

University of Groningen

**Case note: ECLI:EU:C:2022:361**

Voogsgeerd, Herman

*Published in:*

TRA: Tijdschrift Recht en Arbeid

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2022

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Voogsgeerd, H. (2022). Case note: ECLI:EU:C:2022:361. TRA 2022/64. Casenote over: Hof van Justitie Europese Unie, 05/05/2022, ECLI:EU:C:2022:361 TRA: *Tijdschrift Recht en Arbeid*, 14(8/9), 35-37.

#### **Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### **Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

zaam is in een onderneming om voldoende kennis en ervaring op te bouwen om op een adequate wijze te kunnen participeren in de medezeggenschap. Dit brengt mij tot een meer fundamentele vraag: moet de WOR überhaupt wel mee-evalueren met de flexibilisering van de arbeidsmarkt? Of ligt het meer op de weg van de wetgever te stimuleren dat werkgevers meer duurzame arbeidsrelaties aangaan met werknemers? Werknemers beschikken dan over meer tijd om voldoende kennis en ervaring op te bouwen, doch zullen zij eveneens meer binding krijgen met de onderneming. Het antwoord op deze vraag laat ik voor nu in het midden. Graag geef ik de opdracht mee zelf een antwoord op deze vraag te formuleren, of op zijn minst eens na te denken over deze materie.

Mr. R.D. Poelstra

## Europees arbeidsrecht

### TRA 2022/64

Hof van Justitie van de Europese Unie 5 mei 2022, C-265/20 m.nt. mr. dr. H.H. Voogsgaard

Richtlijn 97/81/EG, clause 4, lid 1; Richtlijn 1999/70/EG, clause 4, lid 1

ECLI:EU:C:2022:361

#### **Automatische vaste aanstelling voorbehouden aan academisch personeel met een voltijdse onderwijsopdracht?**

##### **Feiten**

In tweede aanleg stelt het Hof van Beroep in Antwerpen vier prejudiciële vragen over de uitleg van clause 4, lid 1 van zowel de Richtlijn 97/81/EG, de raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid, als Richtlijn 1999/70/EG, de raamovereenkomst met betrekking tot arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Het onderliggende geschil is er tussen FN, een hoogleraar zee- en transportrecht, en de Universiteit Antwerpen, een voormalige vicerector, een voormalige rector en voormalige decanen van die universiteit. FN was twintig jaar werkzaam in verschillende opeenvolgende tijdelijke en deeltijdsbetrekkingen als assistent-docent, doctor-assistent, navorser, hoofddocent en laatstelijk als hoogleraar bij deze universiteit en haar rechtsvoorgangers. Hij is nooit vast benoemd. In 2009 wordt zijn aanstelling verminderd van 50% tot 15% bij de Faculteit Economische wetenschappen en van 10% tot 5% bij de Faculteit Rechtsgeleerdheid. FN ziet in deze vermindering van zijn onderwijsopdracht een verkapte sanctie voor het uiten van kritiek op de afbouw van zijn vakgebied. Hij eist schadevergoeding van de Universiteit wegens buitencontractuele aansprakelijkheid en, subsidiair, wegens

onrechtmatig ontslag. Hij is van oordeel werkzaam te zijn geweest op een 'nepstatuut', dat strijdig is met de vorenoemde bepalingen van Unierecht. Collega's in een vergelijkbare situatie zouden in aanmerking zijn gekomen voor een vaste benoeming. Het geschil gaat over de nationale bepaling van artikel 9 van het universiteitsdecreet betreffende universiteiten in de Vlaamse Gemeenschap. Deze bepaling maakt onderscheid tussen leden van het academisch personeel met een 'voltijdse opdracht' en leden met een deeltijdse opdracht. Terwijl de eerste categorie volgens de bepaling vast benoemd kan worden, kan de tweede categorie ofwel vast benoemd worden, ofwel opnieuw in tijdelijke dienst worden aangesteld voor ten hoogste zes jaar. Voor een vaste benoeming is een aanstellingsomvang van ten minste 50% nodig. FN, die niet langer aan dit laatste criterium voldoet, klaagt tegen de ongelimiteerde beleidsvrijheid van het bestuur van de universiteit. Het Hof van Beroep stelt vier vragen aan het Europese Hof die ik hier volledig weergeef.

De vragen luiden of de Belgische regeling of administratieve praktijk in strijd is met de genoemde EU-bepalingen:

- wanneer een hoogleraar op basis van beleidsvrijheid gedurende twintig jaar tewerk is gesteld op grond van een twintigtal opeenvolgende, kortlopende en deeltijdse arbeidsovereenkomsten en statutaire aanstellingen van een tot drie jaar, zonder enige beperking in het totaal aantal verlengingen, terwijl andere collega's met vergelijkbare opdrachten een vaste en voltijdse benoeming krijgen;
- wanneer in een personeelsstatuut slechts een algemene minimumlimiet van een tewerkstellingspercentage van 50% bepaald wordt om in aanmerking te komen voor een vaste benoeming, maar geen enkel criterium vastgesteld is op basis waarvan de voor 50% of meer tewerkgestelde deeltijdse personeelsleden vast benoemd dan wel deeltijds aangesteld worden;
- wanneer aan een deeltijdse hoogleraar aanstellingspercentages toegekend worden op grond van onbeperkte beleidsvrijheid, zonder objectieve criteria vast te leggen, en zonder enige objectieve werklastmeting toe te passen;
- wanneer een tijdelijk en deeltijds hoogleraar, in het geval zijn tewerkstelling op basis van de 'beleidsvrijheid' van de universiteit niet meer wordt hernieuwd, het recht ontzegd wordt zich op het beweerdelijke abusieve karakter van tewerkstellingsvoorwaarden uit het verleden te beroepen, omdat hij die voorwaarden telkens zou hebben aanvaard door het opgelegde werk uit te voeren, zodat hij de bescherming van het Unierecht verbeurt.

#### **Oordeel Hof van Justitie van de Europese Unie**

De eerste en de vierde vraag zijn niet-ontvankelijk, omdat in de verwijzingsbeslissing van het Hof van Beroep de feitelijke en juridische context onvoldoende zijn weergege-

ven. De eerste prejudiciële vraag handelt expliciet over het non-discriminatiebeginsel. Om een antwoord te kunnen geven op mogelijke strijd met dit beginsel moet er voldoende informatie beschikbaar zijn over de groep voltijdse academische personeelsleden met een vast contract die vergeleken moet worden met de groep waarvan FN deel uitmaakt. Die informatie is niet uit de verwijzingsbeslissing te halen. De vierde vraag is niet te beantwoorden, omdat niet duidelijk is geworden uit die beslissing waarom FN zich niet met succes kon beroepen op het Unierecht om het volgens hem abusieve karakter van de tewerkstellingsvoorwaarden uit het verleden aan te kunnen tonen.

Het Hof van Justitie van de EU beperkt het antwoord tot de tweede en de derde vraag.

De derde vraag wordt vrij kort afgedaan. Het Hof verwijst naar clause 3, lid 1 van de raamovereenkomst betreffende deeltijders. Daarin wordt een ruime definitie van deeltijders gegeven. Nadere eisen met betrekking tot de eventueel vereiste berekeningswijze van het percentage om van deeltijders te kunnen spreken worden door de Richtlijn 97/81/EG niet gesteld. Het nationale recht kent een zekere vrijheid toe aan de academische autoriteiten bij de benoeming van leden van het academisch personeel. Het conflict is blijkbaar ontstaan omdat de vermindering van de percentages door FN te verrichten onderwijs niet op objectieve gronden is geschied.

Het antwoord op de tweede vraag is van fundamenteel belang. Het automatisch vast benoemen van een voltijds medewerker is in strijd met clause 4, lid 1 van de Richtlijn 97/81/EG en de daarin vervatte raamovereenkomst voor deeltijdwerk, wanneer dit bij deeltijders slechts optioneel is. Een ongelijke behandeling kan gerechtvaardigd worden door een objectieve reden. Het lijkt dat er in het Vlaamse universiteitsdecreet geen objectieve reden aanwezig is van de ongelijke behandeling van deeltijders. Dit moet echter wel door het nationale vragende Hof van Beroep worden bevestigd. Het is de vraag of een objectieve rechtvaardiging in een decreet wel voldoende is. Het Hof merkt immers op dat een objectieve reden niet in een algemene abstracte regeling of een cao mag worden vastgelegd, maar dat dit moet blijken uit precieze en concrete gegevens.

### Commentaar

Het Hof heeft besloten deze zaak, na Advocaat-Generaal Bobek te hebben gehoord, zonder conclusie af te doen. Het arrest betreft de grenzen aan de beleidsvrijheid van academische besturen bij het aannemen van vast personeel. Die beleidsvrijheid blijkt zeer ruim te zijn. Richtlijn 97/81/EG lijkt deze vrijheid op geen enkele manier te beperken. Het is alleen niet toegestaan om een vaste benoeming alleen voor voltijders mogelijk te maken en dat bij

deeltijders open te laten. Het maken van onderscheid uitsluitend op grond van deeltijd is niet toegestaan. Een ongelijke behandeling van deeltijders kan echter wel weer objectief gerechtvaardigd worden. Deze objectieve rechtvaardiging lijkt in deze Vlaamse zaak volledig te ontbreken. Waarom iemand die voor 49% of minder van de werkweek werkzaam is geen vaste aanstelling kan krijgen blijft volstrekt onduidelijk. Vermindering in omvang of opheffing van een leerstoel komt natuurlijk voor, ook in Nederland. Legitieme redenen kunnen zijn het teruglopen van aantallen studenten of wijzigingen in het onderwijs- of onderzoeksprofiel van een faculteit. Er is ook onvoldoende informatie voorhanden over de achtergrond van dit universiteitsdecreet. Een deeltijdsaanstelling aan de universiteit, ook voor hoogleraren, lijkt me toch een zeer normale zaak te zijn.

Bij de rechtvaardiging van een slechtere behandeling van deeltijders moet ik altijd weer denken aan het oude arrest *Bilka Kaufhaus* uit 1986 (ECLI:EU:C:1986:204), waarin het Hof als rechtvaardigingsgrond van indirecte discriminatie op grond van geslacht 'een echte behoefte van de onderneming' accepteerde. Die echte behoefte bestond uit een beleid om zo weinig mogelijk deeltijders te werk te stellen in het warenhuis, aangezien deeltijders gewoonlijk zouden weigeren om laat in de middag en op zaterdag te werken. Een warenhuis moet immers de aanwezigheid van voldoende werknemers tijdens deze specifieke perioden kunnen verzekeren. Het geschil betrof de toelating tot een bedrijfspensioenregeling van het bedrijf. In een contractuele regeling tussen de onderneming en de ondernemingsraad stond dat toegang niet mogelijk is voor deeltijders. Werkneemster in deze zaak meende dat het een werkgever vrij staat voor voltijders te kiezen, maar dat wanneer deeltijders eenmaal zouden zijn aangenomen, deze werknemers in deeltijd gelijk behandeld moeten worden. In 1986 lijkt het Hof nog een discriminerende behandeling van deeltijders te accepteren op de grond van een doelmatige bedrijfsvoering. Het is de vraag of deze uitkomst uit 1986 ook na de inwerkingtreding van Richtlijn 97/81/EG nog door de beugel zou kunnen. De rechtvaardigingsgrond van de echte behoefte van een onderneming zou wellicht nog acceptabel kunnen zijn, maar er moet ook voldaan zijn aan geschiktheid en noodzakelijkheid van dit ondernemingsbeleid en er was ten tijde van deze zaak al vastgesteld dat dit personeelsbeleid geen noodzakelijk karakter had.

Het is bekend dat een objectieve reden om deeltijders anders te behandelen dan voltijders aan eisen moet voldoen. De objectieve reden moet concreet zijn en het is niet voldoende dat deze in een abstracte regeling zoals een wettelijke regeling, een universiteitsdecreet, een bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst, een contractuele regeling tussen een onderneming en een ondernemingsraad of in een algemene ondernemingspraktijk geregeld is. Onvoldoende is bijvoorbeeld een bepaling in een collectieve

arbeidsovereenkomst in de gevoegde zaken *OH en ER/ Agencia Estatal de la Administracion Tributaria* (AEAT) (ECLI:EU:C:2019:858), waarbij niet-gewerkte tijdvakken niet werden meegerekend bij de berekening van anciënniteit om voor een bepaald complement op de beloning in aanmerking te komen. Deeltijders, meestal vrouwelijke werknemers, werden hierdoor benadeeld. De Spaanse vragen stellende rechter was van mening dat het pro rata temporis principe hier niet goed zou zijn toegepast en het Hof volgt deze rechter hierin. Aan een objectieve rechtvaardiging worden dus nogal wat eisen gesteld, afgezien nog van de geschiktheid en de noodzakelijkheid om het doel te bereiken.

Op de Richtlijn 1999/70/EG betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gaat het Hof niet nader in. Dat kan wellicht verklaard worden doordat het pijnpunt in de onderhavige zaak toch echt bij de (vermindering van) aanstelling in deeltijd zit. De veelvuldige verlengingen van de aanstelling van FN spelen in de context van het geschil vrijwel zeker wel mee. Het is echter de vraag wat het Hof hier had moeten antwoorden boven de al gegeven antwoorden in een zaak als *Kücük* (ECLI:EU:C:2012:39). Het verschil met mevrouw Kücük is overigens wel dat zij verschillende deeltijdbanen bij verschillende afdelingen had, terwijl FN bij dezelfde universiteit werkzaam is geweest. Veelvuldig verlengen is toegestaan, alleen moet wel bij elke verlenging duidelijk gemaakt worden dat een tijdelijk karakter van de arbeidsovereenkomst nog steeds te rechtvaardigen valt.

*Mr. dr. H.H. Voogsgeerd*

## Socialezekerheidsrecht

### TRA 2022/65

Centrale Raad van Beroep 2 december 2021, 19/822 WIA m.nt. mr. P.S. Fluit

Art. 25 en 65 WIA

NJB 2022/33

RSV 2022/8

ABkort 2021/715

ECLI:NL:CRVB:2021:3047

#### Spoor 1 of 2?

##### Feiten

Gerechtsambtenaar is voor 32 uur werkzaam bij de rechtbank en meldt zich op 3 september 2015 ziek. Bij de beoordeling van de WIA-aanvraag oordeelt het UWV dat de werkgever tekortgeschoten is in de re-integratie en legt

een loonsanctie op. Het eerste spoor, re-integratie binnen de eigen organisatie of onderneming is onvoldoende onderzocht. De werknemer is binnen de eigen rechtbank re-integratie-inspanningen gaan verrichten, maar die hebben niet geleid tot duurzame herplaatsing. Werknemer is sinds 30 mei 2017 gedetacheerd bij de Universiteit Utrecht.

De werkgever (gerechtsbestuur van de rechtbank) gaat in bezwaar. Het bezwaar wordt ongegrond verklaard en de rechtbank, sector bestuursrecht, oordeelt het beroep ongegrond en verwijst naar art. 40b lid 2 ARAR waarin bepaald is dat het bevoegd gezag in het kader van het eerste spoor binnen sector Rijk moet worden uitgevoerd.

#### Oordeel Centrale Raad van Beroep

De Raad oordeelt dat de inspanningen van de werkgever onvoldoende zijn, maar niet omdat spoor 1 te smal is gemaakt. De werkgever had eerder spoor 2 moeten inzetten. Anders dan UWV en rechtbank, sector bestuursrecht oordeelden, oordeelt de Raad dat spoor 1 in dit geval is beperkt tot de specifieke rechtbank.

De Raad let daarbij op de Werkwijzer Poortwachter en art. 25 Wet RO, nader uitgewerkt in art. 1 Besluit uitoefening rechtspositionele bevoegdheden gerechtsambtenaren en ambtenaren bureau Raad voor de Rechtspraak. De Raad stelt vast dat de bevoegdheid tot herplaatsing, aanpassing van een functie of creëren van een nieuwe functie gelegen is bij de rechtbank (en niet bij de Rechtspraak). Binnen de Rechtspraak functioneert de rechtbank in overwegende mate als zelfstandig organisatieonderdeel: met een eigen begroting, eigen personeelsafdeling en eigen vacature- en aannamebeleid.

#### Commentaar

1. Wat is de omvang van spoor 1? In art. 7:658a BW staat dat bij de re-integratie eerst gezocht moet worden naar hervatting in eigen werk al dan niet met aanpassingen. Lukt dat niet, dan moet werkgever zoeken naar passend werk binnen de onderneming en als die mogelijkheden er niet zijn, dan dient de werkgever spoor 2 in te zetten, re-integratie buiten de eigen onderneming. Spoor 2 dient in beginsel uiterlijk binnen zes weken na het eerste ziektejaar te worden ingezet. In de onderhavige uitspraak stond niet ter discussie dat de bij de universiteit Utrecht verrichte werkzaamheden als tweede spoor re-integratie moesten worden aangemerkt. Wel was duidelijk dat deze activiteiten in het tweede spoor te laat (na zo'n 15 maanden ziekte) waren ingezet. In deze annotatie ga ik dieper in op de vraag of de verplichting van de werkgever de zieke werknemer in het eerste spoor te re-integreren zich beperkt tot re-integratie-activiteiten bij de eigen rechtbank, of bij 'de rechtspraak als zodanig'.