

beschikking

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

Uitspraak : 11 mei 2017
Zaaknummer : 200.207.917/01
Zaaknummer eerste aanleg : 5325760 \ EJ VERZ 16-576

in de zaak in hoger beroep van:

[REDACTED]
gevestigd en kantoorhoudende te [REDACTED]
appellante,
hierna aan te duiden als de [REDACTED]
advocaat: [REDACTED]

tegen

[REDACTED]
wonende te [REDACTED]
verweerster,
hierna aan te duiden als [REDACTED]
advocaat: [REDACTED]

1. Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst naar de beschikking van de kantonrechter van de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats Eindhoven van 26 oktober 2016.

2. Het geding in hoger beroep

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het beroepschrift met producties, ingekomen ter griffie op 24 januari 2017;
- het verweerschrift met producties, ingekomen ter griffie op 6 maart 2017;
- het V6-formulier met producties van de zijde van de [REDACTED] ingekomen ter griffie op 23 maart 2017;
- het procesdossier van de eerste aanleg, waaronder het proces-verbaal van de mondelinge behandeling in eerste aanleg op 6 oktober 2016;
- de op 31 maart 2017 gehouden mondelinge behandeling, waarbij zijn gehoord:
 - namens [REDACTED], bestuurslid, en [REDACTED], directeur, bijgestaan door [REDACTED]
 - [REDACTED] bijgestaan door [REDACTED]
- de ter zitting door beide advocaten overgelegde pleitaantekeningen.

2.2. Het hof heeft daarna een datum voor beschikking bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3. De beoordeling

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

3.1.1. De [REDACTED] is een basisschool voor neutraal bijzonder onderwijs te [REDACTED]

3.1.2. [REDACTED] geboren op [REDACTED] heeft blijkens de overgelegde "verzamelakte van benoemingen" vanaf 22 september 2015 een aantal korte dienstverbanden gehad bij de [REDACTED] ter vervanging van zieke docenten. Dit betreft de volgende dienstverbanden:

- 1) van 22 september 2015 tot en met 22 september 2015 (0,2306 fte);
- 2) van 28 september 2015 tot en met 29 september 2015 (0,4612 fte);
- 3) van 5 oktober 2015 tot en met 5 oktober 2015 (0,2306 fte);
- 4) van 12 oktober 2015 tot en met 16 oktober 2015 (0,7686 fte);
- 5) van 20 oktober 2015 tot en met 20 oktober 2015 (0,2125 fte);
- 6) van 23 oktober 2015 tot en met 23 oktober 2015 (0,2125 fte);
- 7) van 3 november 2015 tot en met 3 november 2015 (0,2125 fte);
- 8) van 11 november 2015 tot en met 11 november 2015 (0,1500 fte);
- 9) van 12 november 2015 tot en met 22 november 2015 (0,8500 fte);
- 10) van 23 november 2015 tot en met 29 november 2015 (0,7875 fte).

3.1.3. Op 30 november 2015 is [REDACTED] fulltime bij de [REDACTED] in dienst getreden ter vervanging van [REDACTED] wegens ziekte. Dit dienstverband duurde in eerste instantie tot en met 4 december 2015, maar is daarna meerdere malen verlengd, laatstelijk tot de meivakantie 2016 (zie hierna rov. 3.13).

3.1.4. [REDACTED] heeft steeds bij de [REDACTED] gewerkt in de functie van leraar [REDACTED] laatstgenoten salaris bedroeg € 2.728,60 bruto per maand, exclusief emolumenten.

3.1.5. De arbeidsovereenkomsten in de periode van 22 september 2015 tot en met 4 december 2015 zijn vastgelegd in een verzamelakte van benoeming. De arbeidsovereenkomsten daarna zijn niet schriftelijk vastgelegd.

3.1.6. Op de arbeidsovereenkomsten tussen [REDACTED] en [REDACTED] is de CAO Primair Onderwijs van toepassing.

3.1.7. In de CAO Primair Onderwijs (hierna CAO PO) 2014-2015 staat voor, zover van belang voor deze zaak, het volgende vermeld:

"1.6 Inwerkingtreding, looptijd en opzegging

1. De cao treedt in werking op 1 juli 2014 en loopt tot en met 30 juni 2015, behoudens het bepaalde hierna.

2. Opzegging bijzonder onderwijs

Indien ten minste zes maanden voor het verstrijken van de in het eerste lid genoemde looptijd door geen der partijen schriftelijk aan de andere partij is kenbaar gemaakt de cao op te zeggen, wordt deze geacht stilzwijgend te zijn verlengd voor telkens één jaar. Opzegging leidt terstond tot hernieuwd overleg tussen de partijen. Indien in dit overleg niet overeenstemming is verkregen over een nieuwe cao blijft deze cao van kracht tot het moment dat daarover wel een akkoord is verkregen en blijkens ondertekening is bekrachtigd.

3. (...)
(...)

Dienstverband bijzonder onderwijs

Cao-partijen beogen met de in de artikelen 3.1 t/m 3.5 opgenomen bepalingen af te wijken van artikel 7:668a [oud, toevoeging hof] Burgerlijk Wetboek (BW).
(...)

3.4 Overige gevallen

Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan in de overige gevallen plaatsvinden:

- a. (...)
- b. *bij vervanging van een tijdelijk afwezige werknemer, telkens voor ten hoogste twaalf maanden;*
- c. (...)
- d. (...)

3.5 Opeenvolgende dienstverbanden

1. *Van de dag dat tussen dezelfde werkgever en de werknemer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden, geldt met ingang van die dag de laatste benoeming als aangegaan voor onbepaalde tijd. Voorgaande volzin is van toepassing op de arbeidsovereenkomsten genoemd in de artikelen 3.3 en 3.4.*
2. (...)
3. (...)"

3.1.8. De CAO PO 2014-2015 is opgezegd op 22 december 2014.

3.1.9. Op 1 juli 2016 is de CAO PO 2016-2017 in werking getreden. In deze CAO staat, voor zover van belang voor deze zaak, het volgende vermeld:

"3.4 Overige gevallen

Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan in de overige gevallen plaatsvinden:

- a. (...)
- b. *bij vervanging van tijdelijk afwezige werknemers, telkens voor ten hoogste twaalf maanden;*
- c. (...)
- d. (...)

Arbeidsovereenkomsten specifiek ten behoeve van vervanging

Met de in artikel 3.5 opgenomen bepalingen wordt op grond van artikel 7:668a lid 5 onder b BW afgeweken van artikel 7:668a lid 1 BW.

3.5 Opeenvolgende dienstverbanden ten behoeve van vervanging

1. *Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in verband met vervanging als bedoeld in artikel 3.4 aanhef en onder b, kunnen elkaar opvolgen. De maximale duur van de som van de elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd op deze grond voor onderwijsgevend personeel en onderwijsondersteunend personeel*

met lesgebonden en/of behandeltaken bedraagt in afwijking van artikel 7:668a Burgerlijk Wetboek drie jaar. Binnen deze periode is het mogelijk zes arbeidsovereenkomsten aan te gaan.

2. (...)”

3.1.10. Op 12 april 2016 heeft er een gesprek plaatsgevonden tussen [REDACTED] voornoemd en [REDACTED] bouwcoördinator.

3.1.11. Op 9 mei 2016, de eerste dag na de meivakantie, heeft [REDACTED] om 16:36 een e-mail van [REDACTED] aan [REDACTED] van 22 april 2016 doorgestuurd aan [REDACTED] met de volgende mededeling:

*“Zie hieronder de info vanuit [REDACTED] [smiley met verdrietig gezicht]
We hebben nog even gebeld over de datum van 30 juni (2016, hof). Vanaf 1 juli treedt de WWZ in werking en gaat dus de nieuwe regelgeving van de WWZ in. Vandaar..... [smiley met verdrietig gezicht]”*

In de doorgezonden e-mail van [REDACTED] staat onder meer het volgende:

“In de telling voor de WWZ hanteren wij twee uitgangspunten:

- 1. Tijdelijke uitbreidingen tellen niet mee*
- 2. Alle aanstellingen voor de vervanging van dezelfde afwezige (mits aaneengesloten) tellen als 1 contract. De datum waarop zij 24 maanden in dienst zou zijn is 22-09-2017.*

Op basis daarvan moet ik concluderen dat [REDACTED] tot en met heden 9 contracten heeft gehad. De laatste 4 contracten voor [REDACTED] tellen als 1 contract. Dit betekent dat [REDACTED] tot 30 juni (2016, hof) nog ingezet kan worden op inval voor een afwezige zonder dat er verplichtingen ontstaan. Zetten jullie [REDACTED] na die datum in (of geven [REDACTED] een contract dat tot na die datum loopt) dan zullen jullie [REDACTED] in vaste dienst moeten nemen.

Om de keten te doorbreken is een termijn van ruim 6 maanden nodig. Dan kan [REDACTED] weer ingezet worden zonder verplichtingen.”

3.1.12. [REDACTED] heeft [REDACTED] in ieder geval op 9 mei 2016 meegedeeld dat [REDACTED] arbeidsovereenkomst eindigt op 29 juni 2016.

3.1.13. [REDACTED] heeft feitelijk bij [REDACTED] gewerkt tot en met 29 juni 2016.

3.2.1. [REDACTED] heeft in eerste aanleg primair verzocht

- a) [REDACTED] te veroordelen om [REDACTED] binnen 24 uur na de te wijzen beschikking toe te laten tot [REDACTED] school en [REDACTED] daar in de gelegenheid te stellen de overeengekomen werkzaamheden te verrichten, op straffe van een dwangsom;
- b) [REDACTED] te veroordelen om aan [REDACTED] te betalen het salaris van € 2.728,60 per maand, te vermeerderen met emolumenten, vanaf 30 juni 2016 tot het moment dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn beëindigd, te vermeerderen met de wettelijke verhoging en met de wettelijke rente;
- c) te verklaren voor recht dat [REDACTED] een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft bij [REDACTED] vanaf 12 oktober 2015, althans vanaf 1 juli 2015;
- d) de (eventuele) opzegging van de arbeidsovereenkomst door [REDACTED] te vernietigen.

Subsidiar heeft [REDACTED] verzocht [REDACTED] te veroordelen om aan [REDACTED] te betalen

een billijke vergoeding ex artikel 7:681 lid 1 BW van € 20.000,- bruto en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging ex artikel 7:672 lid 9 BW van € 2.728,60 bruto. Meer subsidiair heeft [REDACTED] verzocht [REDACTED] te veroordelen om aan [REDACTED] te betalen een billijke vergoeding ex artikel 7:673 lid 9 sub b BW van € 25.000,- bruto en een vergoeding van € 2.728,60 ten titel van één maandsalaris ex artikel 7:668 lid 3 BW omdat de [REDACTED] de aanzegverplichting niet is nagekomen. Daarnaast heeft [REDACTED] verzocht [REDACTED] te veroordelen tot betaling aan [REDACTED] van een bedrag van € 625,- aan buitengerechtelijke incassokosten en [REDACTED] te veroordelen in de proceskosten.

3.2.2. [REDACTED] heeft gemotiveerd verweer gevoerd en een zelfstandig tegenverzoek gedaan. Zij heeft verzoekt een voorlopig getuigenverhoor te bevelen, waarbij [REDACTED] en [REDACTED] als getuigen worden gehoord. Daarnaast heeft de [REDACTED] verzocht [REDACTED] in de proceskosten te veroordelen.

3.3. In de bestreden beschikking heeft de kantonrechter geoordeeld dat de nieuwe ketenregeling van de WWZ direct van toepassing is op de arbeidsovereenkomsten van [REDACTED] Artikel XXIIe lid 1 van het overgangsrecht, dat onder bepaalde voorwaarden een uitzondering maakt voor cao-afspraken, is volgens de kantonrechter niet van toepassing omdat de CAO PO 2014-2015 op 1 juli 2015 is geëxpireerd. Op basis van de nieuwe ketenregeling heeft de kantonrechter geoordeeld en voor recht verklaard dat [REDACTED] een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft bij [REDACTED] vanaf 12 oktober 2015 en [REDACTED] veroordeeld om [REDACTED] binnen één week na betekening van de beschikking toe te laten tot [REDACTED] school en [REDACTED] daar in de gelegenheid te stellen de overeengekomen werkzaamheden te verrichten, op straffe van een dwangsom. Voorts heeft de kantonrechter [REDACTED] veroordeeld om aan [REDACTED] te betalen het salaris van € 2.728,60 bruto per maand, te vermeerderen met emolumenten, verschuldigd vanaf 30 juni 2016 tot het moment dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn beëindigd, te vermeerderen met de wettelijke rente en te vermeerderen met de wettelijke rente over de gevorderde loonbedragen, en heeft de kantonrechter [REDACTED] in de proceskosten veroordeeld. Het zelfstandig verzoek van [REDACTED] heeft de kantonrechter afgewezen.

3.4. [REDACTED] heeft in hoger beroep verzoekt de bestreden beschikking te vernietigen en:

primair

- de verzoeken van [REDACTED] alsnog af te wijzen;
- te verklaren voor recht dat tussen [REDACTED] en [REDACTED] vanaf 30 juni 2016 geen arbeidsovereenkomst bestaat;
- [REDACTED] te veroordelen om aan [REDACTED] terug te betalen hetgeen de [REDACTED] aan [REDACTED] heeft betaald uit hoofde van de bestreden beschikking, te weten het netto equivalent van € 11.545,43 als nabetaling van het salaris vanaf 30 juni 2016 tot en met 31 oktober 2016, alsmede vanaf 1 november 2016 tot aan de datum van de beschikking van het hof, althans tot 1 januari 2017, het netto-equivalent van het salaris van € 2.728,60 per maand plus emolumenten, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente;

Subsidiair

- te bepalen dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen [REDACTED] en [REDACTED] vanaf 12 oktober 2015 de omvang/werktijdfactor heeft van 0,7686 met een daarbij behorend salaris van € 2.006,- bruto per maand;
- [REDACTED] te veroordelen om aan [REDACTED] terug te betalen hetgeen de

aan [REDACTED] met inachtneming van het salaris van € 2.006,- bruto per maand aan [REDACTED] te veel heeft betaald uit hoofde van de bestreden beschikking, te weten het netto equivalent van € 722,60 bruto per maand, te vermeerderen met emolumenten, vanaf 30 juni 2016 tot aan de datum van de beschikking van het gerechtshof, althans tot 1 januari 2-017, alsmede de betaalde wettelijke rente en wettelijke verhoging naar rato, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente. Voorts heeft [REDACTED] verzocht [REDACTED] te veroordelen in de proceskosten van beide instanties.

3.5. [REDACTED] heeft in hoger beroep drie grieven aangevoerd. De eerste grief richt zich tegen de afwijzing van haar zelfstandig verzoek tot het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor. De tweede grief richt zich kort gezegd tegen het oordeel van de kantonrechter dat de CAO PO 2014-2015 op 1 juli 2015 is geëxpireerd. De derde grief richt zich tegen de hoogte van het salaris dat door de kantonrechter is toegewezen.

3.6. De kern van het geschil van partijen betreft de vraag of er tussen partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. [REDACTED] stelt zich op het standpunt dat er op grond van de ketenregeling met ingang van 12 oktober 2015, althans met ingang van 1 juli 2016, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. [REDACTED] betwist dit en stelt dat de laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op 29 dan wel op 30 juni 2016 van rechtswege is geëindigd.

3.7. Het hof zal eerst beoordelen of er op 12 oktober 2015 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Tussen partijen is niet in geschil dat zij op 12 oktober 2015 de vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hebben gesloten. Voor de beantwoording van de vraag of deze arbeidsovereenkomst geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd, is van belang of op 12 oktober 2015 de nieuwe ketenregeling van de Wet Werk en Zekerheid (hierna WWZ) van toepassing was.

3.8. Het nieuwe artikel 7:668a BW is in werking getreden op 1 juli 2015 en heeft in beginsel directe werking. In artikel XXIIe van het overgangsrecht bij de WWZ wordt in lid 1 de volgende uitzondering gemaakt:
"Artikel 668a van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat artikel luidde op de dag voor het tijdstip van inwerkingtreding van artikel I, onderdeel N, van deze wet, blijft van toepassing op een op die dag geldende collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan waarin hetgeen in artikel 668a van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat artikel luidde op die dag, van toepassing is verklaard of waarin toepassing is gegeven aan artikel 668a, lid 5, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat artikel luidde op de dag voor dat tijdstip, en de arbeidsovereenkomsten waarop deze van toepassing zijn of worden, voor de duur van de looptijd van de collectieve arbeidsovereenkomst of regeling, maar ten hoogste gedurende twaalf maanden na die inwerkingtreding."

3.9. In de CAO PO 2014-2015 is gebruik gemaakt van de mogelijkheid van artikel 7:668a lid 5 BW (oud) om af te wijken van de ketenregeling zoals deze gold voor 1 juli 2015. Op de dag vóór de inwerkingtreding van artikel 7:668a nieuw BW, 30 juni 2015, was deze cao nog geldig. Dit blijkt uit artikel 1.6 lid 1 van de CAO PO 2014-2015. Op grond van artikel XXIIe van het overgangsrecht blijft het oude artikel 7:668a BW van toepassing op deze cao, en de arbeidsovereenkomsten waarop deze van toepassing is of wordt, voor de duur van de looptijd van de cao, maar ten hoogste gedurende twaalf maanden na 1 juli 2015.

3.10. Partijen twisten over de vraag wat dient te worden verstaan onder de looptijd van de cao en wat de gevolgen zijn van de opzegging van de CAO PO 2014-2015 op 22 december 2014. Volgens [REDACTED] brengt deze opzegging mee dat de looptijd van de cao op 30 juni 2015 is geëindigd (zoals ook de kantonrechter oordeelde). [REDACTED] verwijst naar artikel 1.6 lid 1 van de CAO PO 2014-2015. [REDACTED] stelt zich op het standpunt dat de looptijd van de cao is geëindigd per 1 juli 2016 en baseert zich daarbij op artikel 1.6 lid 2 van de CAO PO 2014-2015.

3.11. Het hof overweegt over de looptijd van de CAO PO 2015-2015 als volgt. Artikel 1.6 lid 1 van de CAO PO 2014-2015 bepaalt dat de cao in werking treedt op 1 juli 2014 en loopt tot en met 30 juni 2015, behoudens het bepaalde daarna. In lid 2 van artikel 1.6, dat specifiek betrekking heeft op het bijzonder onderwijs, wordt onder meer bepaald dat een tijdige opzegging leidt tot hernieuwd overleg tussen partijen en dat indien in dit overleg geen overeenstemming wordt verkregen over een nieuwe cao, deze cao van kracht blijft tot het moment dat daarover wel een akkoord is verkregen en blijkens ondertekening is bekrachtigd.

In de parlementaire geschiedenis bij artikel XXIIe van het overgangsrecht wordt in plaats van over de looptijd van de cao gesproken over de expiratedatum van de cao. Daarnaast wordt in de parlementaire geschiedenis gesproken over “het moment dat de cao (...) afloopt” en “het moment dat er een nieuwe cao is gesloten” om het moment aan te duiden dat het nieuwe artikel 7:668a BW geldt. In de parlementaire geschiedenis lijkt geen rekening te zijn gehouden met een situatie zoals de onderhavige waarin de cao bepaalt dat deze na tijdige opzegging van kracht blijft totdat er een nieuwe cao is. Het hof is van oordeel dat in het onderhavige geval onder looptijd van de cao in de zin van het overgangsrecht tevens moet worden verstaan de periode dat de cao nog van kracht is op grond van artikel 1.6 lid 2 van de cao. Het hof overweegt daartoe als volgt.

Een opzegging van een cao leidt op grond van artikel 21 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst in beginsel tot het einde van deze cao. Partijen kunnen hier echter bij cao van afwijken. Dit hebben zij gedaan met de regeling in lid 2 van artikel 1.6 van de CAO PO 2014-2015. Indien wordt gekeken naar de tekst van lid 1 en lid 2 van artikel 1.6 van de CAO PO 2014-2015 in onderlinge samenhang, is het duidelijk dat partijen daarmee hebben willen regelen dat de cao na opzegging niet eindigt, maar blijft doorlopen totdat er een akkoord over een nieuwe cao is verkregen en blijkens ondertekening is bekrachtigd. De nieuwe CAO PO 2016-2017 is getekend op 8 juli 2016 en in werking getreden per 1 juli 2016. Dit betekent dat de looptijd van de CAO PO 2014-2015 niet eerder dan per 1 juli 2016 is geëindigd. In die zin slaagt de tweede grief van [REDACTED]. Ingevolge artikel XXIIe van het overgangsrecht bij de WWZ blijft in dat geval artikel 7:668a BW, zoals dat luidde vóór 1 juli 2015, van toepassing op de CAO PO 2014-2015 en de arbeidsovereenkomsten waarop deze van toepassing is tot 1 juli 2016.

3.12. In de CAO PO 2014-2015 is op grond van vijfde lid van artikel 7:668a lid 5 oud BW afgeweken van de in dit artikel neergelegde ketenregeling. Op grond van artikel 3.5 van de CAO PO 2014-2015 ontstaat er pas een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd indien de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden. [REDACTED] is voor het eerst in dienst getreden bij [REDACTED] op 22 september 2015. Op 12 oktober 2015 was er nog geen periode van 36 maanden verstreken en er is derhalve op die datum geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan.

3.13. Het hof zal vervolgens beoordelen of er op 1 juli 2016 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. De arbeidsovereenkomst tussen partijen gesloten op 4 december

2015 ter vervanging van [REDACTED] is verschillende malen verlengd. Partijen zijn het er over eens dat deze arbeidsovereenkomst op enig moment is verlengd tot de meivakantie in 2016 en dat de arbeidsovereenkomst daarna opnieuw is verlengd. Partijen twisten over de vraag wat zij als einddatum van deze laatste arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen. [REDACTED] stelt dat is overeengekomen dat zij zou werken tot 22 juli 2016, de start van de zomervakantie. Dit heeft volgens haar tot gevolg dat er met ingang van 1 juli 2016 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan op grond van de CAO PO 2016-2017. [REDACTED] stelt dat is overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst zou eindigen op 29 dan wel 30 juni 2016 en dat de arbeidsovereenkomst op die datum van rechtswege is afgelopen. Volgens haar is er geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan.

3.14. Indien het standpunt van [REDACTED] juist is dat 22 juli 2016 is overeengekomen als einddatum van de arbeidsovereenkomst, rijst eerst de vraag of het nieuwe artikel 7:668a BW per 1 juli 2016 direct van toepassing is op de lopende arbeidsovereenkomst of pas als na afloop van die arbeidsovereenkomst een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangegaan. Het antwoord op deze vraag volgt uit de volgende passage uit de memorie van toelichting bij artikel XXIIe:

"Voor arbeidsovereenkomsten die ná het tijdstip van de inwerkingtreding van de desbetreffende onderdelen van deze wet worden aangegaan, en waarop een collectieve arbeidsovereenkomst of regeling als bedoeld in het tweede lid [hof: het huidige eerste lid van artikel XXIIe] van toepassing is, is niet geregeld dat het nieuwe artikel 7:668a BW pas gaat gelden als na afloop van die arbeidsovereenkomst een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangegaan. Op die lopende arbeidsovereenkomst is het nieuwe artikel 7:668a onmiddellijk van toepassing na ontneming van anderhalf jaar [hof: deze periode is later gewijzigd in twaalf maanden] of vanaf het moment dat er een nieuwe cao is gesloten (na inwerkingtreding van de relevante bepalingen).

Als er bijvoorbeeld een cao van toepassing is waarin wordt afgeweken van artikel 7:668a BW, kan het zich voordoen dat er na het tijdstip van inwerkingtreding van het gewijzigde artikel 7:668a BW nog een opvolgende arbeidsovereenkomst voor een bepaalde periode wordt aangegaan, die, als de cao er niet was geweest, ertoe geleid zou hebben dat de arbeidsovereenkomst zou gelden als aangegaan voor onbepaalde tijd. Het tweede lid [hof: het huidige eerste lid van artikel XXIIe] bepaalt echter dat het nieuwe artikel 7:668a BW tijdelijk nog niet van toepassing is. Na expiratie van de cao, of na ten hoogste anderhalf jaar [hof: deze periode is later gewijzigd in twaalf maanden], wordt het nieuwe artikel 7:668a BW wel direct van toepassing. Als de arbeidsovereenkomst die met toepassing van het tweede lid [hof: het huidige eerste lid van artikel XXIIe] na het tijdstip van inwerkingtreding van het gewijzigde artikel 7:668a BW is aangegaan op dat moment nog loopt, of wordt voortgezet, dan wordt deze beoordeeld volgens het nieuwe artikel 7:668a BW, en een eventuele nieuwe cao, als die er dan is. Dit leidt er mogelijk toe dat de arbeidsovereenkomst op dat moment toch kan gelden als aangegaan voor onbepaalde tijd" (Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 128-129).

Uit deze passage blijkt dat indien het standpunt van [REDACTED] ten aanzien van de overeengekomen einddatum juist is, het nieuwe artikel 7:668a BW op 1 juli 2016 direct van toepassing is op de lopende arbeidsovereenkomst tussen partijen.

3.15. In de CAO PO 2016-2017 is op grond van het nieuwe artikel 7:668a lid 5 onder b BW afgeweken van het bepaalde in artikel 7:668a lid 1 BW. Op grond van artikel 3.5. lid 1 van de CAO PO 2016-2017 geldt voor arbeidsovereenkomsten zoals die tussen [REDACTED] en [REDACTED] een maximaal aantal van zes arbeidsovereenkomsten in de duur van drie jaar. Op 1 juli was het maximale aantal van zes arbeidsovereenkomsten tussen partijen reeds

ruimschoots overschreden. Dit betekent dat indien partijen 22 juli 2016 als einddatum van de laatste arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen, deze arbeidsovereenkomst met ingang van 1 juli 2016 geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd.

3.16. De stelling van [REDACTED] dat 22 juli 2016 als einddatum van de laatste arbeidsovereenkomst is overeengekomen, is gemotiveerd betwist door [REDACTED]. Volgens [REDACTED] heeft er op 12 april 2016 een gesprek plaatsgevonden tussen [REDACTED], [REDACTED] en [REDACTED] en is tijdens dat gesprek aan [REDACTED] meegedeeld dat een volgende verlenging van de arbeidsovereenkomst in verband met de WWZ moest eindigen per of op 30 juni 2016. [REDACTED] heeft dit weer betwist en gesteld dat er alleen onduidelijkheden bestonden over de vraag of de arbeidsovereenkomst na de zomervakantie, in verband met de WWZ, nog wel voor onbepaalde tijd kon worden aangegaan. De [REDACTED] heeft tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep over het gesprek op 12 april 2016 nog verklaard dat zij in beginsel wel wilde verlengen tot het begin van de zomervakantie (22 juli 2016), maar dat ze nog zouden informeren bij [REDACTED] of dat in verband met de WWZ mogelijk zou zijn. Er is na het gesprek van 12 april 2016 vervolgens bij administratiekantoor [REDACTED] gevraagd of er toch nog mogelijkheden waren. Op 9 mei 2016 heeft [REDACTED] de antwoorden van [REDACTED] per e-mail aan [REDACTED] doorgestuurd. Aldus werd vastgesteld en daarmee overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst van na de meivakantie zou duren tot eind juni 2016, aldus de [REDACTED].

3.17. De bewijslast van de stelling van [REDACTED] als oorspronkelijk eiseres dat niet 29 of 30 juni 2016 maar 22 juli 2016 als einddatum van de laatste arbeidsovereenkomst is overeengekomen rust ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv in beginsel op [REDACTED] nu zij zich beroept op de rechtsgevolgen die daaruit voortvloeien en [REDACTED] deze datum gemotiveerd heeft betwist.

Het hof is echter van oordeel dat gelet op de volgende omstandigheden uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Op grond van artikel 7:655 lid 1 sub e jo. lid 3 BW heeft een werkgever de wettelijke verplichting om binnen een maand na aanvang van de werkzaamheden een schriftelijke of elektronische opgave te verstrekken van de duur van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Deze opgave kan ingevolge lid 2 van artikel 7:655 BW achterwege blijven als de duur van de arbeidsovereenkomst wordt vermeld in een schriftelijke arbeidsovereenkomst of in een salarisstrook in de zin van artikel 7:626 BW. De verlengingen van de arbeidsovereenkomst van 30 november tot en met 4 december 2015 zijn door [REDACTED] niet schriftelijk vastgelegd in een akte van benoeming, noch op andere wijze. In de salarisstrook van mei 2016 wordt als einddatum van het dienstverband vermeld 22 juli 2016. [REDACTED] voert echter aan dat de einddatum in de salarisstrook van mei 2016 abusievelijk onjuist is vermeld en dat dit is hersteld in de salarisstrook van juni 2016.

Het hof is van oordeel dat [REDACTED] gelet op al het voorgaande haar verplichtingen op grond van de wet en als goed werkgever om schriftelijk duidelijkheid te verschaffen over de duur van de arbeidsovereenkomst heeft verwaarloosd. Die verplichting geldt mede om onduidelijkheid over de duur van de arbeidsovereenkomst te voorkomen. Daarmee heeft [REDACTED] in een onredelijke zware bewijspositie gebracht ten aanzien van de overeengekomen duur van de arbeidsovereenkomst. Het hof is van oordeel dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat de bewijslast – en daarmee het bewijsrisico – in de gegeven omstandigheden moet worden omgekeerd en ten laste van [REDACTED] moet worden gebracht. Het hof zal [REDACTED] in de gelegenheid stellen te bewijzen dat 29 of 30 juni 2016 als einddatum van de laatste arbeidsovereenkomst is overeengekomen. Nu de bewijslast op [REDACTED] rust, is

het onvoldoende als zij enkel de stelling van [REDACTED] ontzenuwt.

3.18. In afwachting van de bewijslevering houdt het hof iedere verdere beslissing aan. Nu in de onderhavige beschikking het principiële geschil van partijen met betrekking tot artikel XXIIe van het overgangsrecht bij de WWZ is beslecht, geeft het hof partijen in overweging met elkaar in overleg te treden over een oplossing in der minne.

4. De beslissing

Het hof:

laat [REDACTED] toe feiten en omstandigheden te bewijzen die de conclusie rechtvaardigen dat 29 of 30 juni 2016 als einddatum van de laatste arbeidsovereenkomst is overeengekomen;

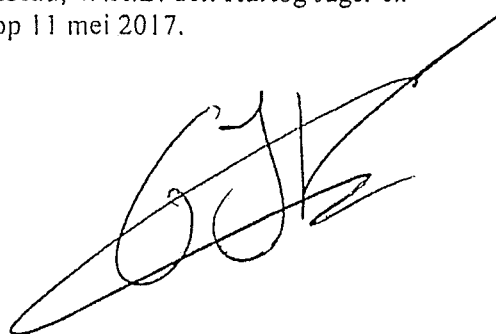
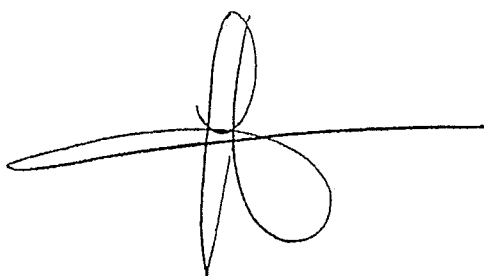
bepaalt, voor het geval [REDACTED] bewijs door getuigen wil leveren, dat getuigen zullen worden gehoord ten overstaan van mr. P.P.M. Rousseau als raadsheer-commissaris, die daartoe zitting zal houden in het Paleis van Justitie aan de Leeghwaterlaan 8 te 's-Hertogenbosch op een door deze te bepalen datum;

bepaalt dat [REDACTED] uiterlijk 1 juni 2017 schriftelijk opgave dient te doen van het aantal getuigen en van de verhinderdata van partijen zelf, hun advocaten en de getuige(n) in de maanden juni, juli, augustus en september 2017;

bepaalt dat de advocaat van [REDACTED] tenminste zeven dagen voor het verhoor de namen en woonplaatsen van de te horen getuigen zal opgeven aan de wederpartij en aan de civiele griffie;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Deze beschikking is gegeven door mrs. P.P.M. Rousseau, W.H.B. den Hartog Jager en D.J.B. de Wolff en is in het openbaar uitgesproken op 11 mei 2017.



VOOR GROSSE/AESCHRIFT
Afgegeven aan: [REDACTED]
DE GRIFFIER VAN HET GERECHTSHOF
TE 's-HERTOGENBOSCH
D.D.: 11-05-2017

