeftijdsgrens in de Wet tvk strijdig is met artikel 6 lid 1 van Richtlijn 2000/78 EG (D.J.B. Wolff, 'Tien jaar ketenregeling', in: *TAP* 2009/3, N.

Gundt, 'Verruiming ketenregeling een dode letter dankzij het Hof van Justitie EU?', in: *TRA* 2010, 88, afl. 2 en A.R. Houweling, 'Wet tijdelijke verruiming ketenregeling tot 27 jaar: haastige spoed is zelden goed', in: *TAP* 2010/6). Ook ik ben die mening toegedaan: de Wet tvk dient als een met het algemeen beginsel van Unierecht strijdige bepaling door de nationale rechter buiten beschouwing te worden gelaten. Het hof oordeelt anders. Het hof meent, met verwijzing naar het Küçükdeveci/Swedex-arrest (HvJ EG 19 januari 2010, «JAR» 2010/42), dat de wetgever de ruimte toekomt om met wetgeving een poging te doen een legitiem doel te bereiken, ook als niet – op voorhand – evident is dat die wetgeving leidt tot verwezenlijking van het beoogde doel. In het Mangold-arrest (HvJ EG 22 april 2005, «JAR» 2005/289) is echter geoordeeld dat een algemene leeftijdsgrens als onderscheidend criterium onvoldoende was om de noodzaak van vermindering van ontslagbescherming te legitimeren, zonder dat werd aangetoond dat de vaststelling van een leeftijdsgrens als zodanig, los van elke andere overweging ter zake van de structuur van de betrokken arbeidsmarkt en de persoonlijke situatie van de betrokkene, objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het doel. Een poging om een legitiem doel te bereiken is daarmee dus niet voldoende. De werknemer heeft gesteld dat de regeling niet passend en noodzakelijk was om het legitieme doel, te weten het terugdringen van de jeugdwerkloosheid, te realiseren. Volgens de regering was de Wet tvk een passend middel om de jeugdwerkloosheid te bestrijden, aangezien werknemers naar verwachting jongeren eerder en langer in dienst zullen houden. Die verwachting was niet gestoeld op enig empirisch gegeven. Pas achter-

af kon de Minister melden dat de Wet tvk een beperkt positief effect had gehad. Ik benadruk nogmaals (zie mijn noot bij het vonnis van de kantonrechter) dat het HvJ EG in het Age Concern arrest juist bepaalt dat de beoordelingsvrijheid van de lidstaten niet tot gevolg mag hebben dat de bescherming tegen leeftijdsdiscriminatie van haar inhoud wordt beroofd (HvJ EG 5 maart 2009, «JAR» 2009/93). Verder miskent het hof mijns inziens dat in het Küçükdeveci/Swedex-arrest is geoordeeld dat geen sprake was van een passend en noodzakelijk middel. Toepassing van de overwegingen van het arrest bij de vraag of in het geval van de Wet tvk sprake is van een passend en noodzakelijk middel, leidt naar mijn mening tot de conclusie dat dit niet het geval is. Ik verwijs korthedshalve naar de noot onder het vonnis van de kantonrechter.

Het hof moest zich ook uitlaten over de andere vraag die partijen verdeeld hield, te weten of de werknemer op enig moment een beroep kon doen op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. Het hof beantwoordt die vraag, evenals de kantonrechter in eerste aanleg, (mijns inziens terecht) bevestigend. Het hof sluit zich ook aan bij de door de kantonrechter gekozen langere referteperiode om de gemiddelde arbeidsomvang te bepalen. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat de wetgever bezorgd was over de (bewijs)positie van flexibele werknemers in het geval dat er onduidelijkheid bestaat over de omvang van de arbeidsduur (S.W. Kuip & G.S. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid, Parlementaire Geschiedenis*, Deventer: Kluwer 1999, p. 4-5). Een variabele invulling, zoals bij oproepovereenkomsten het geval is, zou er toe kunnen leiden dat de werkgever aanspraken van de werknemer op een lager niveau toekent dan redelijk of zelfs geheel onthoudt. Artikel 7:610b BW is dan ook ingevoerd met het doel om de werknemer houvast te bieden in situaties waarin de omvang van de niet of niet eenduidig is overeengekomen alsmede situaties waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur (Kuip & Scholtens, p. 22-23). De werkgever betoogt dat er niet al een beroep op het rechtsvermoeden kan worden gedaan als partijen een arbeidsovereenkomst met fluctuerende arbeidsomvang zijn overeengekomen maar dat daarvoor ook is vereist dat de afspraken onduidelijk zijn. De werkge-

ver miskent daarmee dat het rechtsvermoeden volgens de Parlementaire Geschiedenis ook van toepassing is in de situatie dat de feitelijke omvang zich structureel op een hoger niveau bevindt. Een werkgever die een goede administratie heeft kan dan ook het rechtsvermoeden ontcrachten door te wijzen op een afwijkende meer representatieve referteperiode of het ontbreken van een structureel karakter. Uit de rechtspraak blijkt dat vooral bij oproepovereenkomsten een beroep wordt gedaan op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. De oproepovereenkomst kenmerkt zich doordat de arbeidsduur juist niet of niet eenduidig is bepaald. Het is dus zaak als werkgever om zo duidelijk mogelijke afspraken te maken over de arbeidsduur in het geval van een oproepovereenkomst. In het geval van duidelijke afspraken zou alleen nog een beroep op het rechtsvermoeden kunnen worden gedaan in de situatie dat sprake is van een *structurele* overschrijding van het afgesproken aantal uren.

E.L.J. Bruyninckx

224

Gerechtshof Amsterdam
19 augustus 2014, nr. 200.142.387/01
(mr. Goslings, mr. Dun, mr. Tonkens)

Ontbindende voorwaarde in leer-arbeidsovereenkomst geldig. Einde arbeidsovereenkomst omdat werknemer is uitgeschreven van de opleiding.

[BW art. 6:21, 6:22, 7:610, 7:632]

Tussen de werknemer en werkgever is een leer-arbeidsovereenkomst gesloten op grond waarvan de werknemer met ingang van 15 november 2010 bij de werkgever in dienst is getreden als leerling Verzorgende IG. De reguliere opleidingsduur bedraagt drie jaar. De arbeidsovereenkomst is aangegaan voor de duur van de opleiding. Tevens is bepaald dat de overeenkomst van rechtswege eindigt op de laatste dag van de maand van staking van de opleiding. De opleiding is verzorgd door het ROC. Bij brief van 15 oktober 2013 heeft het ROC aan de werkneemster bericht dat zij per 30 september 2013 is uitgeschreven voor de opleiding. De werkgever heeft de werkneemster bericht dat