

## Reactie concept-wetsvoorstel Integratiewet Algemene wet gelijke behandeling

Volgens artikel 24 van het concept-wetsvoorstel Integratiewet Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) vormt een verschil in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie indien het verschil in behandeling (a) *“gebaseerd is op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens de wet”* of (b) *“anderszins objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”*. Daarmee bevat het concept-wetsvoorstel dezelfde uitzonderingen als artikel 7, lid 1 onder a en c van de huidige Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbl).<sup>1</sup>

Net als de Wgbl maakt het concept-wetsvoorstel geen onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie op grond van leeftijd en daarmee gaat de wetgever in de fout. Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, verder te noemen de Kaderrichtlijn, maakt dat onderscheid namelijk wel. Artikel 2, lid 2 onder a van de Kaderrichtlijn bepaalt dat er sprake is van directe discriminatie, wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden (godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid). Artikel 2, lid 2 onder b bepaalt vervolgens dat er sprake is van indirecte discriminatie, wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen benadeelt, tenzij (i) die bepaling maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn of (ii) er krachtens nationale wetgeving maatregelen moeten worden genomen om de benadeling van gehandicapten weg te nemen. De algemene uitzonderingsgrond van de objectieve rechtvaardiging heeft dus enkel betrekking op gevallen van indirect onderscheid.

Artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn bevat weliswaar een specifieke uitzonderingsgrond ter rechtvaardiging van verschillen in behandeling op grond van leeftijd,<sup>2</sup> maar deze is aanmerkelijk strikter geformuleerd: *“Niettegenstaande artikel 2, lid 2, kunnen de lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.”* In tegenstelling tot de algemene uitzonderingsgrond van artikel 2, lid 2 onder b richt deze specifieke uitzonderingsgrond zich niet alleen op gevallen van indirect maar ook op gevallen van direct onderscheid. De specifieke uitzonderingsgrond geldt echter alleen voor ongelijke behandeling op grond van leeftijd en gaat alleen op wanneer de lidstaat in

---

<sup>1</sup> Artikel 7, lid 1 onder respectievelijk a en c van de Wgbl biedt dezelfde uitzonderingen als artikel 24 onder a en b van het concept-wetsvoorstel Integratiewet Awgb. Zie over dit half open systeem van uitzonderingsgronden M. van der Burg, *Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid*. Deventer, Kluwer, 2004. Alsmede M. van der Burg en J. van der Hoeven, *Rechtspraak Arbeid en leeftijd (WGBL)*. Deventer, Kluwer, 2008.

<sup>2</sup> Aldus trachtte de Europese regelgever rekening te houden met het bijzondere karakter van leeftijd als onderscheidend criterium.

het kader van nationale wetgeving heeft bepaald dat de ongelijke behandeling op grond van leeftijd objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel.

Samengevat biedt de Kaderrichtlijn in geval van direct leeftijdsonderscheid enkel de mogelijkheid om een beroep te doen op de specifieke rechtvaardigingsgrond van artikel 6, lid 1, terwijl de Kaderrichtlijn in geval van indirecte leeftijdsonderscheid daarnaast ook de mogelijkheid biedt om een beroep te doen op de algemene rechtvaardigingsgrond van artikel 2, lid 2 onder b(i). Artikel 24 van het concept-wetsvoorstel kan net als artikel 7, lid 1 van de Wgbl niet door de beugel voor zover dit artikel gevallen van directe leeftijdsonderscheid toestaat zonder dat de lidstaat Nederland daarvoor een wettelijke grondslag heeft gecreëerd op grond waarvan deze gevallen van directe discriminatie objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel. Zowel de a-grond als de b-grond van artikel 24 maakt dat mogelijk: de a-grond doordat deze niet voorschrijft dat het daarin genoemde bij of krachtens wet vastgestelde beleid objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel als bedoeld in artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn, hetgeen overigens ook al naar voren kwam in een evaluatie van de Wgbl die het Hugo Sinzheimer Instituut in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft verricht;<sup>3</sup> de b-grond doordat deze niet voorschrijft dat de lidstaat voor de daarin genoemde objectieve rechtvaardiging een wettelijke grondslag biedt als bedoeld in artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn. Nederland laat de deur voor uitzonderingen daarmee verder open dan de Kaderrichtlijn toelaat en voldoet daardoor (nog steeds) niet aan de Kaderrichtlijn, terwijl dat volgens artikel 18 van de Kaderrichtlijn in ieder geval sedert 2 december 2006 het geval had moeten zijn.

Het is de vraag welke consequenties het heeft dat een nationale (wettelijke) regeling zich niet verdraagt met de Kaderrichtlijn. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) heeft in het arrest Mangold-Helm<sup>4</sup> uitgemaakt dat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd moet worden beschouwd als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht en de nationale rechter aan wie een geschil is voorgelegd waarbij dat beginsel in het geding is, moet nagaan of zich dat tegen de aan de orde zijnde nationale (wettelijke) regeling verzet. De nationale rechter dient de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende rechtsbescherming te verzekeren en de volle werking daarvan te waarborgen, waarbij hij elke eventueel strijdige

---

<sup>3</sup> T. van de Berge e.a., Evaluatie van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, Amsterdam, Hugo Sinzheimer Instituut UvA, december 2008, p. 15-25. Het Hugo Sinzheimer Instituut stelde daarin dat de c-grond (de a-grond in het concept-wetsvoorstel) niet richtlijnconform is, doordat het criterium van de objectieve rechtvaardiging er geen deel van uitmaakt. In een brief van 11 juni 2009 aan de Tweede Kamer pareert de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de kritiek van het Hugo Sinzheimer Instituut. Volgens hem is uitgangspunt dat de objectieve rechtvaardigingstoets door de wetgever bij de voorbereiding van een wet al in het wetgevingstraject wordt uitgevoerd en volgt uit het gebruik van het woord "anderszins" in artikel 7, lid 1 onder c van de Wgbl (artikel 24 onder b van het concept-wetsvoorstel) dat ook voor de in artikel 7, lid 1 onder a van de Wgbl (artikel 24 onder a van het concept-wetsvoorstel) opgenomen grond geldt dat er een objectieve rechtvaardiging moet bestaan (TK 2008-2009, 30 347, nr. 2, p. 5).

<sup>4</sup> HvJ EG 22 november 2005 (Mangold/Helm), JAR 2005/289. In deze zaak ging het om een wettelijke regeling van de Duitse overheid waarin werkgevers de mogelijkheid werd geboden om onbepaald arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te sluiten met werknemers van 52 jaar en ouder. Het HvJ EG oordeelde dat zulks weliswaar geschiedde met het oog op een legitiem doel (opneming in het arbeidsproces van werkloze oudere werknemers), maar dat het gekozen middel (de ontneming van rechtsbescherming) niet passend en noodzakelijk was.

bepaling van nationaal recht buiten toepassing moet laten, aldus het Hof van Justitie. Begin 2010 heeft het Hof van Justitie dat in het arrest Küçükdeveci/Swedex<sup>5</sup> bevestigd. In geval van directe discriminatie is het de Nederlandse rechter zagezegd niet toegestaan te bezien of de met de Kaderrichtlijn strijdige uitzonderingsgrond van artikel 24 onder b van het concept-wetsvoorstel of thans nog van artikel 7, lid 1 van de Wgbl zich voordoet, maar is de Nederlandse rechter - en dus ook de Commissie Gelijke Behandeling (CGB)<sup>6</sup> - gehouden implementatiewetgeving richtlijnconform uit te leggen dan wel, indien zulks niet mogelijk is, buiten toepassing te laten en dus artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn als toetssteen te hanteren. Heerma van Voss en Van Slooten merken naar aanleiding van het arrest Küçükdeveci/Swedex nog enigszins voorzichtig op dat de reikwijdte van het verbod van leeftijdsdiscriminatie nog lang niet volledig helder is.<sup>7</sup> Vas Nunes stelt naar aanleiding van het arrest - mijns inziens terecht - zelfs dat de Kaderrichtlijn in feite directe horizontale werking heeft.<sup>8</sup> Als een met de Kaderrichtlijn strijdige (wettelijke) regeling zal artikel 24 van het concept-wetsvoorstel door de Nederlandse rechter dus moeten worden uitgelegd conform de Kaderrichtlijn dan wel ten faveure van de Kaderrichtlijn terzijde moeten worden gelegd.

Het is de vraag of de Nederlandse rechter dat gaat doen, nu deze in geval van direct leeftijdsonderscheid bij de arbeid tot op heden heeft nagelaten de juiste toetssteen te hanteren.<sup>9</sup> Zoals bekend, neemt de CGB bij de toetsing van direct leeftijdsonderscheid in sociale plannen en andere afvloeiingsregelingen de - niet geheel richtlijnconforme - Wgbl tot uitgangspunt<sup>10</sup> en

---

<sup>5</sup>HvJ EG 19 januari 2010 (Küçükdeveci/Swedex), JAR 2010/53. In deze zaak ging het wederom om een wettelijke regeling van de Duitse overheid, in dit geval het Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Volgens het BGB behoeven tijdvakken die werknemers voor het bereiken van de leeftijd van 25 jaar hebben gewerkt niet in aanmerking te worden genomen bij de berekening van de opzegtermijn. Volgens het HvJ EG vielen de doelstellingen van de regeling onder het beleid op het terrein van de werkgelegenheid en de arbeidsmarkt in de zin van artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn. Jongere werknemers hebben immers een betere positie op de arbeidsmarkt. Het HvJ EG achtte de regeling echter niet passend en noodzakelijk, omdat de regeling voor alle werknemers gold, ongeacht hun leeftijd op het tijdstip van ontslag.

<sup>6</sup> Het is de CGB derhalve ook niet toegestaan, zoals de CGB in haar oordeel 2006-20 van 7 februari 2006 (NJCM-Bulletin 2006, nr. 6, p. 823-832 m.nt. T. Loenen) heeft gedaan, om het gesloten systeem van de Awgb te doorbreken en direct onderscheid te rechtvaardigen zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag bestaat, wanneer onverkorte toepassing van de wet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden.

<sup>7</sup> G. Heerma van Voss en J. van Slooten, "Kroniek van het sociaal recht", in: NJB 2010/15, p. 944-9533.

<sup>8</sup> P. Vas Nunes, "Küküdeveci: een wake-up call", in: TAP 2010/4, p. 147-151.

<sup>9</sup> Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 12 februari 2010 (Rutten/Breed), JAR 2010/72.

<sup>10</sup> CGB-Advies 2007/5 inzake Leeftijdsonderscheid in sociale plannen. De CGB concludeert daarin dat er in de kantonrechtformule zowel direct als indirect onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt. De leeftijdscomponent in de A-factor levert direct onderscheid op. Het dienstjarencriterium in de A-factor levert indirect onderscheid op. Uiteindelijk komt de CGB tot de slotsom dat beide vormen van onderscheid objectief worden gerechtvaardigd en niet in strijd zijn met de Wgbl. Ook Heemskerk beziet slechts aan de hand van de Wgbl of het leeftijdsonderscheid in de kantonrechtformule is gerechtvaardigd. Zie M. Heemskerk, "Discrimineert de kantonrechter naar leeftijd?", in ArbeidsRecht 2006/4, p. 18-22. Wel plaatst Heemskerk samen met Dankbaar vraagtekens bij de opvatting van de CGB dat zelfs begrotingswetten kunnen voldoen als wettelijke basis voor het werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid in de zin van artikel 7, lid 1 onder a Wgbl waarvan de tekst overeenkomt met artikel 24 onder a van het concept-wetsvoorstel. Zie M. Dankbaar en M. Heemskerk, "Leeftijd", in: J. Gerards e.a., Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2006, Wolf Legal Publishers 2007. Zie daarover ook M. van der Burg en J. van der Hoeven, Rechtspraak Arbeid en leeftijd (WGBl). Deventer, Kluwer, 2008, p. 122-124. Veltman plaatst

hebben de kantonrechters met de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters, beter bekend als de kantonrechtersformule,<sup>11</sup> zelf een uitzondering op het verbod op direct leeftijdsonderscheid geformuleerd.<sup>12</sup> Een wettelijke grondslag als bedoeld in artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn bestaat er voor dat leeftijdsonderscheid echter niet. De door de kantonrechters zelf in het leven geroepen kantonrechtersformule kan alleen vanwege haar afkomst al moeilijk als een zodanige grondslag worden gezien.<sup>13</sup> Het lijkt erop dat de kantonrechters zich net als de CGB hebben laten (mis)leiden door de onjuiste implementatie van de Kaderrichtlijn in de Wgbl.<sup>14</sup> Feitelijk bezondigt een kantonrechter zich elke keer dat hij bij de ontbinding van een arbeidsovereenkomst een vergoeding op basis van de kantonrechtersformule toekent en daarmee iemand op grond van zijn leeftijd ongunstiger behandelt dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld aan een schending van het verbod op directe leeftijdsdiscriminatie als bedoeld in artikel 2, lid 2 onder a van de Kaderrichtlijn. Uit de arresten Mangold/Helm en Küçükdeveci/Swedex volgt echter dat dat niet (meer) mag. Daarmee lijkt er een tijdbom onder de Nederlandse ontslagpraktijk zijn komen te liggen. In veel gevallen lijkt het zelfs mogelijk dat werknemers waarvan de arbeidsovereenkomst wordt of is beëindigd en waarvan bij de vaststelling van de hoogte van de beëindigingsvergoeding de gewerkte

---

ondertussen weer vraagtekens bij de exceptie in artikel 7, lid 1 onder c van de Wet gelijke behandeling, omdat deze ziet op het faciliteren van ondernemingsbehoeften en niet op doelstellingen van sociaal beleid, zoals in verband met de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding. Zie A. Veltman, "Zijn pensioenontslag en leeftijdsgebonden bedrijfsregelingen 'Euro-proof'", in: TRA 2009/11, p. 11-14. In CGB-advies 2001/04 van 13 juni 2001 geeft de CGB overigens zelf al in overweging om, analoog aan de constructie bij de Wet Gelijke Behandeling m/v en de Algemene Wet Gelijke Behandeling bij algemene maatregel van bestuur vast te leggen welke wetten en regelingen (vooralsnog) objectief gerechtvaardigd worden geacht.

<sup>11</sup> Volgens de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters komt de werknemer bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:685 van het Burgerlijk Wetboek een vergoeding toe ter grootte van het aantal naar leeftijd gewogen dienstjaren (de A-factor) vermenigvuldigd met achtereenvolgens de beloning (de B-factor) en de zogeheten correctiefactor (C-factor), waarmee de uitkomst naar billijkheid wordt gecorrigeerd. De actuele versie van de kantonrechtersformule is te vinden op: [www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/69DE63CF-5492-454F-844C-6D02EB0D23A8/0/kantonrechterformulenuw.pdf](http://www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/69DE63CF-5492-454F-844C-6D02EB0D23A8/0/kantonrechterformulenuw.pdf).

<sup>12</sup> Voorts moet in lijn met het arrest Küçükdeveci/Swedex wellicht ook nog worden geconcludeerd dat het in de kantonrechtersformule gekozen middel van gewogen dienstjaren niet passend en noodzakelijk is, zoals Peters suggereert. Zie S. Peters, "Leeftijdsdiscriminatie in nationale ontslagregeling - welke rol is weggelegd voor de rechter?", in: TRA 2010/4, p. 30-32. De kantonrechter te Heerlen is daartegen van oordeel dat meer inkomensbescherming voor oudere werknemers een unaniem erkend legitiem doel vormt en de wegingscomponent een geschikt middel is om dat doel te bereiken (kantonrechter Heerlen 23 augustus 2006, JAR 2006/230). Zie over deze uitspraak ook J. van Slooten, "De inbedding van het gelijkebehandelingsrecht in de arbeidsrechtpraktijk", in: ArbeidsRecht 2007/8/9, p. 32-38.

<sup>13</sup> Dit in tegenstelling tot de nationale (wettelijke) regelingen waar het niet alleen in de arresten Mangold/Helm (HvJ EG 22 november 2005, JAR 2005/289) en Küçükdeveci/Swedex (HvJ EG 19 januari 2010, JAR 2010/53) om ging, maar ook in de arresten Palacios de la Villa/Cortefiel Servicios (HvJ EG 16 oktober 2007, JAR 2007/228) en Age Concern England/Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform (HvJ EG 5 maart 2009, JAR 2009/93).

<sup>14</sup> Zie wederom Hoge Raad 12 februari 2010 (Rutten/Breed), JAR 2010/72. Uitgaande van de weergave van het cassatiemiddel in de conclusie van de advocaat-generaal moet hier overigens worden opgemerkt dat in het cassatiemiddel slechts in algemene bewoordingen van leeftijdsdiscriminatie wordt gerept en daarbij slechts wordt gesteld dat het Hof niet voldoende zou hebben uitgelegd waarom de toepassing van de XYZ-formule objectief zou worden gerechtvaardigd en niet de toetssteen van artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn tot uitgangspunt is genomen. De advocaat-generaal haalt de toetssteen van artikel 6, lid 1 vervolgens wel voor de dag, maar geeft daaraan min of meer de uitleg zoals die in artikel 7, lid 1 Wgbl is vastgelegd.

dienstjaren op grond van hun leeftijd minder mee wegen of hebben gewogen dan dat bij andere, oudere werknemers het geval is of is geweest, (alsnog) van hun werkgever kunnen vorderen dat hun dienstjaren net zo zwaar worden gewogen als die van die andere werknemers.

Het voorgaande brengt mij tot de volgende conclusies:

- 1.1 De tekst van artikel 24 van het concept-wetsvoorstel is niet in overeenstemming met artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn.
- 1.2 De tekst van artikel 24 van het concept-wetsvoorstel dient alsnog volledig met artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn in overeenstemming te worden gebracht door daarin ten aanzien van de a-grond en de b-grond op te nemen dat direct leeftijdsonderscheid slechts is toegestaan, indien dat bij of krachtens de wet objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel.
- 2.1 Het maken van direct onderscheid naar leeftijd bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is niet toegestaan, omdat de lidstaat Nederland daarvoor niet de vereiste wettelijke grondslag als bedoeld in artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn in het leven heeft geroepen.
- 2.2 Wanneer de wetgever het mogelijk wenst te (blijven) maken dat er bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst direct onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt door daarbij - al dan niet op basis van een sociaal plan en al dan niet na tussenkomst van de rechter in een ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 van het Burgerlijk Wetboek of anderszins - de leeftijd als criterium te hanteren, dient daarvoor een wettelijke grondslag in het concept-wetsvoorstel dan wel in een andere wet in materiële zin te worden gecreëerd waardoor dat onderscheid objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel als bedoeld in artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn.<sup>15</sup>

René Hampsink<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Indien de wetgever er niet voor kiest om een wettelijke grondslag voor dat directe leeftijdsonderscheid in het leven te roepen als bedoeld in artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn, zouden de kantonrechters er ook voor kunnen kiezen om het indirect discriminerende element uit de kantonrechtersformule te verwijderen en daarvoor in de plaats bijvoorbeeld in de A-factor de eerste 10 dienstjaren elke voor de helft mee te tellen en de daaropvolgende dienstjaren volledig onder toevoeging van een E-factor (Employability-factor), waarin de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt tot uiting wordt gebracht. De kantonrechtersformule zou daarmee dan luiden:  $A \times B \times C \times D$ . In sociale plannen en andere afvloeiingsregelingen zou dat dan vervolgens moeten worden overgenomen. Zie voor andere mogelijke oplossingsrichtingen R. Knecht en F. Tros, "A-factor en arbeidsmarkt: pretenties en consequenties van de nieuwe kantonrechtersformule", in: TRA 2009/12, p. 5 -11.

<sup>16</sup> Mr. Hampsink is advocaat bij het Advokatenkolektief Utrecht.