

# WWZ en gelijke behandeling

## ArbeidsRecht 2014/61

**Eén van de doelstellingen van de Wet werk en zekerheid (WWZ) is volgens de considerans het bevorderen van rechtsgelijkheid.<sup>2</sup> Vooroordelen moeten worden weggenomen en leeftijdsdiscriminatie moet worden bestreden.<sup>3</sup> Bron van inspiratie lijkt het recht op gelijke behandeling bij de arbeid te zijn geweest. In dit artikel wordt besproken of de WWZ recht doet aan de verplichtingen die volgen uit de gelijke behandelingsregelgeving.**

### 1. Het kader

Ter bepaling van de gedachten bij het lezen van dit artikel eerst kort het volgende. Uit nationale en internationale regelgeving volgt dat er, onder andere, geen onderscheid gemaakt mag worden:

- op grond van leeftijd;<sup>4</sup>
- op grond van een verschil in arbeidsduur;<sup>5</sup>
- op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst.<sup>6</sup>

Ieder verbod kent een eigen reikwijdte. Zo is onderscheid naar arbeidsduur niet toegestaan in de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet dan wel opgezegd. Ten aanzien van werknemers met een contract voor bepaalde of onbepaalde tijd is het verbod beperkt tot onderscheid in de arbeidsvoorwaarden. Het verbod op onderscheid naar leeftijd kent een eigen reikwijdte, het verbod geldt onder meer voor het aangaan en het beëindigen van een arbeidsverhouding en de arbeidsvoorwaarden.

Het maken van onderscheid is soms toegestaan. Wanneer dit het geval is, hangt af van de betreffende bepaling. Onderscheid maken is toegestaan op het moment dat dit objectief gerechtvaardigd is.

### 2. Onderscheid in de WWZ

De WWZ introduceert een aantal regels met een koppeling naar bovengenoemde gronden: arbeidsduur, tijdelijkheid van de overeenkomst en leeftijd. Het gaat hier onder meer om:

- het concurrentiebeding (bepaalde/onbepaalde tijd);
- de ketenregeling (leeftijd en arbeidsduur);
- het pensioenontslag (leeftijd);
- ontslagvolgorde bij bedrijfseconomisch ontslag (bepaalde/onbepaalde tijd, arbeidsduur, man/vrouw);
- transitievergoeding (bepaalde/onbepaalde tijd, leeftijd).

### 3. Het concurrentiebeding

Ter bescherming van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mag een concurrentiebeding vanaf 1 januari 2015 in principe slechts worden overeengekomen in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Voor het onderscheid tussen bepaalde en onbepaalde tijd is bewust gekozen. De onzekerheid van het tijdelijke contract in combinatie met de beperking door een concurrentiebeding, levert volgens de wetgever een dubbel nadeel op en dit moet worden voorkomen.<sup>7</sup> Er is overwogen te bepalen dat een concurrentiebeding niet is toegestaan in alle arbeidsovereenkomsten met een beperkte duur, ongeacht of het voor bepaalde of onbepaalde tijd is. Daarvoor is echter niet gekozen als gevolg van het dubbele nadeel, dat niet geldt voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd.<sup>8</sup>

Met de nieuwe bepaling wordt onderscheid gemaakt naar tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst.<sup>9</sup> Nu de bepaling dient ter bescherming van werknemers met een tijdelijke arbeidsovereenkomst, kan de vraag worden opgeworpen of sprake is van verboden onderscheid. De aanpassing van de wettelijke regeling voor het concurrentiebeding beoogt immers bescherming van dezelfde groep. Destijds is echter door de wetgever overwogen dat het verbod op onderscheid geldt zowel bij benadeling als bij bevoordeling van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.<sup>10</sup> Dit volgt op zich niet uit de richtlijn en de raamovereenkomst, maar bij de implementatie is er bewust voor gekozen om art. 7:649 BW zo te formuleren dat het geldt voor ieder onderscheid. Dat betekent dat ook bij een gunstiger behandeling van tijdelijke arbeidsovereenkomsten, sprake is van een

1 Mr. E.T. Visser en mr. R.M.R. Ngalle zijn advocaat respectievelijk paralegal bij AKD te Amsterdam.

2 Hierin staat onder meer "dat het wenselijk is om het ontslagrecht te vereenvoudigen, de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid bij ontslag te bevorderen, de vergoeding bij ontslag te beperken en aanwending daarvan voor snelle werkherovating te bevorderen, dat het wenselijk is de rechtspositie van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en met een arbeidsovereenkomst met wisselende uren te versterken", *Stb* 2014, 216.

3 *Kamerstukken II*, 2013/14, 33818, nr. 54, item 9, p. 17.

4 Richtlijn 2000/78/EG en Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd.

5 Richtlijn 97/81/EG en art. 7:648 BW, terug te voeren op art. 141 EG (voorheen art. 119 EEG-Verdrag) en de daarop gebaseerde richtlijnen met betrekking tot een verbod van onderscheid naar geslacht.

6 Art. 7:649 BW, implementatie van Richtlijn 1999/70/EG.

7 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 16-17.

8 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 18.

9 Een concurrentiebeding valt voorts te beschouwen als arbeidsvoorwaarde in de zin art. 7:649 BW. Zo volgt uit de parlementaire geschiedenis dat het non-discriminatiebeginsel ook van toepassing is op arbeidsvoorwaarden die betrekking hebben op het einde van de arbeidsovereenkomst omdat er in de aan richtlijn 1999/70/EG ten grondslag liggende raamovereenkomst geen onderscheid wordt gemaakt naar de aard van de arbeidsvoorwaarden. *Kamerstukken II* 2001/02, 27661, nr. 10, p. 6.

10 *Kamerstukken II* 2000/01, 27661, nr. 3, p. 9.

onderscheid en dat dient te worden gekeken of dit objectief kan worden gerechtvaardigd.

De achterliggende ratio (het dubbele nadeel) duidt op een legitiem doel. De parlementaire geschiedenis laat zien dat is gekeken naar alternatieven, gezien de overweging een concurrentiebeding niet toe te staan in alle kortdurende contracten. Daarmee zou kunnen worden onderbouwd dat sprake is van een legitiem doel en dat de gekozen middelen passend en noodzakelijk zijn.

Er is echter een ander obstakel. Richtlijn 1999/70/EG heeft als doel het scheppen van een algemeen kader dat de gelijke behandeling van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd garandeert door: i) hen tegen discriminatie te beschermen; en ii) misbruik te voorkomen als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.<sup>11</sup> Achterliggende gedachte van de richtlijn is dat het hebben van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de te prefereren situatie is. Zo wordt in de preambule van de aan Richtlijn 1999/70/EG ten grondslag liggende raamovereenkomst overwogen: 'dat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de normale arbeidsverhouding zijn en bijdragen tot de levenskwaliteit van de betrokken werknemers en de rendementsverhoging'.

Om geen afbreuk te doen aan deze doelstelling en het nuttig effect, heeft het Hof van Justitie bepaald dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat bij de omzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, de clausules van de vorige overeenkomst niet wezenlijk worden gewijzigd in een voor de werknemer minder gunstige zin wanneer diens taken en de aard van de functie hetzelfde blijven.<sup>12</sup> Hiermee dient te worden voorkomen dat een werknemer ervan afziet de nieuwe overeenkomst die hem wordt aangeboden, te aanvaarden. Dat zou namelijk tot gevolg hebben dat een arbeidsovereenkomst met een vaste duur minder aantrekkelijk wordt, terwijl dit juist wordt gezien als een essentieel onderdeel van werknemersbescherming.<sup>13</sup>

Hieruit volgt dat art. 7:653 BW mogelijk toch een verboden onderscheid maakt. Denk bijvoorbeeld aan een salesmanager aan wie na een jaarcontract een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een concurrentiebeding wordt aangeboden. Als daarmee sprake is van een wezenlijke verandering in een voor de werknemer ongunstige zin ten opzichte van doorwerken op basis van een tweede jaarcontract, kan afbreuk worden gedaan aan het nuttig effect van de richtlijn. Aan dit vraagstuk is geen aandacht besteed in de parlementaire geschiedenis.

#### 4. De ketenregeling (leeftijd en arbeidsduur)

Art. 7:668a lid 11 BW zal gaan bepalen dat de ketenregeling niet van toepassing is op werknemers die de leeftijd van achttien jaar nog niet hebben bereikt, indien de gemiddelde arbeidsomvang maximaal 12 uur per week heeft bedragen.

Dit is nieuw. Het huidige art. 7:668a BW kent een dergelijke uitzondering niet.

Onderscheid naar arbeidsduur is op grond van art. 7:648 BW niet toegestaan, als het gaat om het aangaan, voortzetten of opzeggen van de arbeidsovereenkomst. Het al dan niet van toepassing zijn van de ketenregeling valt daaronder. Door de koppeling aan een arbeidsomvang van maximaal 12 uur per week, is sprake van onderscheid in de zin van art. 7:648 BW. De vraag is of dit in strijd is met de Richtlijn 97/81/EG. Deze richtlijn beperkt het verbod op maken van onderscheid bij deeltijdarbeid tot de arbeidsvoorwaarden. Alhoewel het Hof van Justitie<sup>14</sup> een ruime uitleg van het begrip arbeidsvoorwaarden hanteert, is de vraag of de ketenregeling als zodanig kan worden beschouwd.<sup>15</sup> Bouwens is van mening dat dit wel het geval is.<sup>16</sup>

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat in overleg met sociale partners bewust is gekozen voor de grens van 12 uur.<sup>17</sup> Daarmee zou worden gegarandeerd dat de arbeid van bijkomstige aard is en niet dient om in het levensonderhoud te voorzien. Dit geldt ook voor jongeren die wekelijks 8 uur op zaterdag werken. Daarom is het stellen van een grens bij vijf uur per week (zoals bij de Wet minimum loon en minimumvakantiebijslag het geval is) niet mogelijk. Het beoogde doel zou dan niet worden bereikt.<sup>18</sup>

Dit beoogde doel is tweeledig. Aan de ene kant wil men de werkgever niet opzadelen met onnodige lasten. Aan de andere kant wil de wetgever de groep jongeren waar het hier om gaat, juist beschermen door de ketenregeling niet van toepassing te laten zijn.<sup>19</sup> Als antwoord op vragen van de Tweede Kamer over de positie van supermarktmedewerkers en of deze nu niet juist na twee jaar al zullen worden vervangen, in plaats van na drie jaar, stelde de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid dat dit niet geldt voor deze jongeren omdat uit oogpunt van bescherming een speciale regeling is getroffen. Doordat de ketenregeling niet geldt, zouden werkgevers de jongeren namelijk in dienst houden, nu onbeperkt arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden gesloten.<sup>20</sup>

De gedachte dat jongeren die minder dan 12 uur per week werken en niet afhankelijk zijn van inkomsten, dienen te worden beschermd opdat zij aan het werk kunnen blijven,

11 Punt 7-10 van de algemene overwegingen en clausele 1 van Richtlijn 1999/70/EG.

12 HvJ EU 8 maart 2012, r.o. 46.

13 HvJ EU 8 maart 2012, r.o. 44.

14 HvJ EU 10 juni 2010, JAR 2010/166 en HvJ EU 12 december 2013, C-361/12.

15 Het verbod van art. 7:648 BW ziet ook op het voortzetten van een arbeidsovereenkomst. De richtlijn inzake deeltijdarbeid beperkt het discriminatieverbod echt tot arbeidsvoorwaarden.

16 'Wet Werk en Zekerheid. Uitzonderingen voor jongeren in strijd met Europees recht', Prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens, *NJB* 2014/1677.

17 'Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020, Verantwoordelijkheden nemen én dragen, kansen creëren én benutten', Stichting van de Arbeid, 11 april 2013.

18 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, nr. C, p. 9. Zie ook *Kamerstukken II*, 2013/14, 33818, nr. 3, p. 15.

19 Zie onder meer *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, nr. C, p. 9 waar staat: ' (...) dat is, gegeven de groep die het betreft, ook niet in hun belang omdat werkgevers terughoudend zullen zijn als het gaat om het in dienst nemen van tot deze groep behorende jongeren, noch in het belang van de betreffende werkgevers nu zij alsdan zouden worden geconfronteerd met lasten die gezien de groep jongere werknemers die het betreft als onnodig moeten worden gezien'.

20 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 54, item 9, p. 10.

is opmerkelijk. Jongeren die meer werken en wel afhankelijk zijn, hebben die bescherming misschien wel meer nodig. Over de gemaakte keuze kunnen voorts veel vragen worden gesteld. Is het bijvoorbeeld zo dat de jongere die 8 uur per week werkt, niet van de inkomsten afhankelijk is? Hoe verhoudt zich dat tot andere arbeidsovereenkomsten met een arbeidsduur minder dan 12 uur? Zoals Bouwens terecht opmerkt, kan het feit dat sprake is van bijkomstige arbeid, de uitsluiting niet rechtvaardigen.<sup>21</sup> Dat een specifiek doel is gesteld, maakt dit niet anders nu geen sprake is van een concrete onderbouwing. Het is immers niet bekend of werkgevers inderdaad zullen afzien van het in dienst nemen van deze jongeren. Daarnaast wordt deze werknemers onthouden wat het meest begeerlijk wordt geacht: een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit is in strijd met de raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.<sup>22</sup>

De uitzondering op de ketenregeling maakt zowel onderscheid naar arbeidsduur als onderscheid naar leeftijd. Onderscheid naar leeftijd is evenmin toegestaan. De werkingsfeer van dit verbod is ruim en ziet ook op het beëindigen van de arbeidsverhouding. Uit Richtlijn 2000/78/EG en de WGBL volgt dat ook onderscheid naar leeftijd slechts is toegestaan, indien een objectieve rechtvaardiging aanwezig is. Uit de memorie van toelichting volgt dat de wetgever van mening is dat het bestaan van de leer- of kwalificatieplicht tot het 18e jaar met zich brengt dat de arbeid voor de meeste jongeren onder de 18 jaar niet meer dan van bijkomstige aard kan en moet zijn. Bij een onverkorte toepassing van de ketenregeling zouden werknemer noch werkgever belang hebben.<sup>23</sup>

Onlangs heeft het Gerechtshof Amsterdam arrest gewezen inzake de Wet Tijdelijke Verruiming Ketenregeling ('WTVK'). Op grond van deze wet kon met werknemers tot 27 jaar een extra arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden aangegaan. Het doel van de wet was om jongeren gedurende de economische crisis langer aan het werk te houden. Volgens het hof was dit niet in strijd met het Unierecht, omdat de wetgever de ruimte toekomt 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.<sup>24</sup>

De vraag is of de regeling van art. 7:668a lid 11 BW vergelijkbaar is met de WTVK. De WTVK was een tijdelijke maatregel om jeugdwerkloosheid te bestrijden en de arbeidsmarktparticipatie van jongeren te bevorderen. Houweling merkt in dit kader op dat uit de toelichting op de WWZ niet blijkt dat de onderhavige maatregel dergelijke doelen voor ogen heeft.<sup>25</sup> Uit latere parlementaire stukken blijkt echter dat de wetgever onder andere tot doel heeft de groep jongeren

waar het hier om gaat te beschermen door de ketenregeling niet van toepassing te laten zijn.<sup>26</sup> Zoals hier voor reeds is opgemerkt zouden werkgevers jongeren in dienst houden als er onbeperkt arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden gesloten.<sup>27</sup> Daarnaast heeft de wetgever de werkgever niet willen opzadelen met onnodige lasten.<sup>28</sup>

Net als Bouwens zijn wij van mening dat het voorkomen van onnodige lasten voor het bedrijfsleven geen doelstelling van sociaal beleid is, maar een bedrijfseconomisch doel.

Door Bouwens wordt verder terecht opgemerkt dat het voorkomen van negatieve gevolgen voor de arbeidsmarktpositie van de betreffende groep jongeren wel als een doelstelling van sociaal beleid is te beschouwen. De gekozen maatregelen zijn volgens hem echter niet passend om het doel te bereiken. Hij merkt in dit kader op dat door de regering niet is onderbouwd waarom een generieke uitzondering voor jongeren nodig is om eventuele negatieve gevolgen op de arbeidsmarktpositie van deze groep werknemers te voorkomen.<sup>29,30</sup> Hij verwijst daarbij naar jurisprudentie van het Hof van Justitie waaruit blijkt dat eenvoudige, algemene beschouwingen ten betoge dat een bepaalde maatregel de arbeidsmarktpositie van een bepaalde groep werknemers bevordert, niet volstaan om aan te tonen dat het doel van de litigieuze bepaling niets van doen heeft met discriminatie en evenmin gegevens verschaffen op grond waarvan redelijkerwijs kan worden geoordeeld, dat de gekozen middelen geschikt waren ter bereiking van dat doel.<sup>31</sup> Uit het Küçükdeveci-arrest<sup>32</sup> leidt hij af dat het bij maatregelen, die jongeren op grond van hun bijzondere positie uitzonderen van beschermende bepalingen, van belang is om vast te stellen of de gemaakte uitzonderingen 'nawerken'. Als werknemers op latere leeftijd, wanneer zij niet meer in de bijzondere positie verkeren, nog met de gevolgen van de maatregel geconfronteerd zullen worden kan dit op grond van het arrest een indicatie zijn dat er sprake is van verboden onderscheid. Gelet op het feit dat de arbeidsovereenkomsten van de betreffende groep jongeren na het bereiken van de 18-jarige leeftijd niet meetellen in de keten van contracten voor bepaalde tijd, is hier sprake van een dergelijke nawerking.

21 'Wet Werk en Zekerheid. Uitzonderingen voor jongeren in strijd met Europees recht.', Prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens, *NJB* 2014/1677.

22 Idem Bouwens, *NJB* 2014/1677.

23 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 15.

24 Gerechtshof Amsterdam 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3164.

25 'Wetsvoorstel werk en zekerheid en de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd: over het nieuwe jaarcontract van acht maanden.', Prof. mr. A.R. Houweling, *TAP* 2014/3.

26 Zie onder meer *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, nr. C, p. 9 waar staat: ' (...) dat is, gegeven de groep die het betreft, ook niet in hun belang omdat werkgevers terughoudend zullen zijn als het gaat om het in dienst nemen van tot deze groep behorende jongeren, noch in het belang van de betreffende werkgevers nu zij alsdan zouden worden geconfronteerd met lasten die gezien de groep jongere werknemers die het betreft als onnodig moeten worden gezien'.

27 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 54, item 9, p. 10.

28 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 15 en *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, nr. C, p. 9.

29 'Wet Werk en Zekerheid. Uitzonderingen voor jongeren in strijd met Europees recht.', Prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens, *NJB* 2014/1677.

30 Aan de ene kant zegt de minister niet te weten of de verkorting van de duur van de ketenbepaling er toe leidt dat er geen vaste contracten worden aangeboden (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 54, item 9, p. 5). Aan de andere kant blijkt uit een evaluatie van de Wet Tijdelijke Verruiming Ketenregeling dat werkgevers vaak gebruik hebben gemaakt van de extra ruimte voor tijdelijke contracten, terwijl zij zonder die mogelijkheid juist een vast contract zouden hebben aangeboden (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 54, item 9, p. 4).

31 O.a. HvJ EG 9 februari 1999, Jur. 1999, I-00623 (Seymour).

32 HvJ EU 19 januari 2010, *JAR* 2010/53 (Küçükdeveci).

De Vereniging van Arbeidsrecht Advocaten Nederland ('VAAN') vraagt zich ook af of het middel passend is, nu de uitzondering algemeen is geformuleerd door werknemers onder de 18 jaar uit te sluiten.<sup>33</sup> Zij verwijst daarbij, net als Bouwens, ook naar het Mangold-arrest.<sup>34</sup> In dit arrest oordeelde het Hof van Justitie dat lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid hebben ten aanzien van de keuze van de maatregelen, die geschikt zijn ter verwezenlijking van hun doelstellingen op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid. Een uitzondering voor een hele groep gebaseerd op leeftijd was volgens het Hof van Justitie echter te algemeen en daarmee niet passend. Op deze stelling is door de wetgever niet ingegaan.

Voor het onderscheid naar leeftijd lijkt een legitiem doel te bestaan. Gelet op het voorgaande lijkt er echter geen sprake te zijn van een passend middel. Daarmee valt de leeftijdsgrens niet te rechtvaardigen. Met Bouwens zijn wij van mening dat dit ook geldt voor het onderscheid naar arbeidsduur. De redenen voor dit onderscheid, namelijk het bijkomstige karakter van de werkzaamheden, is niet voldoende om een objectieve rechtvaardiging aan te nemen. Het is echter wel zo dat er in tegenstelling tot in het Mangold-arrest niet voor is gekozen om alle werknemers jonger dan 18 jaar uit te zonderen van de ketenregeling. De groep is specifiek gemaakt, doordat er is beperkt tot een arbeidsduur van 12 uur of minder. Dit laatste is echter lastig objectief te rechtvaardigen.

## 5. Het pensioenontslag

### 5.1 Geen toestemming UWV vereist indien opzegging geschiedt op of na het bereiken van de voor de werknemer geldende AOW-leeftijd of - andere - pensioenleeftijd

Voor opzegging van een arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd is nu nog toestemming van het UWV vereist. Toestemming wordt altijd verleend, omdat het UWV het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, gelet op het bepaalde in art. 7 lid 1 onder b WGBL, een algemene rechtvaardigingsgrond voor ontslag acht.<sup>35</sup> Wordt een verzoek om toestemming echter pas ingediend nadat de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt, dan wordt de werkgever geacht zijn recht op deze rechtvaardigingsgrond te hebben verwerkt en wordt op deze grond geen toestemming verleend.<sup>36</sup>

Art. 7:669 lid 4 BW zal gaan bepalen dat geen toestemming is vereist, indien opzegging geschiedt op of na het bereiken van de voor de werknemer geldende pensioenleeftijd.<sup>37</sup> Het gaat hierbij om de leeftijd waarop de werknemer recht krijgt op een uitkering op grond van de AOW of op grond van een

afwijkende pensioenregeling. De werkgever kan eenmaal een beroep doen op het bereiken of bereikt hebben van de pensioenleeftijd als ontslaggrond.<sup>38</sup> Dat eenmalige beroep is echter niet beperkt tot een bepaald moment. Werkt de werknemer namelijk na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd nog een tijd door, dan kan de werkgever op ieder moment zonder toestemming opzeggen.

Uit Richtlijn 2000/78/EG en de WGBL volgt dat onderscheid naar leeftijd verboden is bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Door art. 7:669 lid 4 BW wordt dit onderscheid wel gemaakt. Opzegverboden zijn ook niet meer van toepassing gezien art. 7:670a lid 2 onder e BW. Dit in tegenstelling tot de huidige situatie waar een werkgever bij het bestaan van een opzegverbod, de kantonrechter zal moeten verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De preventieve toets vervalt dus geheel.

De Raad van State heeft zich afgevraagd of dit verenigbaar is met het verbod op leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid. Het bevorderen van het in dienst nemen of houden van oudere werknemers kan volgens de Afdeling ook op een minder ingrijpende wijze worden bereikt, namelijk door de werking van het Ontslagbesluit aan te passen of regels uit dit besluit buiten toepassing te verklaren bij ontslag op of na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.<sup>39</sup>

De wetgever is echter van mening dat voor het onderscheid een rechtvaardigingsgrond bestaat. Deze rechtvaardiging wordt gevonden in de noodzaak van het bestaan van een natuurlijk moment waarop een arbeidsovereenkomst op latere leeftijd van de werknemer zonder nadere procedurele voorschriften kan eindigen. Bij het ontbreken van dit moment zouden werkgevers minder bereid zijn oudere werknemers in dienst te nemen. Het op eenvoudige wijze kunnen beëindigen van de arbeidsovereenkomst na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd zou het voor werkgevers aantrekkelijk maken het dienstverband bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd te continueren.<sup>40</sup> Als ontslag wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd niet mogelijk zou zijn, zou dat voorts een verslechtering van de arbeidsmarktpositie van ouderen tot gevolg hebben.<sup>41</sup>

Relevant in dit kader is de jurisprudentie van het Hof van Justitie over nationale regelingen die bepalingen over gedwongen pensioenontslag in arbeidsovereenkomsten en cao's toelaten. Uit het Palacios-arrest<sup>42</sup> en Rosenblatt-arrest<sup>43</sup> volgt dat in dit kader de bevordering van volledige werkgelegenheid door verbetering van de toegang tot de arbeidsmarkt een legitiem doel is. Een dergelijk doel is te scharen onder 'doelstellingen van beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding', die op grond van de richtlijn als legitiem zijn aan te merken. Gelet hierop lijkt het argument van het bestaan van

33 Het wetsvoorstel Werk en zekerheid - dertig concrete voorstellen tot aanscherping en verduidelijking d.d. 28 januari 2014, Vakgroep arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht Universiteit van Amsterdam.

34 HvJ EG 22 november 2005, JAR 2005/289, NJ 2006/227 (Mangold).

35 Art. 7 lid 1 onder b van de Wgbi staat toe dat een arbeidsverhouding wordt beëindigd wegens het enkele feit dat de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt.

36 Beleidsregels Ontslagtaak UWV - versie april 2014, hoofdstuk 32, p. 4.

37 Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen.

38 Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen.

39 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 4, p. 37-38.

40 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 4, p. 55-56.

41 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 7, p. 61. Zie ook *Handelingen I* 2013/14, nr. 32, item 14, p. 15.

42 HvJ EG 16 oktober 2007, nr. C-411/05.

43 HvJ EU 12 oktober 2010, NJ 2011/2.

een "natuurlijk moment" op zich niet voldoende voor een rechtvaardiging. De wetgever tracht echter met de maatregel te bereiken dat werkgevers eerder bereid zijn oudere werknemers in dienst te nemen of te houden. Dat is wel een legitiem doel.<sup>44</sup>

In het aansluiten bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd kan aldus een objectieve rechtvaardiging worden gevonden.<sup>45</sup> Het kan echter zo zijn dat de pensioenleeftijd lager is dan de AOW-leeftijd. Ook dan kan worden opgezegd krachtens 7:669 lid 4 BW, maar – al staat dit niet in het artikel – dan is wel een objectieve rechtvaardiging nodig volgens de wetgever.<sup>46</sup>

Dat geldt niet als een werknemer doorwerkt na de pensioengerechtigde leeftijd.<sup>47</sup> Of nu wordt doorgewerkt gedurende een maand, zes maanden of anderhalf jaar maakt daarbij niet uit. In alle gevallen is het zo dat de betreffende werknemer kan worden opgezegd zonder toets door het UWV of de kantonrechter en zonder dat een objectieve rechtvaardiging van de werkgever nodig is.

Dit lijkt in strijd met het verbod op het maken van onderscheid naar leeftijd. Allereerst geldt dat voor een legitiem doel niet enkel mag worden gekeken naar de belangen van de werkgever. Dit volgt uit het Age Concern-arrest.<sup>48</sup> Doordat de werkgever zelf het moment kan kiezen waarop hij gebruikmaakt van de opzegmogelijkheid en dit daarmee losstaat van het tijdstip waarop de pensioengerechtigde leeftijd is bereikt, valt te betwijfelen of er nog een objectief doel is uit hoofde van een nationaal beleid. De werkgever kan immers een werknemer nog twee jaar en drie maanden laten doorwerken en dan om welke reden dan ook opzeggen. Dit maakt ook dat de opzegmogelijkheid naar willekeur kan worden gebruikt. Uit het Petersen-arrest volgt dat een maatregel ertoe moet strekken om het doel op een coherente en stelselmatige wijze te bereiken.<sup>49</sup> Daarvan is in dit geval geen sprake.

Art. 7:669 lid 4 BW is dus problematisch voor zover het de opzegging na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd mogelijk wil maken. Dit is mogelijk op te lossen door aan te nemen dat de werkgever om gebruik te maken van de opzegmogelijkheid na het verstrijken van de pensioengerechtigde leeftijd, ook een objectieve rechtvaardigingsgrond moet hebben.

### 5.2 Ragetlie-regel niet van toepassing

De Ragetlie-regel van art. 7:667 lid 4 BW wordt aangepast door de WWZ. De regel blijft dat indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, die niet door opzegging door de werkgever of ontbinding is geëindigd, wordt voortgezet

door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, deze laatste overeenkomst niet van rechtswege eindigt. Daaraan wordt toegevoegd dat dit niet geldt indien het gaat om een voorafgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, welke is geëindigd wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd op grond van een daartoe strekkend beding. Indien partijen met elkaar verdergaan na een pensioenontslag, maar dan nu op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dan eindigt de laatste overeenkomst van rechtswege. Een werknemer die op die manier doorwerkt na de pensioengerechtigde leeftijd, heeft daarmee minder ontslagbescherming dan andere werknemers. Er wordt dus onderscheid gemaakt.

In de parlementaire geschiedenis is niet terug te vinden dat men zich bewust is geweest van het feit dat deze regel onderscheid op grond van leeftijd oplevert. Er is dan ook niet getoetst of er een objectieve rechtvaardiging voor bovengenoemd onderscheid is. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat het ontbreken van een gebrek aan precisie met betrekking tot het nagestreefde doel van de betrokken nationale regeling, niet automatisch uitsluit dat een objectieve rechtvaardiging voor het onderscheid bestaat. Bij ontbreken van een dergelijke precisie is wel van belang dat het onderliggende doel kan worden bepaald aan de hand van andere elementen, ontleend aan de algemene context van de betrokken maatregel, aldus het Hof van Justitie in het Palacios-arrest.<sup>50</sup>

Met het buiten toepassing laten van de Ragetlie-regel lijkt de wetgever te willen bevorderen om oudere werknemers ook na een pensioenontslag in dienst te houden. Er zou daarom een beroep kunnen worden gedaan op doelstellingen van werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid (art. 7 lid 1 onder a WGBL). Ook zou kunnen worden aangehaakt bij de arresten van het Hof van Justitie, waaronder het Mangold-arrest. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt acht het Hof van Justitie<sup>51</sup> de bevordering van de werkgelegenheid van oudere werknemers een legitiem doel.

### 6. Ontslagvolgorde bij bedrijfseconomisch ontslag (bepaalde/onbepaalde tijd, arbeidsduur, man/vrouw)

Art. 7:671a BW regelt het al dan niet verlenen van toestemming voor opzegging door het UWV.

Deze mag op grond van het vijfde lid alleen worden verleend, indien de werkgever eerst de arbeidsovereenkomsten beëindigt met personen werkzaam op de vervallen arbeidsplaatsen i) met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd; en ii) met een arbeidsovereenkomst ex art. 7:628a BW. Daarnaast dient de werkgever overeenkomsten met betrekking tot ingeleende krachten op de vervallen arbeidsplaatsen te beëindigen.

Art. 7:671a lid 5 BW staat niet op gespannen voet met het verbod op het maken van onderscheid naar de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst, omdat dit verbod niet ziet op

44 HvJ EG 22 november 2005, JAR 2005/289, NJ 2006/227 (Mangold).

45 Richtlijn 2000/78/EG overweging 15, al wordt over de Wgbl weleens getwijfeld of dit wel in lijn is met de richtlijn. Zie 'Zijn pensioenontslag en leeftijdsgebonden bedrijfsregelingen 'Europee-proof?', Mr. dr. A.G. Veldman, TRA 2009/86.

46 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 100. Dit is overigens in overeenstemming met wat bij de totstandkoming van de Wgbl is overwogen. Kamerstukken I 2003/04, 28170, C, p. 2.

47 Handelingen II 2013/14, nr. 54, item 9, p. 53.

48 HvJ EG 5 maart 2009, JAR 2009/93.

49 HvJ EU 12 november 2010, JAR 2010/52 r.o. 53. Zie ook A.G. Veldman, Con-  
toren van het Europese Leeftijdscriminatie-recht, TRA 2012/4.

50 HvJ EG 16 oktober 2007, JAR 2007/288.

51 HvJ EG 22 november 2005, JAR 2005/289, NJ 2006/227 (Mangold).

de opzegging. Dit ligt anders voor de verwijzing naar art. 7:628a BW, dat betrekking heeft op werknemers met een arbeidsomvang van minder dan 15 uur per week met wisselende arbeidstijden of arbeidsuren. Vaak wordt dit een 'oproepcontract' genoemd, zoals ook in de parlementaire geschiedenis het geval is. Dat is echter een te beperkte uitleg. Los van de vraag wat juridisch gezien onder een oproepcontract moet worden verstaan,<sup>52</sup> onder art. 7:628a BW valt in ieder geval ook de werknemer met een vaste arbeidsovereenkomst voor 12 uur per week, waarbij de uren elke week wisselend worden ingeroosterd. Dit kun je niet als oproepcontract zien, want de werknemer werkt iedere week. Het valt echter wel onder art. 7:628a BW.

Door in de wet op te nemen dat een werkgever eerst alle flexibele arbeidsovereenkomsten voor minder dan 15 uur per week moet beëindigen, wordt onderscheid gemaakt naar arbeidsduur. Dit onderscheid is verboden daar waar het gaat om het beëindigen van de arbeidsovereenkomst en is alleen mogelijk als het objectief is gerechtvaardigd.

Art. 7:671a BW is in de parlementaire behandeling uitvoerig aan de orde gekomen. Als voorbeelden zijn onder meer aangehaald de uitzendkracht of de werknemer met een contract voor bepaalde tijd dat op korte termijn afloopt.<sup>53</sup> Over de werknemer ex art. 7:628a BW wordt echter niets gezegd. Het enige algemene argument dat is te vinden, is dat het ook nu al zo is.<sup>54</sup>

Dit is opmerkelijk om meerdere redenen. Allereerst vanwege de doelen van de WWZ. In de considerans staat dat het wenselijk is om de rechtspositie van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor wisselende uren te versterken en om de doorstroom van flexibele naar vaste arbeid te bevorderen. Deze doelen worden niet bereikt door in de wet op te nemen dat werknemers met een flexibele arbeidsovereenkomst voor minder dan 15 uur per week, het eerst voor ontslag in aanmerking moeten worden gebracht.

Daarnaast blijkt dat men zich wel heeft bekommerd om de status van payrollmedewerkers en aandacht heeft gegeven aan 'onwenselijke' constructies. Per ministeriële regeling zal namelijk een uitzondering worden gemaakt, waardoor werknemers die via een payrollbedrijf werkzaam zijn dezelfde bescherming krijgen als een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De keuze voor een ministeriële regeling is bewust: uit bezorgdheid voor het ontstaan van meer payrollachtige constructies is voor deze delegatiebepaling gekozen opdat snel kan worden gehandeld als dat nodig is.<sup>55</sup> Men heeft dus wel aandacht gehad voor kwetsbare groepen op de arbeidsmarkt, maar niet voor de positie van werknemers met kleine flexibele arbeidsovereenkomsten.

De vraag is of dat objectief te rechtvaardigen valt. Het is in ieder geval in strijd met het doel van de WWZ. Dat het 'ook nu al zo is' is geen objectieve rechtvaardiging en, laat onverlet dat de wetgever een andere keus kan maken. In ieder geval had de wetgever een eigen afweging moeten maken bij het overnemen van regels uit het beleid van het UWV. Dit is wel gebeurd ten aanzien van payrollwerknemers waar een nieuwe regel wordt geïntroduceerd, maar niet ten aanzien van werknemers ex art. 7:628a BW.

De vraag is daarnaast wie door deze wettelijke bepaling wordt getroffen. Het zou immers zo kunnen zijn dat naar verhouding meer vrouwen werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst ex art. 7:628a BW dan mannen. Als dat zo is, dan kan ook sprake zijn van indirect onderscheid naar geslacht.<sup>56</sup> Om het onderscheid naar arbeidsduur dan wel het indirecte onderscheid naar geslacht te kunnen rechtvaardigen, dient er een legitiem doel te zijn en passende en noodzakelijke middelen, terwijl het doel niet op een andere wijze kan worden bereikt. Nu geen afweging op dit punt heeft plaatsgevonden, zal de objectieve rechtvaardiging achteraf moeten plaatsvinden. Gezien het doel van de WWZ en het feit dat op andere plekken er wel voor wordt gekozen om werknemers met contracten ex art. 7:628a BW te beschermen, lijkt dat niet eenvoudig.

Dit kan worden geïllustreerd door het volgende. Stel dat het doel van art. 7:671a BW is het beschermen van werknemers voor onbepaalde tijd door ingeleende en tijdelijke krachten het eerst voor ontslag in aanmerking te laten komen. Dan is de vraag of die bescherming niet hoeft te gelden voor de werknemers met een contract ex art. 7:628a BW dat net zo goed voor onbepaalde tijd kan zijn aangegaan. Bij een helpdesk kan er een medewerker zijn met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die al 15 jaar 12 uur per week op wisselende tijden wordt ingeroosterd. Daarnaast kan er een payrollwerknemer zijn die sinds een half jaar dezelfde taken verricht voor 20 uur per week, maar dan op vaste tijden. Waarom zou de eerste moeten vertrekken en minder bescherming moeten krijgen dan de payrollwerknemer?

## 7. Transitievergoeding

### 7.1 Transitievergoeding en bepaalde/onbepaalde tijd

Met art. 7:673 BW wordt de transitievergoeding geïntroduceerd. Een werkgever is deze alleen verschuldigd aan de werknemer wiens arbeidsovereenkomst ten minste twee jaar heeft geduurd.

Met de eis van twee jaar wordt geen direct onderscheid gemaakt naar de tijdelijkheid van een arbeidsovereenkomst. Dit komt ook in de memorie van toelichting ter sprake. De eis van twee jaar zou in overeenstemming zijn met Richtlijn 1999/70/EG omdat deze eis geldt, ongeacht of een werknemer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde dan wel onbepaalde tijd heeft.<sup>57</sup>

52 Sinds de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in 1999, is de mogelijkheid om te werken met oproepcontracten beperkt doordat het uitsluiten van de loondoorbetalingsplicht is beperkt en het rechtsvermoe-den is geïntroduceerd. Gebruik van oproepcontracten in de vorm van min-maxcontracten en de MUP, de arbeidsovereenkomst met een uitgestelde prestatieplicht, werd daardoor ontmoedigd dan wel minder praktisch.

53 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 7, p. 68.

54 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 44.

55 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 7, p. 127.

56 Zie bijvoorbeeld HVJ EG 12 oktober 2004, JAR 2004/279 waarin dit aan de orde was.

57 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 41 en p. 75.

De reden dat de grens op twee jaar is gesteld, heeft echter wel te maken met de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst. Hierover is namelijk gezegd:

“De termijn van twee jaar brengt dan ook tot uitdrukking dat een werkgever alleen bij langer durende arbeidsrelaties gehouden is tot het betalen van een vergoeding en sluit aan – als het gaat om tijdelijke werknemers – bij de voorziene (nieuwe) termijn voor de ketenbepaling waarna een vast dienstverband ontstaat.”<sup>58</sup>

Dat betekent dat bewust is aangesloten bij het moment dat een tijdelijke overeenkomst overgaat in een overeenkomst voor onbepaalde tijd, wat kan worden begrepen als het maken van onderscheid. Dit is eens te meer zo, indien in de praktijk meer werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd dan werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aanspraak kunnen maken op een transitievergoeding.<sup>59</sup>

Art. 7:649 BW bepaalt dat geen onderscheid mag worden gemaakt tussen bepaalde en onbepaalde tijd als het gaat om de arbeidsvoorwaarden. Het is in dat kader van belang om na te gaan of de transitievergoeding valt te beschouwen als een arbeidsvoorwaarde. Wij zijn van mening dat dit wel het geval is, nu de wetgever dit zo heeft aangemerkt in de memorie van toelichting bij de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen. Daarin wordt namelijk overwogen dat het kabinet de transitievergoeding kwalificeert als een vaste beloning.<sup>60</sup> Daarmee kan de transitievergoeding worden gekwalificeerd als een arbeidsvoorwaarde. Dit sluit ook aan bij wat is overwogen bij de totstandkoming van art. 7:649 BW.<sup>61</sup>

Indien wordt aangenomen dat met de voorwaarden voor een transitievergoeding onderscheid wordt gemaakt naar de tijdelijkheid van een arbeidsovereenkomst, is de vraag of dit objectief te rechtvaardigen valt. Volgens de wetgever is sprake van een zorgplicht van de werkgever uit hoofde waarvan hij de transitievergoeding moet betalen. De zorgplicht zou echter niet zover gaan dat een werkgever deze moet betalen bij arbeidsrelaties die korter duren dan twee jaar.<sup>62</sup>

Deze zorgplicht is nieuw in de zin dat het tot nu toe niet automatisch zo is dat een werkgever een financiële voorziening moet treffen bij ontslag van een werknemer.<sup>63</sup> Er bestaat dan ook geen algemeen recht op een ontslagvergoeding. De tweejaarreis borduurt daarmee niet voort op een algemeen beginsel van zorgplicht van de werkgever.

58 *Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 11.*

59 Zie ook de MvT, waarin ter sprake komt dat het hanteren van een drempel in de vorm van een wachttijd ertoe kan leiden dat hoofdzakelijk of in overwegende mate werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden benadeeld en dat dit ertoe leidt dat sprake is van indirect onderscheid. *Kamerstukken II 2000/01, 27661, nr. 3, p. 9.*

60 *Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 3, p. 27.*

61 *Kamerstukken II 2001/02, 27661, nr. 10, p. 6.*

62 *Kamerstukken I 2013/14, 33818, nr. 32, p. 12.*

63 HR 12 februari 2010, *JAR 2010/72*. Zie ook A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, waarin wordt geconcludeerd dat een algemene grondslag voor het toekennen van een ontslagvergoeding ontbreekt.

Dat ervoor is gekozen lijkt een gevolg van een compromis tussen werkgevers en werknemers. Daarmee is echter nog niet gezegd dat het onderscheid objectief te rechtvaardigen valt. Argumenten zullen echter achteraf moeten worden bedacht. De wetgever heeft immers slechts gesteld dat geen onderscheid wordt gemaakt en heeft dus geen aandacht besteed aan een objectieve rechtvaardiging.

Het onderscheid kan volgens het Hof van Justitie in ieder geval niet worden gerechtvaardigd met het argument dat het volgt uit een wettelijke regeling. Het begrip objectieve rechtvaardiging verlangt:

“dat de in geding zijnde ongelijke behandeling wordt gerechtvaardigd door de aanwezigheid van precieze en concrete gegevens, die kenmerkend zijn voor de betreffende arbeidsvoorwaarde, in de bijzondere context waarin deze voorwaarde is gesteld en op grond van objectieve en transparante criteria, zodat kan worden nagegaan of deze ongelijkheid beantwoordt aan een werkelijke behoefte, geschikt is om de nagestreefde doelstelling te bereiken, en daartoe noodzakelijk is.”<sup>64</sup>

Relevant is verder nog dat het verschuldigd raken van een transitievergoeding na twee jaar ertoe kan leiden dat een werkgever minder snel een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zal willen aangaan.<sup>65</sup> Dit is in strijd met het doel de raamovereenkomst, nu deze juist het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd wil ontmoedigen. De minister heeft gezegd dat hij niet denkt dat werkgevers zullen afzien van vaste dienstverbanden.<sup>66</sup> Het kan echter anders uitpakken. Het gevolg daarvan kan zijn dat toch sprake is van een verboden onderscheid.

## 7.2 Transitievergoeding en pensioengerechtigde leeftijd

Als het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst geschiedt in verband met of na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, is geen transitievergoeding verschuldigd.<sup>67</sup>

Hiermee wordt onderscheid naar leeftijd gemaakt. Het doel van de regeling is het voorkomen dat een transitievergoeding ten goede komt aan personen die niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien, nu zij een vervangend inkomen in de vorm van ouderdomspensioen ontvangen.

De VAAN heeft de minister verzocht in te gaan op de stelling dat het niet toekennen van een transitievergoeding aan werknemers die pensioengerechtigd zijn, in strijd is met Europese rechtspraak en dan met name het Odar-arrest.<sup>68</sup> De minister heeft geantwoord dat het volledig uitsluiten van de transitievergoeding gerechtvaardigd is. Er zou sprake zijn

64 HvJ EU 22 april 2010, *JAR 2010/129*.

65 Voorbeeld discussie in parlementaire stukken en in media.

66 *Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 54, item 9, p. 9-10.*

67 Art. 673 lid 7 onder b.

68 *Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 97.*

van een legitiem doel. Het Odar-arrest wordt als een andere situatie gezien.<sup>69</sup>

In de arresten Toftgaard<sup>70</sup> en Andersen<sup>71</sup> van het Hof van Justitie stond een regeling centraal op grond waarvan geen wachtgeld werd toegekend, ingeval aanspraak kon worden gemaakt op ouderdomspensioen. Geoordeeld werd dat sprake was van legitieme doelen waaronder het beschermen van diegenen die de bescherming nodig hebben. Het gekozen middel werd ook geschikt geacht, maar niet noodzakelijk. Er was namelijk geen sprake van een verplichting om met pensioen te gaan. Werknemers konden ervoor kiezen om langer door te werken en zo meer pensioen op te bouwen. Dat ligt in het Nederlandse geval anders, omdat sprake is van een nationale regeling in de vorm van de AOW en na het bereiken van de AOW-leeftijd over het algemeen geen pensioen meer wordt opgebouwd.

Gezien de overwegingen van het Hof van Justitie is aanneemelijk dat een legitiem doel kan worden aangenomen en dat passende en noodzakelijke middelen zijn gekozen. Betwijfeld kan overigens wel worden of uit het ontvangen van pensioenuitkeringen volgt dat iemand niet meer is aangewezen op arbeid om in zijn leeftijdsonderhoud te voorzien. Een werknemer die alleen een AOW-uitkering ontvangt, zal daar wellicht anders over denken.

### 7.3 Transitievergoeding en jongeren

De transitievergoeding is niet verschuldigd ten aanzien van werknemers jonger dan achttien jaar met een gemiddelde arbeidsomvang van twaalf uur of minder per week.<sup>72</sup> Daarnaast tellen de maanden waarin de werknemer voor het bereiken van de 18-jarige leeftijd gemiddeld 12 uur of minder per week arbeid heeft verricht niet mee bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding.<sup>73</sup>

Deze uitzondering is om dezelfde redenen ingevoerd als de uitzondering op de ketenregeling voor werknemers onder de 18 die ten hoogste 12 uur per week arbeid verrichten.<sup>74</sup> Nu de bepaling verwijst naar een bepaalde leeftijd, levert dit onderscheid op grond van leeftijd en arbeidsduur bij de arbeidsvoorwaarden en het beëindigen van de arbeidsverhouding op.

Tijdens de parlementaire behandeling heeft de VAAN de vraag gesteld hoe de uitsluiting van de gewerkte jaren voor de achttienjarige leeftijd bij het berekenen van de transitievergoeding zich verhoudt tot het Küçükdeveci-arrest.<sup>75</sup>

In dit arrest ging het om een Duitse regeling op grond waarvan voor de berekening van de duur van de opzegtermijn bij ontslag tijdvakken van arbeid die voor het bereiken van de leeftijd van 25 jaar waren vervuld, niet in aanmerking werden genomen. Achtergrond van de bepaling was de inschatting van de Duitse wetgever dat jongere werknemers

doorgaans sneller en met minder moeite erin slagen om op het verlies van hun arbeidsplaats te reageren en de opvatting dat van hen een grotere flexibiliteit mag worden verwacht. Verder zouden jongere werknemers sneller in dienst worden genomen als voor hen een kortere opzegtermijn geldt en zou een kortere opzegtermijn de flexibiliteit op het gebied van het personeelsbeheer verhogen. Het Hof van Justitie stelde vast dat deze doelstellingen vallen onder een beleid op het terrein van werkgelegenheid en de arbeidsmarkt. De kortere opzegtermijn werd echter niet passend geacht om de doelstellingen te bereiken. Zoals hiervoor reeds bij de ketenregeling is opgemerkt speelde het feit dat de maatregel na het bereiken van de leeftijd van 25 jaar nawerkte een grote rol bij de beoordeling van de maatregel. De conclusie was derhalve dat de regeling niet objectief gerechtvaardigd is en dus in strijd met het Unierecht.

De regering antwoordde:

“Met de regeling wordt beoogd werkgevers geen overbodige verplichtingen op te leggen in verband met wat niet meer kan zijn dan bijbaantjes van jongeren. Op een enkele groep na is iedereen tot 18 jaar immers gebonden aan de leer- of kwalificatieplicht. Gelet op het arrest Küçükdeveci, mag worden aangenomen dat dit als een legitiem doel geldt. Anders dan de Duitse regeling, werkt deze regeling ook niet door op arbeidsrelaties van meer dan 12 uur.”<sup>76</sup>

Qua objectieve rechtvaardiging en mogelijke problemen geldt hier hetzelfde als is opgemerkt bij het uitsluiten van de ketenregeling voor deze groep jongeren, zodat daarnaar wordt verwezen.

## 8. Strijd met gelijke behandeling, en dan?

De wetgever kan worden aansprakelijk worden gesteld, bij invoering van wetten die in strijd zijn met Europese regelgeving.<sup>77</sup> Het Hof van Justitie beschouwt echter het recht op gelijke behandeling bij de arbeid als een algemeen beginsel van Unierecht.<sup>78</sup> Werknemers kunnen hier dan ook een beroep op doen in de relatie met de werkgever.<sup>79</sup> Als dat gebeurt, zal moeten worden vastgesteld in hoeverre sprake is van een verboden onderscheid en of dit objectief kan worden gerechtvaardigd.

Volgens het Hof van Justitie is dat uiteindelijk de taak van de nationale rechter, die bij uitsluiting bevoegd is om de feiten te beoordelen, de toepasselijke nationale wetgeving uit te leggen en om de reden voor de handhaving van de betrok-

69 Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 97.

70 HvJ EU 26 september 2013, JAR 2013/266.

71 HvJ EU 12 oktober 2010, JAR 2010/296.

72 Art. 673 lid 7 onder a

73 Art. 673 lid 4 onder a.

74 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 40.

75 Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 95.

76 Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 95-96.

77 Dit volgt uit HvJ EG 19 november 1991, NJ 1994/2 (Francovich).

78 Uit HvJ EG 10 juni 2010, JAR 2010/166 volgt dat het verbod op discriminatie naar arbeidsduur dient te worden beschouwd als een beginsel van sociaal recht van de Unie dat niet restrictief mag worden uitgelegd (r.o. 32). In HvJ EG 13 september 2007, JAR 2007/251 (Del Cerro Alonso) werd eerder al overwogen dat de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie tot de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht behoren (r.o. 27).

79 Dit volgt uit HvJ EG 22 november 2005, JAR 2005/289 (Mangold) en HvJ EU 19 januari 2010, JAR 2010/53 (Küçükdeveci).



ken maatregel vast te stellen en aldus de daardoor nagestreefde doelstelling te bepalen.<sup>80</sup> Dit doel is wellicht niet altijd eenvoudig vast te stellen, maar dat hoeft ook niet. Ook als het doel onduidelijk is en/of onvoldoende gepreciseerd, kan het worden gerechtvaardigd.<sup>81</sup> Uit statistische gegevens kan op een gegeven moment blijken dat sprake is van onderscheid, bijvoorbeeld als blijkt dat minder arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd worden aangegaan. Het is aan het nationale recht om daar conclusies aan te verbinden.<sup>82</sup> De nationale rechter aan wie een geschil is voorgelegd waarbij het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd in geding is, dient de volle werking daarvan te waarborgen.<sup>83</sup> Daarbij dienen de met dit beginsel van Unierecht strijdige bepalingen van nationaal recht buiten toepassing te worden gelaten als een richtlijnconforme interpretatie onvoldoende waarborg voor bescherming biedt.<sup>84</sup> WWZ-bepalingen die een verboden onderscheid blijken te maken, kunnen aldus richtlijnconform worden uitgelegd dan wel buiten beschouwing worden gelaten.

## 9. Conclusie

De WWZ maakt op meerdere plaatsen onderscheid naar arbeidsduur, tijdelijkheid van contracten en leeftijd. Diverse voorbeelden zijn in dit artikel besproken. Bij het nalezen van de parlementaire geschiedenis valt op dat de wetgever zich niet op alle punten bewust was van het feit dat onderscheid werd gemaakt. Nog opvallender is echter dat sommige doelen van de WWZ, zoals het versterken van de rechtspositie van werknemers die wisselende uren werken, worden ondermijnd door bepalingen die het tegenovergestelde tot gevolg hebben. Na inwerkingtreding van de WWZ is het aan de nationale rechter om vast te stellen in hoeverre sprake is van een legitiem doel en passende en noodzakelijke middelen om dat doel te bereiken. Of dit onderscheid altijd objectief kan worden gerechtvaardigd, is nog de vraag.

80 HvJ EU 12 november 2010, *JAR* 2010/52.

81 HvJ EU 5 juli 2012, *JAR* 2012/211 (Torsten Hörnfeldt) en HvJ EU 6 november 2012, *JAR* 2012/315 (Commissie/Hongarije).

82 HvJ EG 9 februari 1999, *JAR* 1999/75.

83 HvJ EU 22 november 2005, *JAR* 2005/289 (Mangold) en HvJ EU 19 januari 2010, *JAR* 2010/53 (Küçükdeveci).

84 Leeftijdsciscriminatie. Lastige vragen – complexe antwoorden, mr. D.J.B. de Wolff, *Arbeidsrecht* 2010/50.