

DE TIJDELIJK VERRUIMDE
KETENBEPALING VOOR
27-MINNERS
DE WETGEVER TE HARD
VAN STAPEL?



Abdelghani Bouri
Juridische Hogeschool Avans-Fontys

Schijndel, mei 2011

De tijdelijk verruimde ketenbepaling voor 27-minners, de wetgever te hard van stapel?

‘Een onderzoek naar de rechtvaardiging van het leeftijdsonderscheid dat bij de tijdelijke verruiming van de ketenbepaling is gemaakt’

Colofon

Juridische Hogeschool Avans-Fontys
HBO-Rechten
Bachelor Thesis

Auteur

Abdelghani Bouri
Studentnummer: 2011216

Afstudeerorganisatie

Van Buren Arbeidsrechtelijke Adviseurs
Afstudeermentor: de heer H. van Buren

Afstudeerdocenten

1^e afstudeerdocent: mevrouw M. Duijs-Bomhof
2^e afstudeerdocent: de heer M. Kooij

Voorwoord

Ter afronding van de opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys is deze afstudeerscriptie in opdracht van Van Buren Arbeidsrechtelijke Adviseurs (hierna: Van Buren) geschreven. Met deze scriptie wordt de (verruimde) ketenbepaling voor het aantal tijdelijke arbeidsovereenkomsten en de antidiscriminatieregelgeving op het gebied van leeftijdsdiscriminatie samen met de jurisprudentie in kaart gebracht om meer helderheid te krijgen over de vraag in welke mate het gemaakte leeftijds onderscheid gerechtvaardigd is. Deze afstudeerscriptie is dan ook bedoeld voor een ieder die te maken krijgt/heeft met de (verruimde) ketenbepaling en/of leeftijdsdiscriminatie bij arbeid.

Nadat ik van onderwerp moest wisselen, dacht ik even dat het mij niet meer zou lukken om een nieuw onderwerp te vinden. Ik moet zeggen dat de boeken en de tijdschriften in de bibliotheek mij goed op weg hebben geholpen. Uiteindelijk heb ik voor dit onderwerp (de verruimde ketenbepaling) gekozen, omdat het een interessant en actueel onderwerp is waar veel over te schrijven is.

Graag wil ik van de gelegenheid gebruik maken om een aantal mensen te bedanken die een bijdrage hebben geleverd aan de totstandkoming van deze scriptie. In het bijzonder wil ik de heer Van Buren hartelijk bedanken voor zijn gastvrijheid en een leerzame, maar vooral ook een leuke afstudeerperiode. Mede dankzij zijn begeleiding, zijn feedback en adviezen heb ik het onderzoek kunnen verrichten. Voorts wil ik ook mijn afstudeerdocenten, mevrouw Duijs-Bomhof als eerste afstudeerdocent en de heer Kooij als tweede afstudeerdocent, bedanken voor hun feedback, tips en begeleiding die zij hebben geboden. Ook wil ik mevrouw Pop bedanken voor haar feedback en voor het feit dat zij de taken van mevrouw Duijs-Bomhof overnam gedurende de laatste weken van de afstudeerstage. Last but not least wil ik daarnaast mijn ouders bedanken die mij hebben bijgestaan gedurende de opleiding. Ondanks dat ze me vaak hebben bestormd met de vraag: 'Hoelang nog voordat je klaar bent?', zou ik zonder hun steun niet tot zo ver zijn gekomen. Ten slotte wens ik u veel leesplezier!

Abdelghani Bouri
Schijndel, 27 mei 2011

Inhoudsopgave

Samenvatting	1
1 Inleiding	2
2 De voorafgaande ketenbepaling voor tijdelijke arbeidsovereenkomsten	4
2.1 Het ontstaan van de ketenbepaling	4
2.1.1 <i>Wettelijke bepalingen vóór 1907</i>	4
2.1.2 <i>Ontwikkelingen na 1907</i>	5
2.2 Artikel 7:668a BW: van bepaalde tijd naar onbepaalde tijd	6
2.2.1 <i>Conversie</i>	8
2.2.2 <i>Opvolgend werkgeverschap</i>	9
2.2.3 <i>Afwijking bij cao</i>	10
2.2.4 <i>Uitzendovereenkomsten</i>	11
2.2.5 <i>Praktijkvoorbeelden</i>	12
3 De wetswijziging: tijdelijke verruiming van de mogelijkheid in artikel 668a van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan	14
3.1 Achtergrond van de wetswijziging	14
3.2 Aanpassing artikel 7:668a BW	15
3.3 Verruiming ketenbepaling vs. cao-afwijking	16
3.4 Overgangsrecht	17
3.5 De samenhang met de Wet investeren in jongeren (WIJ)	18
3.6 Bezwaren tegen de wetswijziging	19
3.6.1 <i>Maximale flexibiliteit voor de werkgever</i>	19
3.6.2 <i>Afname zekerheid en perspectief</i>	20
3.6.3 <i>Leeftijdsonderscheid</i>	21
4 Wet- en regelgeving tegen leeftijdsdiscriminatie bij arbeid	22
4.1 Inleiding	22
4.1.1 <i>Het begrip leeftijdsdiscriminatie</i>	22
4.1.2 <i>Het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod</i>	23
4.2 Europese Richtlijn 2000/78/EG	23
4.3.1 <i>Legitiem doel</i>	24
4.3.2 <i>Passend middel</i>	25
4.3.3 <i>Noodzakelijkheid</i>	26
4.3.4 <i>Rechtsbescherming</i>	27
4.3 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbla)	28
4.4 Toetsing door de Commissie Gelijke Behandeling (CGB)	29
4.5 Toetsing door de rechter	30
4.6 Aansprakelijkheid bij onrechtmatige wetgeving	31
5 Jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (HvJ)	33
5.1 Het Mangold-arrest	33
5.2 Het Küçükdeveci-arrest	34
5.3 Het Hütter-arrest	35
6 Conclusies en aanbevelingen	37
6.1 Conclusies	37
6.2 Aanbevelingen	38
7 Evaluatie	40
Bronvermelding	41

Samenvatting

Sinds 1 juli 2010 is de wetwijziging inhoudende de tijdelijke verruiming van de ketenbepaling in artikel 7:668a BW voor werknemers tot 27 jaar in werking getreden. Hierdoor ontstond de behoefte om te onderzoeken of het gemaakte leeftijdsonderscheid in deze wetwijziging gerechtvaardigd is op grond van de antidiscriminatieregelgeving. De doelstelling die bij dit onderzoek is nagestreefd is, om op 29 mei 2011 een rapport af te leveren aan Van Buren, waarin een duidelijk beeld wordt gegeven van de mate waarin de verruiming van de ketenbepaling voor werknemers tot 27 jaar voldoet aan de nationale en Europese antidiscriminatieregelgeving met betrekking tot leeftijdsdiscriminatie. Met dit onderzoek wordt beoogd een antwoord te geven op de vraag in hoeverre de verruiming van de ketenbepaling voor het aantal tijdelijke arbeidsovereenkomsten voor werknemers tot 27 jaar zich verdraagt met de nationale en Europese antidiscriminatieregelgeving op het gebied van leeftijdsdiscriminatie? Naast de huidige wet- en regelgeving, verdragen en de jurisprudentie zijn ook kamerstukken, literatuur (boeken en tijdschriften), onderzoeksrapporten, interne cliëntendossiers en internetbronnen geraadpleegd om een antwoord te kunnen geven op de centrale vraagstelling.

Door de tijdelijk verruimde ketenbepaling krijgen werkgevers gedurende de economische crisis de mogelijkheid om met werknemers tot 27 jaar vier (in plaats van drie) arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te sluiten voor een totale periode van maximaal 48 maanden (in plaats van 36 maanden). De wetgever wil met deze maatregel de arbeidspositie van jongeren tot 27 jaar op de arbeidsmarkt versterken, de jeugdwerkloosheid bestrijden en deze jongeren langer aan het werk houden. Volgens het advies van de Raad van State en volgens een aantal politieke partijen zal de tijdelijke maatregel een geringe bijdrage leveren aan het bestrijden van jeugdwerkloosheid. Voor werkgevers en werknemers tot 27 jaar die gebonden zijn aan een cao, waarin al is voorzien in een verruiming van de ketenbepaling, verandert er niets. Werknemers tot 27 jaar worden in onzekerheid gehouden over een vaste aanstelling en zo kan de werkgever eenvoudiger afscheid nemen van deze werknemers. De wetgever heeft niet aangetoond dat werkgevers door de wetwijziging voldoende worden geprikkeld om meer jongeren aan te nemen en om hen een vast dienstverband aan te bieden. Mede op grond van jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ) kan hiermee gezegd worden dat de tijdelijk verruimde ketenbepaling geen noodzakelijk en passend middel is om het beoogde doel te bereiken. Het gevolg is dat de regering gerechtelijke procedures en schadeclaims kan verwachten. De nationale rechter moet de verruimde ketenbepaling buiten toepassing laten indien hij strijdigheid met de antidiscriminatieregelgeving constateert.

Voor Van Buren is het aanbevolen dat de werkgever in ieder geval geadviseerd wordt het dienstverleden van zijn werknemer(s) zorgvuldig in de gaten te houden. Bij het aannemen van uitzendkrachten/gedetacheerden en bij een eventuele doorstart na een faillissement is verder oplettendheid geboden. Tevens dienen de werkgever en de werknemer op de hoogte te zijn van eventuele cao-bepalingen die afwijken van de (tijdelijk verruimde) ketenbepaling. Het is daarbij aanbevolen dat de werkgever met de werknemer zo vroeg en zo duidelijk mogelijk communiceert over de voortzetting of de beëindiging van het arbeidscontract. Met betrekking tot het leeftijdsonderscheid is een beroep bij de rechter kansrijk voor de werknemer aangezien de wetgever met de tijdelijk verruimde ketenbepaling waarschijnlijk een ongerechtvaardigd leeftijdsonderscheid heeft gemaakt. Een mogelijk alternatief voor deze tijdelijke maatregel is een beperking van de ontslagbescherming van ervaren werknemers, zodat werknemers tot 27 jaar met een zwakkere arbeidspositie meer kans hebben op werk. Ten slotte zou de wetgever (loon)subsidies of fiscale voordelen kunnen bieden aan werkgevers, zodat jongeren tot 27 jaar eerder worden aangenomen. Hiermee krijgen jongeren meer kans op werk en wordt jeugdwerkloosheid voorkomen.

1. Inleiding

Van Buren is een adviespraktijk gevestigd te Schijndel, gespecialiseerd in het arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht, dat in 1996 is opgericht en bestuurd wordt door de heer mr. J.M.L.M. van Buren. Van Buren voorziet werknemers en werkgevers van een advies op maat in arbeidsrechtelijke vraagstukken. Verder omvatten de werkzaamheden van de heer Van Buren voornamelijk het voeren van onderhandelingen inzake beëindigingsvraagstukken en gerechtelijke procedures bij het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (hierna: UWV) en de rechtbank sector bestuursrecht en sector kanton.¹

Het arbeidsrecht is continu in beweging, doordat de wetgever regelmatig wijzigingen aanbrengt in de arbeidsrechtelijke wetgeving. Zo is de ketenbepaling voor tijdelijke arbeidsovereenkomsten in artikel 7:668a BW sinds 1 juli 2009 verruimd voor werknemers tot 27 jaar. Voor werknemers tot 27 jaar betekent dit dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege ontstaat bij de vijfde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of na een periode van 48 maanden van opeenvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten met tussenpozen van maximaal drie maanden. Voordat de wetswijziging in werking trad ontstond een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege op het moment dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar hadden opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden en een totale periode van 36 maanden hadden overschreden. Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstond ook bij de vierde opeenvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden. Met deze wetswijziging beoogt de wetgever de arbeidspositie van jongeren tot 27 jaar in de huidige economische crisis te versterken, deze groep jongeren langer aan het werk te houden en de jeugdwerkloosheid te bestrijden. Volgens het CPB is de werkloosheid namelijk met 10% gestegen door de huidige economische crisis en zal de jeugdwerkloosheid volgens de wetgever in de toekomst verder stijgen. Door deze crisissituatie zijn de werkgevers eerder genoodzaakt tijdelijke werknemers te ontslaan aangezien het financieel niet haalbaar is om de arbeidsovereenkomsten te verlengen. Volgens de wetgever zal het voor de werkgever gunstiger zijn om een werknemer met een tijdelijke arbeidsovereenkomst te behouden, dan een werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden. De werkgever zou hiermee (in deze crisistijd) (hoge) ontslagkosten besparen op het moment dat de werkgever onvoldoende werk heeft voor de werknemer. De wetgever heeft voor de leeftijdsgrens (werknemers tot 27 jaar) gekozen, omdat zij door de economische crisis eerder en harder worden getroffen. Zo is bijna 39% van de 553.000 werknemers die een flexibele arbeidsrelatie hebben jongeren dan 25 jaar. Daarbij hebben werknemers tot 27 jaar vaak minder werkervaring, omdat zij studeren en na hun opleiding ook moeilijker aan een baan kunnen komen. Tevens zou deze leeftijdsgrens aansluiten op de Wet investeren in jongeren (hierna: WIJ), omdat in deze wet dezelfde leeftijdsgrens wordt gehanteerd om de arbeidsparticipatie van jongeren te bevorderen. De wetswijziging is ten slotte van tijdelijke duur en geldt in ieder geval tot 1 januari 2012, maar kan worden verlengd tot uiterlijk 1 januari 2014 indien de economische crisis nog aanhoudt.²

De invoering van deze wetswijziging roept echter discussies op. Zo kan men zich afvragen of deze wet er werkelijk voor zorgt dat de arbeidspositie van werknemers tot 27 jaar wordt versterkt. Tevens rijst de vraag of de kans op een vast dienstverband voor werknemers tot 27 jaar wellicht niet verkleind wordt nu de werkgevers de mogelijkheid hebben om een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kunnen sluiten. Daarnaast worden werknemers die de leeftijd van 27 jaar hebben bereikt getroffen door het gemaakte leeftijdsonderscheid in deze wetswijziging aangezien zij hierdoor relatief gezien minder kans hebben op een baan. Maakt de wetgever hier een overhaastige beslissing? Het is nog onduidelijk, maar wel interessant om te weten of het gemaakte leeftijdsonderscheid in deze wetswijziging gerechtvaardigd is op grond van de antidiscriminatieregelgeving. Dit biedt een uitstekend

¹ 'Wie zijn we?', <www.vanburenarbeidsrecht.nl>.

² Kamerstukken II, 2008/09, 32 058, nr. 3, (MvT).

startpunt voor een hierop gericht onderzoek. Hierdoor zal Van Buren op de hoogte blijven van informatie over dit onderwerp en worden onduidelijkheden weggenomen, zodat er geanticipeerd kan worden op toekomstige ontwikkelingen. Mocht Van Buren in de nabije toekomst vragen krijgen die te maken hebben met deze wetswijziging, dan kunnen cliënten worden voorzien van een degelijk advies. De doelstelling is om op 29 mei 2011 een rapport af te leveren aan Van Buren, waarin een duidelijk beeld wordt gegeven van de mate waarin de verruiming van de ketenbepaling voor werknemers tot 27 jaar, voldoet aan de nationale en Europese antidiscriminatieregelgeving met betrekking tot leeftijdsdiscriminatie. De vraagstelling die bij dit onderzoek centraal staat, is: *'In hoeverre verdraagt zich de verruiming van de ketenbepaling voor het aantal tijdelijke arbeidsovereenkomsten voor werknemers tot 27 jaar met de nationale en Europese antidiscriminatieregelgeving op het gebied van leeftijdsdiscriminatie?'*.

De opbouw van deze afstudeerscriptie ziet er als volgt uit: Voordat er uitgebreid ingegaan wordt op de wetswijziging is het allereerst van belang om te onderzoeken hoe de ketenbepaling is ontstaan en wat de ketenbepaling voor tijdelijke arbeidscontracten voorafgaand aan de wetswijziging inhoudt. Aan de vraag *'Hoe zag de ketenbepaling voor het aantal tijdelijke arbeidsovereenkomsten eruit voordat de wetswijziging in werking trad?'* wordt daarom aandacht besteed in hoofdstuk 2. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 de wetswijziging geanalyseerd en worden de gevolgen die aan deze wetswijziging zijn verbonden beschreven. De vragen *'Wat is de aanleiding voor de wetswijziging?'*, *'Wat is het doel van de wetswijziging?'* en *'Welke gevolgen brengt de wetswijziging met zich mee voor werknemers tot 27 jaar en voor werknemers vanaf 27 jaar?'* worden beantwoord in hoofdstuk 3. Zoals eerder is beschreven is het de vraag of het gemaakte leeftijdsonderscheid bij de verruimde ketenbepaling voor het aantal tijdelijke arbeidsovereenkomsten gerechtvaardigd is. Daarvoor is het van belang om te achterhalen welke nationale en Europese regels er gelden met betrekking tot het leeftijdsonderscheid bij arbeid. De vraag *'Welke nationale en Europese regelgeving gelden er voor het verbod tot discriminatie naar leeftijd op het gebied van arbeid?'* wordt in hoofdstuk 4 beantwoord. Voor het beschrijven en het toepassen van de antidiscriminatieregelgeving is de jurisprudentie uiteraard ook belangrijk en verduidelikend. Om een duidelijk antwoord te kunnen geven op de centrale vraagstelling dient de relevante jurisprudentie met betrekking tot leeftijdsonderscheid bij arbeid betrokken te worden in dit onderzoek. De vraag *'Hoe wordt er in de jurisprudentie gereageerd op het maken van onderscheid op basis van leeftijd op het gebied van arbeid?'* wordt in hoofdstuk 5 behandeld. Vervolgens worden de conclusies die uit dit onderzoek voortvloeien in hoofdstuk 6 weergegeven. Tevens worden er in hoofdstuk 6 aanbevelingen gedaan aan Van Buren en de wetgever ten aanzien van de wetswijziging. Tenslotte wordt in hoofdstuk 7 op het verloop van dit onderzoek geëvalueerd.

2 De voorafgaande ketenbepaling voor tijdelijke arbeidsovereenkomsten

Voordat er ingegaan wordt op de kern van de centrale onderzoeksvraag, wordt in dit hoofdstuk beschreven hoe de ketenbepaling voor tijdelijke arbeidsovereenkomsten is ontstaan en zich heeft ontwikkeld tot aan de wetwijziging van 1 juli 2009. Daarbij is het van belang dat men weet waarom deze ketenbepaling is ontstaan en wat deze ketenbepaling inhoudt. In de volgende paragrafen wordt getracht een duidelijk antwoord te geven op deze vragen door toepassing en raadpleging van andere andere relevante wettelijke bepalingen en jurisprudentie. Ook zullen de beschikbare voorbeelden uit de praktijk van Van Buren in de tweede paragraaf weergegeven worden ter aanvulling en verduidelijking van de ketenbepaling.

2.1 De voorgeschiedenis van de ketenbepaling

Sinds het jaar 1907 waarin de Wet op de arbeidsovereenkomst tot stand kwam (ingevoerd in 1909), werd er een onderscheid gemaakt tussen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde en voor onbepaalde tijd.³ Het verschil tussen de arbeidsovereenkomst voor bepaalde en onbepaalde tijd was (en is nog steeds) de manier waarop de arbeidsovereenkomst werd beëindigd. Met deze wet werd de basis gelegd voor het huidige arbeidsrecht. Een belangrijke reden voor de invoering van deze wet was om de 'zwakkere werknemer' te beschermen tegen onredelijke arbeidsbepalingen, aldus de memorie van toelichting.

*Voor hen is het arbeidscontract niet eene vrijwillige overeenkomst maar een dwangcontract. In dien toestand verkeeren tallozen. Voor tallozen dus is het arbeidscontract een economisch toevluchtsoord. Bij de zoodanigen beheerscht het arbeidscontract noodwendig het gehele bestaan. Van hen dan ook vooral gaat de drang uit, door wettelijke regeling eenige bescherming te verkrijgen tegen al te drukkende voorwaarden.*⁴

2.1.1 Wettelijke bepalingen vóór 1907

Alvorens de implementatie en invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst werd gerealiseerd, was het juridisch kader met betrekking tot de arbeidsovereenkomst vrij summier geregeld. Vóór het jaar 1907 bevatte het Burgerlijk Wetboek (hierna te noemen: BW) slechts drie bepalingen die betrekking hadden op de arbeidsovereenkomst, namelijk artikel 1637, 1638 en 1639 (oud) BW. Zo bepaalde artikel 1637 BW⁵ dat de werkgever een arbeidsovereenkomst slechts voor een bepaalde tijd kon sluiten met zijn werknemer(s). In de praktijk werden de arbeiders veelal voor een bepaalde tijd in loondienst genomen en was er derhalve minder vaak sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Verder werd de werkgever op zijn woord geloofd (artikel 1638 BW⁶) aangaande onder andere het overeengekomen loon en de betaling daarvan aan de werknemer en de tijdsduur van de arbeidsovereenkomst. Tot slot stond in artikel 1639 BW⁷ geregeld dat de werkgever of

³ De Wolff 1999, p. 30.

⁴ Van Zanten-Baris 2009, p. 24.

⁵ De tekst van artikel 1637 BW luidde: Men kan zijne diensten slechts voor eenen tijd of voor eene bepaalde onderneming verbinden.

⁶ De tekst van artikel 1638 BW luidde: De meester wordt op zijn woord, des gevorderd met eede gesterkt, geloofd: ten aanzien van de hoegrootheid van het bedongen loon; ten aanzien van de betaling van het loon over het verschenen jaar; ten opzichte van hetgeen op rekening gegeven is van het loon over het loopende jaar; ten opzichte der tijdsbepaling, voor welke de huur is aangegaan.

⁷ De tekst van artikel 1639 BW luidde: Dienst- en werkboden mogen, indien zij voor eenen bepaalden tijd gehuurd zijn. Zonder wettige redenen kunnen dienst niet verlaten, noch uit denzelven worden weggezonden, voordat de tijd verstreken zij. Indien zij binnen den bepaalden of gewonen huurtijd den dienst, zonder wettige redenen, verlaten, verbeuren zij het verdiende loon. De meester is echter bevoegd om hen ten allen tijd, zonder het aanvoeren van redenen, weg te zenden, doch hij is, in dat geval, verplicht aan hen, behalve het verschenen loon, tot schadeloosstelling te betalen zes weken, te rekenen van den dag waarop zij uit den dienst zijn weggezonden. Indien de huur voor eenen korteren tijd dan zes weken is aangegaan, of minder dan zes weken te loopen heeft, hebben zij, in dat geval, regt op het volle loon.

werknemer schadeplichtig werd gesteld indien de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werd verbroken vóór de overeengekomen einddatum.⁸

2.1.2 Ontwikkelingen na 1907

In 1907 werden de eerder genoemde bepalingen door de wetgever in de Wet op de arbeidsovereenkomst uitgebreid. In artikel 1639e (oud) BW⁹ werd opgenomen dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt op het moment dat de overeengekomen tijdsduur verstrijkt, tenzij schriftelijk overeen was gekomen dat voorafgaande opzegging vereist was. De schadeplichtigheid van de partij die de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussentijds opzegt bleef nochtans bestaan. Daarnaast werd in artikel 1639g (oud) BW bepaald dat indien in de arbeidsovereenkomst de duur van het dienstverband niet werd opgenomen, de arbeidsovereenkomst geacht werd voor onbepaalde tijd te zijn aangegaan.¹⁰ Een werknemer genoot in theorie meer bescherming en zekerheid, maar de werkgever had tevens een prima instrument om zijn personeelsbestand te flexibiliseren. Er ontstond hierdoor echter wel steeds meer misbruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd om bepalingen betreffende de opzegging te omzeilen. Er werden namelijk arbeidsovereenkomsten gesloten van korte duur die uur na uur konden worden verlengd of worden opgezegd. Om hier een stokje voor te steken kregen de contractspartijen vanaf het jaar 1932 tot de jaren '80 steeds te maken met een langere opzegtermijn waar zij zich verplicht aan moesten houden.¹¹

In artikel 1639f lid 4 (oud) BW werd gedefinieerd wanneer er sprake was van een voortgezet dienstverband, namelijk twee arbeidscontracten die voor bepaalde tijd tussen dezelfde partijen zijn gesloten en die elkaar met een tussenpoos van minder dan 32 dagen opvolgen. Bij de voortzetting van de arbeidsrelatie bleven de arbeidsvoorwaarden, opgenomen in het oorspronkelijke arbeidscontract, gelden. De één of meer keren voortgezette arbeids-overeenkomst voor bepaalde tijd eindigde echter niet meer van rechtswege en opzegging werd vereist na de aanpassing van artikel 1639f (oud) BW (lid 3) in 1953. Daarbij werd in lid 1 van artikel 1639f (oud) BW opgenomen dat indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tegenspraak werd voortgezet, zij geacht werd voor dezelfde tijdsduur opnieuw te zijn aangegaan met een maximumtermijn van één jaar. Omdat er een toename ontstond van het aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kwam de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in 1995 met een wetsvoorstel om een aantal wetsbepalingen betreffende de arbeidsovereenkomst te wijzigen. Uiteindelijk leidde dit tot concrete wetswijzigingen waarbij het ontslagrecht versoepeld werd (de ontslagbescherming daarbij in acht genomen). Tevens was het doel om het gebruik van tijdelijke arbeidscontracten te beperken en werknemers meer zekerheid en uitzicht op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te bieden. Zo werd de ketenbepaling voor tijdelijke arbeidscontracten vanaf 1 januari 1999, als onderdeel van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid¹², gerealiseerd en opgenomen in artikel 7:668a BW. Hierdoor werd het voor de werkgever en werknemer mogelijk om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tweemaal voort te zetten zonder dat opzegging voor het beëindigen van het arbeidscontract vereist is. Tevens werd de regel betreffende de onderbreking tussen twee arbeids-overeenkomsten gewijzigd. Deze wijziging luidde als volgt: de onderbreking van 31 dagen werd een tussenpoos van ten hoogste 3 maanden. Met deze wet is invulling gegeven aan de

⁸ De Wolff 1999, p.27.

⁹ De tekst van artikel 1639e BW luidde: De dienstbetrekking eindigt van rechtswege, wanneer de tijd is verstreken, bij overeenkomst of reglement, of bij wet of verordening, of bij gebreke daarvan, door het gebruik, bepaald. Voorafgaande opzegging is in dat geval alleen noodig:

1. Indien zulks bij schriftelijk aangegane overeenkomst of bij reglement is bedongen;

2. Indien volgens wet, verordening of gebruik ook bij vooraf bepaalden duur opzegging behoort plaats te hebben en partijen daarvan niet, waar zulks geoorloofd is, bij schriftelijk aangegane overeenkomst of bij reglement zijn afgeweken.

¹⁰ De Wolff 1999, p. 31.

¹¹ De Wolff 1999, p. 37 e.v.

¹² *Stb.* 1998,300; zoals laatstelijk gewijzigd bij; *Stb.* 1998, 741.

verplichtingen die voortvloeien uit Richtlijn 1999/70/EG.¹³ De lidstaat is namelijk volgens clause 5 van de hiervoor genoemde Richtlijn verplicht zich te houden aan de invoering van één of meer van de volgende wettelijke maatregelen:

- a) *Vaststelling van objectieve redenen die een vernieuwing van tijdelijke arbeidsovereenkomsten of verhoudingen rechtvaardigen;*
- b) *Vaststelling van de maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd;*
- c) *Vaststelling van het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten of verhoudingen mogen worden vernieuwd*

Artikel 7:668a BW is een uitwerking van bepalingen b en c. Daarmee voldoet de Nederlandse regelgeving aan de eis van de Richtlijn. De wetgever heeft ervoor gekozen om bepaling a niet op te nemen, omdat hij het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan de arbeidsmarkt over wilde laten.¹⁴ In die zin is het volgens de regering aan de werkgever of werknemer om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd voort te zetten.

2.2 Artikel 7:668a BW: van bepaalde tijd naar onbepaalde tijd

In principe kan de werkgever met iedere in dienst te nemen werknemer een arbeidsovereenkomst sluiten voor een bepaalde of onbepaalde tijd. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt in de praktijk vaak gebruikt om werknemers te beproeven, voor de afronding van tijdelijke werkzaamheden of tijdelijke projecten, maar ook om vaste krachten tijdelijk op te vangen. Daarbij kan gedacht worden aan bijvoorbeeld tijdelijke afwezigheid als gevolg van arbeidsongeschiktheid of zwangerschapsverlof. Om een duidelijk voorbeeld te geven: een ondernemer heeft geen beeld van de kwaliteiten van een werknemer en heeft wellicht ook geen vooruitzicht op nieuwe opdrachten van zijn klanten of cliënten. Hierdoor loopt hij mogelijk het risico dat hij onnodig ontslagkosten zal maken wanneer hij een arbeidscontract voor onbepaalde tijd sluit. Een tijdelijke arbeidsovereenkomst zal hier dan een goede oplossing voor zijn. Dit instrument geeft de meeste werkgevers ook een prettiger gevoel ook al wordt er soms gestreefd de werknemer voor onbepaalde tijd in dienst te behouden.¹⁵

De wet noch de jurisprudentie stellen beperkingen aan de duur van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De wetgever heeft geen maximumtermijnen genoemd om flexibiliteit en zekerheid te waarborgen.¹⁶ Wel gelden de algemene regels in artikel 7:610 BW tot en met 7:612 BW en dient de werkgever in te staan voor de gelijke behandeling bij het aangaan en beëindigen van een arbeidsovereenkomst. Daarbij dienen de regels in de Algemene wet gelijke behandeling (hierna: Awgb) ook in acht te worden genomen. Zo dient de werkgever zich onder andere te houden aan het verbod op het maken van onderscheid tussen werknemers op grond van een verschil in arbeidsduur op basis van artikel 7:648 BW juncto artikel 5 lid 1 Awgb en het verbod tot het maken van onderscheid tussen werknemers op basis van een al dan niet tijdelijke arbeidsovereenkomst. Dit tenzij er een objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig is op grond van artikel 7:649 BW. Een voorbeeld waarbij er mogelijk sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond is wanneer een werkgever geen leaseauto biedt aan een werknemer waarmee een tijdelijke arbeidsovereenkomst is gesloten, maar deze medewerker wel anderszins compenseert voor het gemaakte onderscheid.¹⁷ De werkgever en werknemer kunnen daarnaast op basis van artikel 7:652 lid 4 BW een proeftijd afspreken die voor beide partijen gelijk is en waarbinnen beiden

¹³ PbEG 10 juli 1999, L 175/43.

¹⁴ Loonstra & Zondag 2010 II, p. 1029.

¹⁵ Loonstra & Zondag 2008, p. 118-119.

¹⁶ De Wolff 1999, p. 61.

¹⁷ Loonstra & Zondag 2008, p. 121-122.

contractspartijen op ieder moment afstand kunnen doen van elkaar. De maximumtermijn van de proeftijd is afhankelijk van de duur van de gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Zo kan er een proeftijd afgesproken worden van maximaal één maand, indien de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor korter dan twee jaren is aangegaan. Ook kan een proeftijd van maximaal twee maanden afgesproken worden, indien de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is aangegaan voor twee jaren of langer op grond van artikel 7:652 lid 4 BW. Bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan op basis van artikel 7:652 lid 3 BW een proeftermijn van maximaal twee maanden afgesproken worden. De werkgever kan de (korte) proeftijd wellicht goed gebruiken om te beoordelen of de werknemer voldoet aan de gestelde functie-eisen. Voorts is de werkgever op basis van artikel 7:657 BW verplicht de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tijdig en duidelijk in kennis te stellen van een vacature ter zake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Artikel 7:677 BW begint met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Daarbij is het opmerkelijk dat de wetgever een definitie van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd achterwege heeft gelaten en het blijkbaar overbodig heeft bevonden. De Hoge Raad stelde vast dat een arbeidsovereenkomst alleen gekwalificeerd kan worden als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, indien de einddatum objectief bepaalbaar is. Bij onduidelijkheid over de einddatum van een arbeidsovereenkomst kan een arbeidsovereenkomst dus niet gezien worden als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, aldus de Hoge Raad.¹⁸ Artikel 7:677 BW geeft aan dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt wanneer de tijd verstrijkt die bij overeenkomst, wet of door het gebruik is aangegeven. Dit is het belangrijkste verschil tussen de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en onbepaalde tijd, omdat er voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wél voorafgaande opzegging vereist is op grond van artikel 7:667 lid 6 BW. Voorafgaande opzegging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is vereist wanneer dit in de arbeidsovereenkomst is geregeld of indien dit volgens de wet of het gebruik behoort plaats te vinden op basis van artikel 7:667 lid 2 BW. Tussentijdse opzegging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is alleen mogelijk indien dit recht voor beide partijen in het arbeidscontract is opgenomen volgens artikel 7:667 lid 3 BW. Een mondelinge afspraak omtrent voorafgaande opzegging is daarentegen nietig.¹⁹ Belangrijk bij opzegging is dat de werkgever en de werknemer de opzegtermijnen in acht moeten nemen en de werkgever voor een tussentijdse beëindiging van een arbeids-overeenkomst voor bepaalde tijd toestemming nodig heeft van het UWV Werkbedrijf. Dit laatst geldt ook voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Indien in de arbeidsovereenkomst of in de cao niet is opgenomen dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd en de werknemer zich tegen het ontslag verzet, dan is voor het beëindigen van het dienstverband wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd ook toestemming nodig van het UWV Werkbedrijf.²⁰ Op de vraag of de leeftijdsgrens van 65 jaar als grond voor het ontslag terecht wordt aangevoerd en of de werkgever dus geen verboden leeftijdsonderscheid maakt wordt in paragraaf 4.3 antwoord gegeven. Op verzoek van de werkgever of werknemer dient degene die de arbeidsovereenkomst opzegt ten slotte een schriftelijke opgave te geven van de reden van opzegging op basis van artikel 7:669 BW.

Indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt voortgezet dan kan dit *stilzwijgend of uitdrukkelijk* gebeuren. Voor de werkgever biedt dit de mogelijkheid om de bestaande arbeidsvoorwaarden te wijzigen en/of nieuwe arbeidsvoorwaarden op te nemen in het arbeidscontract. Wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt en het dienstverband wordt voortgezet zonder tegenspraak, dan spreekt men van een stilzwijgende voortzetting op basis van artikel 7:668 lid 1 BW en is er een nieuw arbeidscontract onder dezelfde

¹⁸ HR 8 januari 1952, NJ 1952, 243.

¹⁹ Loonstra & Zondag 2010 II, p. 773.

²⁰ UWV WERKbedrijf 2010, p. 295.

arbeidsvoorwaarden en voor dezelfde tijd, maar telkens voor ten hoogste één jaar, totstandgekomen. Deze regel geldt ook voor gevallen waarin opzegging nodig is op basis van artikel 7:668 lid 2 BW juncto artikel 7:667 leden 2, 4 en 5 BW, maar tijdige opzegging achterwege is gebleven. Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen elkaar echter niet onbeperkt opvolgen.

2.2.1 Conversie

Of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege tot stand komt ligt aan hoe vaak en hoelang een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is gesloten tussen de werkgever en de werknemer op grond van artikel 7:668a BW. In lid 1 van artikel 7:668a BW staat het volgende:

Vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen:

- a) 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 arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd;*
- b) meer dan 3 voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan 3 maanden, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.*

Allereerst kan hieruit opgemaakt worden dat het moet gaan om *arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd* die gesloten zijn tussen *dezelfde contractspartijen*. Wat verder opvalt aan artikel 7:668a lid 1 BW is dat het niet van belang is of de arbeidsvoorwaarden van de werknemer gewijzigd zijn. Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat van rechtswege op het moment dat tijdens de looptijd van de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd de grens van 36 maanden is overschreden. Daarbij dienen de arbeidscontracten elkaar opgevolgd te hebben met onderbrekingen van ten hoogste drie maanden (die bij de 36 maanden zijn inbegrepen). Het tussentijds wijzigen van de omvang van het aantal werkuren binnen de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werd door de kantonrechter te Apeldoorn²¹ en de rechtbank te Maastricht²² overigens niet aangemerkt als een opeenvolging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Wijzigingen binnen de arbeidsovereenkomst werden door de rechter niet gezien als afzonderlijke arbeidsovereenkomsten.

Een uitzondering op de regel in artikel 7:668a lid 1 sub a BW staat in artikel 7:668a lid 3 BW. Wanneer een arbeidsovereenkomst tussen *dezelfde contractspartijen* 3 maanden of korter heeft geduurd en deze een arbeidsovereenkomst van 36 maanden of langer *onmiddellijk* heeft opgevolgd, dan wordt deze niet meegeteld in de ketenreeks en ontstaat er geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit kan van toepassing zijn op werkgevers die werknemers voor een tijdelijk project aannemen, waarbij het project uitloopt en dus de arbeidsovereenkomst dient te worden verlengd zonder dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.²³ Het is wel eigenaardig dat contractspartijen die al een (lange) arbeidsovereenkomst van 36 maanden voor bepaalde tijd hebben gesloten deze vervolgens nog kunnen verlengen met drie maanden zonder te maken te krijgen met conversie.²⁴ Een kritische vraag die daarbij gesteld kan worden is of met deze bepaling de werknemer genoeg zekerheid en uitzicht op een vast dienstverband wordt geboden zoals bij de totstandkoming van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid werd beoogd.

²¹ Ktr. Apeldoorn 2 juli 2003, JAR, 2003/170.

²² Rb. Maastricht 27 februari 2008, JAR, 2008/146.

²³ Kamerstukken I, 1997/98, 25 263, nr 132b, p. 19 (MvA I).

²⁴ De Wolff 1999 p. 190.

Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan verder op grond van artikel 7:668a lid 1 sub b BW tweemaal voortgezet worden zonder dat opzegging vereist is voor de beëindiging, tenzij schriftelijk overeengekomen is dat opzegging vereist is. Een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in de keten (met tussenpozen van maximaal drie maanden) is altijd een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit tenzij hiervan afgeweken wordt bij collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: cao) of regeling op grond van artikel 7:668a lid 5 BW. Dit geldt ook voor de oproepovereenkomst.²⁵ De opzegtermijn wordt vervolgens berekend vanaf het tijdstip van totstandkoming van de eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op basis van artikel 7:668a lid 4 BW. Ter verheldering de volgende voorbeelden:

- *Een werknemer sluit een arbeidsovereenkomst voor de duur van 12 maanden en treedt per 1 januari 2006 in dienst bij het bedrijf. Op 1 januari 2007 krijgt de werknemer een nieuw arbeidscontract voor 24 maanden. Omdat een periode van 36 maanden op 1 januari 2009 wordt overschreden, is de arbeidsovereenkomst vanaf die dag van rechtswege omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Daarna eindigt de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege, maar slechts door middel van opzegging. (artikel 7:668a lid 1 sub a BW juncto 7:667 lid 6 BW)*
- *Een werknemer gaat vanaf 1 januari 2001 voor een half jaar werken bij een bedrijf. Zijn arbeidsovereenkomst wordt op 1 juli 2001, 1 januari 2002 en 1 juli 2002 iedere keer verlengd met een half jaar. Met ingang van 1 juli 2002 is zijn laatste arbeidsovereenkomst van rechtswege omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, die alleen eindigt door middel van opzegging. (artikel 7:668a lid 1 sub b BW juncto 7:667 lid 6 BW)*

Wanneer de onderbrekingen tussen de arbeidsovereenkomsten langer dan drie maanden duren, wordt de keten doorbroken en geldt de volgende arbeidsovereenkomst weer als eerste schakel in de zin van artikel 7:668a BW. De vraag die hierbij rijst is of de werkgever en werknemer afspraken mogen maken om het ontstaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te voorkomen. In het arrest *Greenpeace/Simpson*²⁶ heeft het Gerechtshof te Amsterdam geoordeeld dat er geen sprake was van misbruik of strijd met de wet, indien een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt beëindigd en weer wordt hervat na drie maanden en één dag. Zo is het bijvoorbeeld ook gerechtvaardigd om een werknemer wegens seizoensgebonden arbeid alleen tijdelijke arbeidscontracten aan te bieden.²⁷ Indien er sprake is van een formele onderbreking van meer dan drie maanden, waarin feitelijk (enige) werkzaamheden worden verricht door de werknemer, is er sprake van schijnonderbreking. Dit levert wél misbruik en strijdigheid met de wet op.²⁸ Contractspartijen dienen zich hier dus wel bewust van te zijn, omdat zij zich als een goed werkgever en een goed werknemer dienen te gedragen op grond van artikel 7:611 BW.

2.2.2 Opvolgend werkgeverschap

In tegenstelling tot artikel 7:668a lid 1 BW, waarbij de inhoud van een functie niet van belang is, is de situatie anders als er sprake is van een opvolgende werkgever. In artikel 7:668a lid 2 BW is de zogenaamde 'anti-draaideur' bepaling opgenomen om te voorkomen dat werkgevers de ontslagbescherming van werknemers proberen te omzeilen. De werkgevers zouden anders de mogelijkheid hebben gehad om werknemers bijvoorbeeld van de ene vennootschap naar de andere vennootschap over te zetten zoals bij grote organisaties waarin verschillende organisatorische eenheden bestaan. Ook zouden werkgevers de ketenreeks van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen doorbreken door de werknemer via een uitzendbureau een dienstverband aan te bieden, terwijl de

²⁵ Ktr. Meppel 15 maart 2001, JAR, 2001/73.

²⁶ Hof Amsterdam 25 augustus 2005, JAR, 2005/234.

²⁷ Ktr. Groningen 14 maart 2007, JAR, 207/102.

²⁸ Loonstra & Zondag 2010 II, p. 1032-1033.

werkzaamheden hetzelfde blijven.²⁹ In de memorie van toelichting staat dat artikel 7:668a lid 2 BW ook de opbouw van rechten van de werknemer beoogt te beschermen.³⁰ Hiermee wordt de opbouw van arbeidsovereenkomsten of arbeidsjaren voor werknemers bedoeld om uiteindelijk een vast dienstverband te krijgen. Toepassing van artikel 7:668a Lid 2 BW is echter niet alleen beperkt tot misbruiksituaties, maar de bepaling heeft ook een ruimere strekking. Dit duidt de term *'redelijkerwijs (geacht worden elkaars opvolger te zijn)'* in artikel 7:668a lid 2 BW ook aan volgens de Hoge Raad.³¹ Ook arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd worden meegerekend in de ketenreeks van arbeidsovereenkomsten met opvolgende werkgevers. Dit houdt in dat bij opeenvolgende arbeidsovereenkomsten tussen opvolgende werkgevers eerder omzetting kan plaatsvinden dan wanneer er omzetting plaatsvindt op basis van artikel 7:668a lid 1 BW.³² Daarbij kan gedacht worden aan de zogenoemde Ragetlie-regel³³ in artikel 7:667 lid 4 en lid 5 BW. Wanneer er sprake is van een faillissement bij een onderneming dan tellen de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde of onbepaalde tijd van een werknemer, uit de periode voorafgaand aan het faillissement, mee in de ketenreeks indien er sprake is van opvolgend werkgeverschap ex artikel 7:668a lid 2 BW. Dit betekent dat indien het dienstverband met de eerste (failliete) en de tweede (opvolgende) werkgever een termijn van 36 maanden overschrijdt of wanneer er sprake is van meer dan drie arbeidscontracten, de werknemer op basis van artikel 7:668a lid 2 BW bescherming geniet en er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan.³⁴ Artikel 7:668a lid 2 BW geldt echter niet wanneer er sprake is van een overgang van een onderneming, omdat de rechten en plichten van de voorgaande werkgever overgaan op de verkrijger van de onderneming op basis van artikel 7:663 BW.

Om te kunnen spreken van opvolgend werkgeverschap is in ieder geval bepalend of de werkzaamheden die bij de opvolgende werkgever zullen worden verricht (c.q. de functie van de werknemer), dezelfde werkzaamheden betreffen als de werkzaamheden die verricht werden voor de voorgaande werkgever. De kantonrechter te Zwolle oordeelde dat de inhoud van de arbeidsovereenkomst, de standplaats en de werkplek van de werknemer van belang zijn om te kunnen spreken van opvolgend werkgeverschap. De kantonrechter te Hilversum achtte de standplaats van een werknemer minder belangrijk, maar vond het antwoord op de vraag of het werk hetzelfde of nagenoeg hetzelfde is van belang. Er dient dus afhankelijk van de omstandigheden sprake te zijn van een zeker *'behoud van identiteit'*.³⁵ Wanneer er sprake is van opvolgend werkgeverschap gelden vervolgens de regels die in artikel 7:668a lid 1 BW staan voor conversie.

2.2.3 Afwijking bij CAO

Artikel 7:668a lid 5 BW regelt dat bij cao of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan *ten nadele* van de werknemer afgeweken kan worden van artikel 7:668a leden 1 tot en met 4 BW. Zo mag een cao bijvoorbeeld bepalen dat met betrekking tot het opvolgend werkgeverschap een voorafgaande arbeidsrelatie niet meetelt in de ketenreeks op basis van artikel 7:668a lid 2 en 5 BW. Ook kan een cao in een bepaalde sector afwijken van de ketenbepaling en bijvoorbeeld bepalingen bevatten die uitsluitend gelden voor werknemers tot een bepaalde leeftijd, maar dan moet hier wel een objectieve rechtvaardiging voor bestaan op grond van artikel 7 van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (hierna: Wgbla). Wat de vereisten zijn voor een objectieve rechtvaardiging komt in

²⁹ Zie ook HR 22 november 1991, NJ 1992, 707 (Campina).

³⁰ Kamerstukken II, 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 26 (MvT).

³¹ Willems 2009, p. 33.

³² Loonstra & Zondag 2010 II, p. 1038.

³³ De ragetlie-regel is gevormd in de jurisprudentie (HR 4 april 1986, NJ 1987, 678). De ketenbepaling staat los van de Ragetlie-regel in de zin dat artikel 7:667 lid 4 en 5 BW over opzegging gaat en artikel 7:668a lid 1 en 2 BW over de conversie van tijdelijke arbeidsovereenkomsten gaat. Zie ook Kamerstukken II, 1998/99, 26 257, nr.3, p.1-3 (MvT) en Kamerstukken II, 1998/99, 26 257, nr.7, p. 5 (NV II).

³⁴ Zie ook HR 14 juli 2006, RAR 2006, 122 (Boekenvoordeel/Isik) en HR 3 maart 2009, LJN BH5977 (Vege Motoren/X).

³⁵ Loonstra & Zondag 2010 II, p. 1035 -1037.

hoofdstuk 4 aan bod. De cao dient verder uitdrukkelijk af te wijken van de ketenbepaling in artikel 7:668a BW. Dit houdt bijvoorbeeld in dat er een cao-bepaling opgenomen dient te zijn die duidelijk afwijkt van het looptijd criterium³⁶ of het aantal criterium³⁷ of van beiden.³⁸ Het gevolg van een onduidelijke cao-bepaling kan zijn dat de bepaling uiteindelijk door de rechter *ten voordele* van de werknemer wordt uitgelegd.³⁹ Overigens heeft een afwijkende cao-bepaling geen werking, indien de afwijkende cao-bepaling na het ontstaan van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door conversie in de arbeidsovereenkomst is opgenomen.⁴⁰

Het HvJ heeft aangegeven dat voor het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd nadere criteria moeten worden gesteld die een tijdelijke behoefte uitdrukken, transparant, objectief en proportioneel zijn.⁴¹ Wanneer er afgeweken wordt van de ketenbepaling, dient de afwijkende bepaling te voldoen aan de Europese richtlijn (1999/70/EG) om misbruik van de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te voorkomen.⁴² De lidstaat is verantwoordelijk voor het begrenzen van een afwijkende bepaling. Het feit dat in artikel 7:668a lid 5 BW is opgenomen dat bij cao afgeweken kan worden van de ketenbepaling is geen grond om onbepaald van de ketenbepaling af te wijken. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval of het continueren van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gerechtvaardigd is, aldus het HvJ in het arrest *Adeneler*. Het is dus niet de bedoeling dat de werknemer in een onzekere situatie terecht komt, doordat een van toepassing verklaarde cao zodanig afwijkt van de door de richtlijn gestelde regels en de werkgever opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd blijft aanwenden voor permanente behoeften.⁴³ Indien dit toch gebeurt dan zou de nietigheid van deze bepalingen wellicht via een beroep op artikel 7:611 BW (goed werkgever- en werknemerschap) en via een richtlijnconforme interpretatie van artikel 7:668a BW ingeroepen kunnen worden bij de rechter.

2.2.4 Uitzendovereenkomsten

Wat betreft elkaar opeenvolgende uitzendovereenkomsten is de ketenbepaling in artikel 7:668a BW van toepassing zodra de uitzendwerknemer 26 weken – al dan niet met tussenpozen van minder dan één jaar – heeft gewerkt bij een derde in opdracht van de uitzendwerkgever op grond van artikel 7:691 lid 1 en lid 4 BW. Volgens de memorie van toelichting is deze bijzondere bepaling voor de uitzendovereenkomst opgenomen om over de flexibiliteit en het bijzonder karakter van de uitzendovereenkomst te waken. De functie van de uitzendovereenkomst impliceert namelijk dat contractspartijen een zekere vrijheid hebben om een arbeidsrelatie aan te gaan en te verbreken. Voor de uitzendwerknemer vormt deze vrijheid ook een onzekere factor voor wat betreft zijn werk en inkomen. Daarom achtte de wetgever het van belang om de duur van deze situatie te begrenzen.⁴⁴ De telling van 26 weken bedoeld in artikel 7:691 lid 1 BW herstart wanneer er sprake is van een onderbreking van één jaar of langer waarin geen arbeid is verricht op basis van artikel 7:691 lid 4 BW. Dit is anders wanneer er sprake is van opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:691 lid 5 BW. De telling van 26 weken die bij een eerdere uitzendwerkgever is gestart loopt dan door bij de volgende uitzendwerkgever. De bovengenoemde wetsbepalingen gelden ook voor een detacheringsovereenkomst, omdat deze goed vergelijkbaar is met een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW.⁴⁵ Het toezicht en de leiding worden

³⁶ Artikel 7:668a lid 1 sub a BW.

³⁷ Artikel 7:668a lid 1 sub b BW.

³⁸ Ktr. Eindhoven 8 februari 2001, JAR, 2001/46.

³⁹ Ktr. Amsterdam 13 december 2001, JAR, 2002/2.

⁴⁰ Loonstra & Zondag 2010 II, p. 1043.

⁴¹ HvJ EG 4 juli 2006, JAR, 2006/175.

⁴² Bakels, Asscher-Vonk en Bouwens 2009, p. 177.

⁴³ Loonstra & Zondag 2008, p. 122.

⁴⁴ Kamerstukken II, 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9-11 (MvT).

⁴⁵ Ktr. Sneek 10 november 2006, JAR, 2007/153.

namelijk uitgeoefend door de inlener en het werkgeversgezag voor het overige blijft bij het detacheringsbureau. Overigens geldt het opvolgend werkgeverschap ex artikel 7:668a lid 2 BW ook wanneer uitzend- of detacheringsovereenkomst(en) en één of meerdere arbeidsovereenkomst(en) voor bepaalde tijd bij de opdrachtgever elkaar opvolgen. De regel dat de verrichte werkzaamheden hetzelfde moeten zijn gebleven om te kunnen spreken van een opvolgende werkgever blijft daarbij gelden.

2.2.5 *Praktijkvoorbeelden*⁴⁶

Onderstaand een tweetal voorbeelden die afkomstig zijn uit de praktijk van Van Buren. Deze voorbeelden zijn afkomstig uit twee cliëntendossiers die betrekking hebben op de ketenbepaling en zijn bedoeld als verduidelijking van hetgeen beschreven is in paragraaf 2.2.2 en 2.2.4.

Praktijkcasus 1

Mevrouw X was vanaf 5 maart 2007 via detacheringsbureau Z werkzaam bij bedrijf Y voor de duur van zes maanden. Op de arbeidsovereenkomst van mevrouw X met detacheringsbureau Z was geen cao van toepassing. Na zes maanden eindigde de detacheringsovereenkomst en trad mevrouw X op 1 september 2007 in dienst bij bedrijf Y met een arbeidsovereenkomst voor de duur van één jaar. Op deze arbeidsovereenkomst was wél een cao van toepassing verklaard. In de cao stond dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd éénmalig kon worden verlengd met een maximum van in totaal drie jaar. Zodra een *verlengde* arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werd voortgezet, gold de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd. Op 1 september 2008 werd de arbeidsovereenkomst met mevrouw X verlengd voor de duur van één jaar. Mevrouw X had nog steeds dezelfde functie, maar kreeg werkzaamheden op een andere afdeling. Vervolgens werd de arbeidsovereenkomst met mevrouw X vanaf 1 september 2009 niet meer verlengd en zou het contract volgens bedrijf Y per 31 augustus 2009 van rechtswege eindigen.

De belangrijke vraag in deze zaak was: *is er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand gekomen door conversie op basis van de ketenbepaling in artikel 7:668a BW?* Bedrijf Y stelde zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst per 31 augustus 2009 rechtsgeldig zou eindigen op basis van artikel 7:668a lid 1 sub b BW, omdat er volgens bedrijf Y maar twee arbeidscontracten voor bepaalde tijd zijn aangegaan. De detacherings-overeenkomst zou volgens bedrijf Y niet meetellen in de ketenreeks, omdat detacherings-bureau Z niet dezelfde werkgever is of in ieder geval geen zodanige band heeft met bedrijf Y. Uiteindelijk werd er in een kort geding een minnelijke regeling getroffen. Deze regeling hield in dat de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden eindigde op 1 november 2009 en dat bedrijf Y daarnaast twee bruto maandsalarissen inclusief vakantietoeslag aan mevrouw X moest betalen. Daarbij diende bedrijf Y het loon tot 1 november 2009, het vakantiegeld en uiteraard de overige kosten (hypotheekrentekorting) door te betalen. Opgemerkt wordt nog dat mevrouw X koos voor een afkoopregeling in plaats van een voortzetting van het dienstverband, omdat ze weinig vertrouwen had in een verdere vruchtbare samenwerking.

Zoals al eerder is aangegeven gelden de regels voor elkaar opeenvolgende uitzend-overeenkomsten ook voor een detacheringsovereenkomst. In artikel 7:691 lid 1 BW staat dat de ketenbepaling in artikel 7:668a BW pas van toepassing is zodra de werknemer meer dan 26 weken werk heeft verricht. Uit de casus blijkt echter dat de detacherings-overeenkomst eindigde en opgevolgd werd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bij de opdrachtgever dus is artikel 7:691 BW niet van toepassing op deze casus. De detacheringsovereenkomst telde dus mee als één arbeidscontract in de zin van artikel 7:668 lid 2 BW juncto artikel 7:668a lid 1 sub b BW, omdat mevrouw X dezelfde arbeid bleef

⁴⁶ In verband met een geheimhoudingsplicht zijn de namen van contractspartijen weggelaten.

verrichten en er dus sprake was van opvolgend werkgeverschap tussen detacheringsbureau Z en bedrijf Y. Aangezien mevrouw X hiermee drie arbeidscontracten had gold de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd op grond van artikel 7:668a lid 1 sub b BW.

Praktijkcasus 2

De heer A was per 1 April 2007 werkzaam bij bedrijf B via een uitzendovereenkomst met uitzendbureau C. Op 1 november 2007 trad de heer A in dienst bij bedrijf B (op dezelfde afdeling en onder dezelfde werkzaamheden) en eindigde de uitzendovereenkomst met uitzendbureau C. Er werd een arbeidsovereenkomst gesloten voor de duur van drie jaren (36 maanden). Vervolgens probeerde bedrijf B de heer A na 36 maanden het arbeidscontract te verlengen in de vorm van een 'leer-arbeidscontract' voor de duur van drie maanden. Het leek er op dat de werkgever een beroep deed op artikel 7:668a lid 3 BW. Artikel 7:668a lid 3 BW geeft namelijk aan dat er geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat op basis van artikel 7:668a lid 1 sub a BW, indien een arbeidsovereenkomst die aangegaan is voor niet meer dan drie maanden een tussen dezelfde partijen aangegane arbeidsovereenkomst voor 36 maanden of langer *onmiddellijk* opvolgt. De heer A ging hier niet mee akkoord, omdat er volgens hem reeds sprake zou zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In dit praktijkvoorbeeld stond een soortgelijke vraag als in de vorige casus centraal, dus *of de uitzendovereenkomst meegeteld kan worden in de ketenreeks en er van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand was gekomen.*

Ook in deze casus dient er bekeken te worden of er sprake is van opvolgend werkgeverschap aangezien de heer A eerst in dienst was via uitzendbureau C. Artikel 7:668a lid 2 BW geeft aan dat er sprake moet zijn van werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid geacht worden elkaars opvolger te zijn. Niet onbelangrijk is ook of de werkplek hetzelfde is gebleven om te spreken van opvolgend werkgeverschap. Uit de functieomschrijvingen bleek dat de verantwoordelijkheden en taken van de heer A werden verruimd, terwijl de heer A in praktijk dezelfde werkzaamheden bleef verrichten op dezelfde afdeling en met dezelfde collega's. Aangezien er in deze zaak geen procedure werd gestart, maar een regeling werd getroffen, is niet vast komen te staan dat er sprake was van opvolgend werkgeverschap. Toch kan men hieruit opmaken dat de werkzaamheden hetzelfde bleven en derhalve een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd was ontstaan op basis van leden 1 en 2 artikel 7:668a BW aangezien de termijn van 36 maanden ook werd overschreden. De heer A stemde echter in met een beëindigingsovereenkomst aangezien er sprake was van een breuk in de relatie met bedrijf B en bedrijf B onder geen beding verder wilde met de heer A. Het voortzetten van de arbeidsovereenkomst bood voor de heer A geen perspectieven meer op een succesvolle maatschappelijke loopbaan.

3 De wetswijziging: tijdelijke verruiming van de mogelijkheid in artikel 668a van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan

De ketenbepaling voor tijdelijke arbeidsovereenkomsten heeft zich tot aan de wetswijziging van 9 juli 2010 inhoudende de verruiming van de ketenbepaling voor tijdelijke arbeidsovereenkomsten ontwikkeld. In dit hoofdstuk wordt de wetswijziging inhoudende de verruiming van de ketenbepaling voor tijdelijke arbeidsovereenkomsten beschreven en geanalyseerd. Om een zo duidelijk mogelijk beeld te kunnen geven van wat de wetswijziging inhoudt en wat de gevolgen daarvan zijn, wordt in de eerste paragraaf allereerst ingegaan op de aanleiding, het doel en de geldingstermijn van de wetswijziging. In de tweede paragraaf wordt vervolgens ingegaan op de wijziging van artikel 7:668a BW. Er wordt aangegeven wat er precies gewijzigd is aan artikel 7:668a BW. Aangezien de wetgever het mogelijk heeft gemaakt dat bij cao ook kan worden afgeweken van de tijdelijk verruimde ketenbepaling, wordt in de derde paragraaf beschreven wat dat inhoudt en welke gevolgen dit heeft voor contractspartijen. Verder komt het leeftijdsonderscheid aan bod waarbij de samenhang van de wetswijziging met de WIJ nader wordt toegelicht. Tot slot wordt in de laatste paragraaf aandacht besteed aan de belangrijkste bezwaren die men heeft of kan hebben tegen de verruiming van de ketenbepaling voor tijdelijke arbeidsovereenkomsten.

3.1 Achtergrond van de wetswijziging

Ook de arbeidsmarkt in Nederland werd getroffen door de huidige economische crisis, waardoor de werkloosheid onder de tijdelijke werknemers steeg. Veel organisaties hebben hun personeelsbestand moeten verkleinen om ervoor te zorgen dat hun organisatie op de economische crisis adequaat kan reageren. In het jaar 2010 werden met name tijdelijke werknemers afgestoten aangezien de arbeidscontracten financieel en wettelijk gezien niet meer voor bepaalde tijd konden worden verlengd. Daarnaast hebben vele ondernemingen vacatures geschrapt aan het begin van de economische crisis, waardoor nog meer arbeidsplaatsen verloren zijn gegaan. Volgens de regering ontstaan er in bepaalde sectoren wel weer nieuwe vacatures. Bijvoorbeeld de verschillende sectoren in de markt- en collectieve sector die te maken hebben met vergrijzing, waardoor banen vrij komen die opgevuld moeten worden. Ook ontstaan vacatures doordat werknemers zich van de arbeidsmarkt terugtrekken wegens de zorg voor kinderen, door wisseling van baan, om een opleiding te volgen of wegens emigratie. De herbezetting is echter beperkt door de economische crisis. Met name de werknemers tot 27 jaar zouden hier eerder en sterker de gevolgen van ondervinden. Volgens de memorie van toelichting is 39% van het aantal werknemers met tijdelijke contracten (553 000 werknemers) jonger dan 25 jaar.⁴⁷ Deze jonge werknemers hebben doorgaans minder werkervaring en voor hen is het lastiger om een baan te vinden op het moment dat zij uit het onderwijs stromen. De motie Rutte⁴⁸, die op 26 maart 2009 aangenomen werd door de Tweede Kamer, is de aanleiding geweest voor het wetsvoorstel inhoudende de verruiming van de ketenbepaling voor werknemers tot 27 jaar. De wetgever beoogde met dit wetsvoorstel de arbeidspositie van jongeren tot 27 jaar te versterken door deze groep langer aan het werk te houden. De SP-fractie vroeg zich af waarom de verruiming van de ketenbepaling niet voor alle werknemers geldt aangezien het de werkgelegenheid bevordert? Minister Donner antwoordde hierop dat met deze wetswijziging geen fundamentele wijziging van het ontslagrecht wordt beoogd en slechts bedoeld is als tijdelijke maatregel gericht op jongeren als gevolg van de economische crisissomstandigheden. Minister Donner gaf dus eigenlijk aan dat er niet op een wijziging van het ontslagrecht vooruit wordt gelopen.⁴⁹ In de memorie van toelichting is aangegeven dat verwacht wordt dat de jeugdwerkloosheid in de loop van de tijd steeds meer een stijgende lijn gaat vertonen. De wetswijziging strekt er daarom ook toe om het (tijdelijk) mogelijk te

⁴⁷ Kamerstukken II, 2008/09, 32 058, nr. 3, p. 1-2 (MvT).

⁴⁸ Kamerstukken II, 2008/09, 31 070, nr. 30.

⁴⁹ Boot 2010, p. 4.

maken dat jongeren tot 27 jaar vaker en langer opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met werkgevers kunnen sluiten. Hiermee wil de wetgever ook de werkgever tegemoetkomen, aangezien het voor de werkgever in deze crisistijden gunstiger is om meer tijdelijke arbeidsovereenkomsten met jongeren te sluiten en de arbeidsrelaties met de jongeren voort te zetten. De werkgevers zullen gedurende de crisissituaties namelijk niet snel een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd sluiten.⁵⁰ De focus wordt volgens de regering dus zowel op de onzekerheid van de werknemer als op de onzekerheid van de werkgever gelegd.

Op 9 juli 2010 is de wetswijziging uiteindelijk in werking getreden. Omdat de economische crisis de aanleiding is voor de wetswijziging, dient de wetswijziging zoals gezegd als een tijdelijke maatregel. Het wetsvoorstel spreekt van een termijn van twee jaar met als einddatum 1 januari 2012.⁵¹ Er wordt vanuit gegaan dat de economische crisis na twee jaar is overbrugd.⁵² Deze termijn kan echter verlengd worden tot 1 januari 2014 bij Koninklijk Besluit indien de problemen zich blijven voordoen. Dit betreft een absolute einddatum en daarvan kan niet worden afgeweken. Om een besluit tot verlenging van deze tijdelijke maatregel te kunnen nemen wordt het effect van de wetswijziging in de periode tot 2012 nog onderzocht.⁵³ De criteria en de indicatoren die hierbij als uitgangspunten gelden zijn:

1. De verwachting dat de economische crisis ook na 1 januari 2012 voortduurt;

Indicatoren voor de economische crisis:

- *het aantal jeugdwerklozen;*
- *de totale werkloosheid;*
- *het aantal flexibele arbeidsrelaties (tijdelijke contracten, uitzendwerk).*

2. De effectiviteit van de maatregel: het gebruik door werkgevers van de mogelijkheid om langer (48 maanden) en vaker (vier) opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan met jongeren.

Indicator voor de effectiviteit van de maatregel:

- *het aantal jongeren met langer (vier jaar) of vaker (vier) opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, van wie zonder deze maatregel de arbeidsrelatie eerder beëindigd zou zijn⁵⁴*

3.2 Aanpassing artikel 7:668a BW

Door de wetswijziging is een nieuw zesde lid toegevoegd aan artikel 7:668a BW en wordt in artikel 7:668a lid 5 BW verwezen naar het zesde lid. De aanpassing van artikel 7:668a BW brengt mee dat, in afwijking van artikel 7:668a lid 1 BW, bij de vijfde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of na een periode van 48 maanden van opeenvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Dit geldt alleen voor de categorie werknemers jonger dan 27 jaar. De maximumtermijn van drie maanden voor de onderbreking tussen opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd blijft ongewijzigd. Sinds 9 juli 2010 luidt artikel 7:688a BW als volgt:

*1. Vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen:
a. 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*

⁵⁰ Kamerstukken II, 2008/09, 32 058, nr. 3, p. 2-4 (MvT).

⁵¹ Kamerstukken II, 2008/09, 32 058, nr. 3, p. 6 (MvT).

⁵² Kamerstukken II, 2009/10, 32 058, nr. 6, p. 1 (NV II).

⁵³ Kamerstukken I, 2009/10, 32 058, nr. G, p. 1-2.

⁵⁴ Kamerstukken II, 2009/10, 32 058, nr. 6, p. 2 (NV II).

ingang van die dag de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd;
b. meer dan 3 voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan 3 maanden, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.

2. Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn.

3. Lid 1, onderdeel a en laatste zinsnede, is niet van toepassing op een arbeidsovereenkomst aangegaan voor niet meer dan 3 maanden die onmiddellijk volgt op een tussen dezelfde partijen aangegane arbeidsovereenkomst voor 36 maanden of langer.

4. De termijn van opzegging wordt berekend vanaf het tijdstip van totstandkoming van de eerste arbeidsovereenkomst als bedoeld onder a of b van lid 1.

5. Van de leden 1 tot en met 4 en lid 6 kan slechts bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan worden afgeweken ten nadele van de werknemer.

6. Voor werknemers jonger dan 27 jaar wordt in lid 1 onder a en in lid 3 in plaats van **36 maanden** gelezen: **48 maanden** en in lid 1 onder b in plaats van **3** voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten: **4** voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten.

3.3 Verruiming ketenbepaling vs. cao-afwijking

Het zesde lid van artikel 7:668a BW is net zoals de overige bepalingen in artikel 7:668a BW van *driekwartdwingend recht* op grond van het gewijzigde artikel 7:668a lid 5 BW. Dat betekent dat bij cao ook van de verruimde ketenbepaling in artikel 7:668a lid 6 BW *ten nadele* van werknemers tot 27 jaar afgeweken kan worden. De wijze waarop hier invulling aan wordt gegeven, is een verantwoordelijkheid van de cao-partijen. Cao-partijen kunnen dus in de cao afspreken dat na een langere of kortere periode dan 48 maanden een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Daarnaast kan de cao ook bijvoorbeeld regelen dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet bij de vijfde arbeidsovereenkomst ontstaat, maar bijvoorbeeld bij de tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Aangezien de situatie met betrekking tot artikel 7:668a lid 5 BW gelijk blijft, heeft de wetswijziging geen gevolgen voor de bestaande en toekomstige cao-afspraken die afwijken van de ketenbepaling.⁵⁵

Omdat van het nieuwe zesde lid van artikel 7:668a BW bij cao afgeweken kan worden en de verruiming van de ketenbepaling dus verruimd of ingeperkt kan worden, rijst de vraag of het doel van de wetswijziging hiermee niet gemist wordt. De wijziging van artikel 7:668a lid 5 BW zorgt er namelijk voor dat cao-partijen de mogelijkheid hebben om een nog flexibeler regime af te spreken, terwijl met de verruiming van de ketenbepaling al een vergroting van de flexibiliteit wordt beoogd. Uit het cao-onderzoek naar de ketenbepaling (in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel) is naar voren gekomen dat 46 cao's (40%) van de 115 onderzochte cao's een bepaling bevatten waarmee afgeweken wordt van de ketenbepaling in artikel 7:668a BW. Van de 46 cao's bevatten 20 cao's afwijkende bepalingen die voor alle werknemers gelden. Daarnaast zijn er ook een aantal cao's in bepaalde sectoren die de ketenbepaling bijvoorbeeld verruimen, zowel ten aanzien van de totale duur (12%) als het aantal opeenvolgende arbeidsovereenkomsten (15%).⁵⁶ Als voorbeeld kan de horeca-cao genomen worden, waarin het mogelijk wordt gemaakt om 6 tijdelijke contracten af te sluiten. Het effect van de nieuwe wet is dus beperkt, omdat er immers niets is veranderd voor werkgevers en werknemers die gebonden zijn aan een cao waarin al is voorzien in een verruiming van de ketenbepaling. Alleen de werknemers, die niet onder een dergelijke cao vallen of onder een cao vallen die niet van de ketenbepaling afwijkt, kunnen een beroep doen op artikel 7:668a lid 6 BW. Het doel van de wetswijziging om jeugdwerkloosheid te bestrijden door het mogelijk maken van meer tijdelijke arbeidscontracten, wordt hiermee dus maar beperkt verwezenlijkt. Hier is de regering zich bewust van en ook de Raad van State is van oordeel dat de wetswijziging een geringe bijdrage zal leveren aan het voorkomen van

⁵⁵ Kamerstukken II, 2008/09, 32 058, nr. 3, p. 7 (MvT).

⁵⁶ Kamerstukken II, 2009/10, 32 058, nr.8, p. 1.

jeugdwerkloosheid.⁵⁷ De regering is wel van mening dat de tijdelijke maatregel in ieder geval een bijdrage kan leveren aan het terugdringen van de jeugdwerkloosheid. Vele jongeren kunnen op deze manier aan het werk blijven en ten aanzien van de jeugdwerkloosheid is een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of een langere periode van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten volgens de regering een verbetering. Doordat werkgevers de mogelijkheid hebben om meer tijdelijke arbeidsovereenkomsten te sluiten, behouden werknemers het perspectief op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als de economische crisis zich heeft hersteld. Daarbij blijft het echter ter beoordeling van de werkgever en is het afhankelijk van de omstandigheden van het geval of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd omgezet kan worden in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.⁵⁸ De regering stelt verder dat bedrijven, voor de totstandkoming van afwijkende afspraken in cao's, afhankelijk zijn van de instemming van cao-partijen. Volgens de regering bestaat in sommige sectoren ook geen behoefte aan arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en zal niet ten volle gebruik gemaakt worden van de mogelijkheden die de ketenbepaling biedt. Tevens kunnen cao-partijen een ander leeftijdsonderscheid maken, maar daar moet een objectieve rechtvaardiging voor bestaan op basis van artikel 7 lid 1 onder c Wgbla. De mogelijkheid om af te wijken van de tijdelijk verruimde ketenbepaling zou derhalve geen bruikbaar alternatief zijn.⁵⁹ Of de wetswijziging werkelijk effect heeft, zal nog onderzocht moeten worden. Minister Donner gaf daarbij aan dat een dergelijk onderzoek niet uitgevoerd kan worden zolang de wetswijziging niet in werking is getreden. Nu de wetswijziging in werking is getreden dient de tijdelijke maatregel tot eind 2011 geëvalueerd te worden⁶⁰. Vervolgens kan bepaald worden of de maatregel in stand kan blijven.

3.4 Overgangsrecht

Aangezien de wetswijziging van tijdelijke duur is, is het van belang om te weten wat het overgangsrecht is bij zowel de inwerkingtreding als het vervallen van de wetswijziging. Want wanneer kan een werknemer zich beroepen op de gewijzigde bepaling (artikel 7:668a lid 5 en 6 BW)? Wanneer is de verruimde ketenbepaling niet van toepassing? De tijdelijke verruiming van de ketenbepaling heeft in ieder geval directe werking vanaf 9 juli 2010. Deze tijdelijke regeling is van toepassing op werknemers die op 9 juli 2010 jonger zijn dan 27 jaar en niet voldoen aan de voorwaarden voor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd uit artikel 7:668a lid 1 en 3 BW (minder dan 36 maanden of nog geen vierde arbeids-overeenkomst voor bepaalde tijd). Dit houdt in dat aan deze werknemers een vierde tijdelijke arbeidsovereenkomst aangeboden kan worden zonder dat een arbeids-overeenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Werknemers die een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben en daarmee voldoen aan de vereisten in artikel 7:668a lid 1 en 3 BW vallen dus niet onder de wetswijziging.⁶¹ Zo kan gezegd worden dat de rechtstoestand op 9 juli 2010 van cruciale betekenis is. Ter verheldering een voorbeeld: de derde tijdelijke arbeidsovereenkomst met een duur van 6 maanden van een werknemer die jonger dan 27 jaar is eindigt op 12 juli 2010. Deze arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan nogmaals worden verlengd zonder dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege ontstaat. Indien deze arbeidsovereenkomst op 7 juli 2010 zou eindigen, dan zouden de normale regels van artikel 7:668a lid 1 BW gelden en zou de volgende arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gelden. Dit overigens met inachtneming van afwijkende cao-bepalingen.⁶² De memorie van toelichting geeft voorts aan dat indien de werknemer tot 27 jaar wél onder de nieuwe regeling valt en pas bij het vervallen van de regeling (op 1 januari 2012 of bij verlenging op 1 januari 2014) een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd sluit of de termijn van 36 maanden heeft overschreden, er geen arbeidsovereenkomst voor

⁵⁷ Kamerstukken II, 2009/10, 32 058, nr. 4.

⁵⁸ Kamerstukken I, 2009/10, 32 058, nr. C, p.1-2 (MvA I)

⁵⁹ Kamerstukken II, 2008/09, 32 058, nr. 3, p. 5 (MvT).

⁶⁰ Kamerstukken I, 2009/10, 32 058, nr. G, p. 1.

⁶¹ Kamerstukken II, 2008/09, 32 058, nr. 3, p. 7 (MvT).

⁶² Houweling 2010, p. 229-230.

onbepaalde tijd ontstaat. Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat dan pas bij het vijfde contract of na afloop van de periode van 48 maanden. De werknemers die zich in deze situatie bevinden kunnen er dus van op aan dat hun bestaande situatie op basis van de nieuwe regeling ongewijzigd zal voortduren. Dit is anders op het moment dat de werknemer de leeftijd van 27 jaar heeft bereikt, omdat de werknemer dan niet meer onder de nieuwe regeling valt. Bij het bereiken van de leeftijd van 27 jaar geldt artikel 668a lid 1 en 3 BW onverminderd. Het maakt daarbij niet uit of de werknemer vóór zijn 27^e leeftijd is gestart met een ketenreeks van tijdelijke arbeidsovereenkomsten. In de memorie van antwoord verduidelijkt minister Donner dat deze leeftijdsgrens van 27 jaar absoluut is.⁶³ Dit betekent dat op het moment dat een werknemer 27 jaar is geworden en arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van ten hoogste drie maanden en een periode van 36 maanden hebben overschreden, de laatste arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geldt. Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat tenslotte ook wanneer de werknemer meer dan drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd heeft gesloten.⁶⁴

3.5 De samenhang met de Wet investeren in jongeren (WIJ)

De verruiming van de ketenbepaling is, volgens de memorie van toelichting, met betrekking tot de vastgestelde leeftijdsgrens van 27 jaar in lijn met de WIJ. De WIJ is op 1 oktober 2009 in werking getreden. Met de WIJ streeft de regering naar een toename van de arbeidsparticipatie van jongeren en een beter functionerende arbeidsmarkt. Op grond van de WIJ zijn de gemeenten daarom verplicht gesteld om jongeren tot 27 jaar die werkloos zijn of niet studeren binnen twee maanden op verzoek een werkleeraanbod te doen. Het werkleeraanbod bestaat uit een baan, een opleiding of een combinatie van beide. Er wordt daarbij geïnvesteerd in arbeidsinschakeling om *duurzame* arbeidsparticipatie te behouden.⁶⁵ Dat wil zeggen dat er bijzondere aandacht wordt gegeven aan activering en scholing van jongeren. Dit om te voorkomen dat jongeren gebruik maken van een bijstandsvoorziening.⁶⁶ De leeftijdsgrens van 27 jaar in de WIJ is net als de verruiming van de ketenbepaling gebaseerd op de gedachte dat vele jongeren tot 27 jaar relatief weinig werkervaring hebben en zich nog concentreren op hun toekomst bijvoorbeeld door middel van een studie.⁶⁷

Het gebruik van de leeftijdsgrens in de WIJ zorgde voor twijfels. De vraag of er sprake was van leeftijdsdiscriminatie werd voorgelegd aan de Commissie Gelijke Behandeling (hierna: CGB). De CGB gaf het volgende aan in haar advies:

“Gezien het grote belang dat het kabinet hecht aan het voorkomen dat jongeren in de bijstand terecht komen en daarmee opgesloten dreigen te raken in een bijstandsval en langdurig buiten de maatschappij komen te staan, concludeert de CGB dat de leeftijdsgrenzen in de werkleerplicht die specifiek is gericht op jongeren van 16–18 en 27 jaar, objectief gerechtvaardigd zijn”.

De CGB was voorts van oordeel dat de keuze voor het vaststellen van een maximumleeftijd binnen de beoordelingsvrijheid van de overheid viel. Dit advies van de CGB met betrekking tot de WIJ vindt minister Donner ook van toepassing op de vastgestelde leeftijdsgrens aangaande de verruiming van de ketenbepaling.⁶⁸ Of minister Donner hier een goede vergelijking maakt valt over te discussiëren. Zowel de WIJ als de verruiming van de ketenbepaling is gericht op de arbeidsbevordering en het voorkomen dat een werknemer tot 27 jaar zijn baan verliest. Desondanks geniet de werknemer tot 27 jaar minder ontslagbescherming door de verruiming van de ketenbepaling. Minister Donner erkende tijdens de behandeling van het wetsvoorstel dat met de verruiming van de ketenbepaling niet

⁶³ Kamerstukken I, 2009/10, 32 058, nr. C, p. 4 (MvA I).

⁶⁴ Kamerstukken II, 2008/09, 32 058, nr. 3, p. 7-8 (MvT).

⁶⁵ Kamerstukken II, 2008/09, 31 775, nr. 3, p. 4.

⁶⁶ Zie ook artikel 6 lid 1 WIJ.

⁶⁷ Kamerstukken II, 2008/09, 32 058, nr. 3, p. 4 (MvT).

⁶⁸ Kamerstukken I, 2009/10, 32 058, nr. E, p. 4. Zie ook Kamerstukken II, 2008/09, 31 775, nr. 3, p. 11 en 32.

de vaste arbeidsovereenkomsten worden bevorderd. Toch nam minister Donner het advies over en gaf hij aan dat de verruiming van de ketenbepaling net als de WIJ een onderdeel is van een breder pakket aan maatregelen om jeugdwerkloosheid te bestrijden.⁶⁹ Het is maar de vraag of de minister hier een goede beslissing neemt en dus of de wetswijziging met betrekking tot de leeftijdsgrens voldoet aan de wettelijke vereisten en richtlijnconform is.

3.6 Bezwaren tegen de wetswijziging

Niet iedere burger in Nederland zal tevreden zijn met de wetswijziging. Er kunnen namelijk twijfels bestaan over de effectiviteit van de verruimde ketenbepaling. Wordt de arbeidspositie van de werknemers tot 27 jaar wel versterkt of is het de werkgever die het meeste voordeel uit deze wetswijziging kan halen? Kunnen genoeg jongeren een beroep doen op deze nieuwe wet? Daarnaast probeert de regering de economische crisis te overbruggen met deze tijdelijke maatregel, maar wat als er werkgevers zijn die geen last hebben van de economische crisis en wel gebruik maken van de verruimde ketenbepaling? Wat uit de onderzoeken naar het effect van de wetswijziging voort zal komen is nog maar de vraag. Los daarvan is het ook van belang om te weten of het gemaakte leeftijds onderscheid gerechtvaardigd is en juridisch waterdicht is. In de praktijk reageren verschillende deskundigen kritisch op de wetswijziging.

3.6.1 Maximale flexibiliteit voor de werkgever

Allereerst kan gezegd worden dat de omzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt opgeschort door de wetswijziging. Daarbij kan verdedigd worden dat de werkgevers er het meeste profijt van zullen hebben. De verruiming van de ketenbepaling zorgt er weliswaar voor dat werkgevers vaker en langer een tijdelijke arbeidsovereenkomst kunnen sluiten en dat jonge werknemers aan het werk blijven, maar hiermee kan de ontslagbescherming van jongeren wel beperkt worden. Ook heeft de werkgever de mogelijkheid om de flexibiliteit ten voordele van zijn onderneming maximaal te benutten.⁷⁰ Zo kunnen jongeren eenvoudiger uit hun functie gezet worden. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt immers van rechtswege. Op deze manier bespaart de werkgever kosten en kan de werkgever risico's met betrekking tot ontslagen afdekken. Dit betekent ook dat de werkgever jonge werknemers die niet lang in dienst zijn of net een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hebben gesloten, langer aan het lijntje kan houden. De mogelijkheid van een extra tijdelijke arbeidsovereenkomst is dus een ideaal instrument voor de werkgever. Voor werknemers die langer in dienst zijn en bijna in aanmerking komen voor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, bestaat de kans dat zij bij het einde van hun arbeidsovereenkomst vervangen worden door nieuwe jongere werknemers. Het aanstellen van jonge werknemers is nou eenmaal voordeliger voor sommige ondernemingen. Een voorbeeld hiervan is een supermarkt die jonge medewerkers bij het einde van het dienstverband geen nieuw arbeidscontract voor bepaalde tijd bood. Volgens de supermarkt waren deze medewerkers te oud en dus werden zij vervangen door nieuwe jonge tijdelijke krachten. Verder wilde de supermarkt kosten besparen om de continuïteit van de onderneming te bevorderen, maar de CGB vond een kostenbesparing geen rechtvaardiging om onderscheid te maken naar leeftijd.⁷¹

De bestuurder van de CNV Dienstenbond is van mening dat de verruiming van de ketenbepaling de beoogde maatschappelijke stabiliteit en het herstel van vertrouwen in de economie ook niet ten goede komt. *“Werkgevers gebruiken de voorgenomen uitbreiding alleen maar om nog meer kosten te drukken en om nog meer flexibiliteit te creëren en wel ten koste van de werknemer. Met daarbij de economische crisis als excuus.”*, zei hij op 5 augustus 2009 in het

⁶⁹ Handelingen I, 2009/10, 34, p. 1435.

⁷⁰ ‘Donners jeugdplan werkt niet’, <opinie.volkskrant.nl/artikel/show/id/3874/Donners_jeugdplan_werkt_niet>.

⁷¹ Diebels e.a. 2006, p. 62-63.

Financieele Dagblad.⁷² Ook de voorzitter van FNV Jong en de leden van de SP-fractie deelden vrijwel hetzelfde standpunt en zijn geen voorstanders van de wetswijziging. De voorzitter van FNV Jong reageerde bezwaarlijk op de wetswijziging middels een brief op 17 maart 2010 gericht aan de Eerste Kamer. *“Veel jongeren werken op flex- of tijdelijke contracten. Hen de laan uitsturen kan op ieder moment en kost een werkgever (vrijwel) niets.”*, aldus de voorzitter van FNV Jong. Verder bevestigt hij ook dat de wetswijziging vooral aan de wensen van de werkgevers tegemoet komt, waardoor hun jonge personeel een vaste aanstelling kunnen vergeten.⁷³ SP-fractie stelde ook dat de balans tussen de behoeften van de werkgever en de werknemer te ver is doorgeschoten naar onzekerheid voor de werknemer en meer flexibilisering voor de werkgever. Dit is onrechtvaardig volgens de SP-fractie.⁷⁴ Hoeveel werkgevers gebruik gaan maken van de tijdelijke maatregel is vooralsnog onduidelijk en zal nog onderzocht worden. De regering geeft aan dat het gebruik van de tijdelijke maatregel geen verplichting is en dat het aangaan en het beëindigen van een arbeidsovereenkomst in handen ligt van de werkgevers. Verder is het aan de cao-partijen om nadere afspraken te maken.⁷⁵

3.6.2 Afname zekerheid en perspectief

De regering gaat ervan uit dat de werknemer langer in dienst wordt gehouden als de werkgever de mogelijkheid krijgt om meer en langer opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan.⁷⁶ Met de wetswijziging kan de jeugdwerkloosheid ook bestreden worden volgens de regering en krijgt de werkgever gedurende de economische crisis met de verruiming van de ketenbepaling steun aangezien er onzekerheid is over de toekomst van zijn/haar onderneming. Het standpunt dat de werknemer voldoende zekerheid en perspectief op werk en inkomen krijgt door de verruiming van de ketenbepaling is toch aanvechtbaar. Doordat werkgevers vaker en langer een tijdelijke arbeidsovereenkomst mogen sluiten, kan gezegd worden dat de kans op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd juist verkleind wordt. Daarbij kan de kans op werkloosheid van een jonge werknemer ook worden vergroot. De regering is zich hiervan bewust, maar stelt tegelijkertijd dat de jonge werknemer eigenlijk twee keuzes heeft namelijk of werkloos zijn of de mogelijkheid hebben om langer tijdelijk werk te aanvaarden. Als een werknemer voor de laatste mogelijkheid kiest, dan zou dit volgens de regering zijn/haar arbeidspositie verbeteren ten opzichte van de situatie van de werkloosheid.⁷⁷ De arbeidspositie van de jonge werknemers verslechtert echter, ook al is de maatregel van tijdelijke aard. Van deze jonge werknemers kan uiteindelijk eenvoudiger afscheid genomen worden dan wanneer zij een vaste aanstelling krijgen. Dit levert tegenstrijdigheid op. Dat de werknemer door middel van een extra tijdelijke arbeidsovereenkomst voor een bepaalde periode aan het werk blijft is duidelijk en daarin wordt de regering ook gesteund. Een jonge werknemer kan dan weliswaar flexibel zijn met betrekking tot het aangaan van tijdelijke arbeidsovereenkomsten of uitzendovereenkomsten, maar dat neemt niet weg dat de jonge werknemer behoefte heeft aan een vaste aanstelling. Een vaste baan geeft de jonge werknemer immers zekerheid op werk en inkomen, zodat de jonge werknemer vorm kan geven aan zijn/haar leven (bijvoorbeeld een huis kopen of zijn/haar studieschuld aflossen). *“FNV Jong ziet tijdelijke contracten juist als heikel punt bij het bestrijden van jeugdwerkloosheid en het verbeteren van de rechtspositie van jongeren.”*, stelt de voorzitter van FNV Jong in de brief aan de Eerste Kamer op 17 maart 2010. Ook op 21 juni 2010 reageerden FNV en FNV Jong op de nadere memorie van antwoord door middel van een brief waarbij bevestigd werd dat FNV en FNV

⁷² ‘Uitbreiding Flexwet leidt tot meer leeftijdsdiscriminatie’, <www.cnv dienstenbond.nl/nieuws>.

⁷³ <<http://www.fnvjong.nl/voor-de-politiek/brieven-eerste-en-tweede-kamer>>, *Brief Eerste Kamer tijdelijke verruiming ketenbepaling - 17 maart 2010*.

⁷⁴ Handelingen I, 2009/10, 34, p. 1431.

⁷⁵ Zie ook paragraaf 3.3.

⁷⁶ Kamerstukken II, 2008/09, 32 058, nr. 3, p. 4 (MvT).

⁷⁷ Kamerstukken I, 2009/10, 32 058, nr. E, p. 2.

Jong de tijdelijke maatregel onrechtvaardig en niet noodzakelijk vinden.⁷⁸ Ook de bestuurder van de CNV Dienstenbond deelt de mening dat de werknemers door de tijdelijke verruiming van de ketenbepaling van hun zekerheid en perspectief worden beroofd. *“Het aanbieden van zekerheden als scholing en perspectief voor de langere termijn door medewerkers in vaste dienst te nemen komt de beoogde maatschappelijke stabiliteit en het herstel van vertrouwen in de economie ten goede.”*, aldus de bestuurder van de CNV Dienstenbond. De SP-fractie en de GroenLinks-fractie delen ook de mening dat de werknemer in onzekerheid zal leven omtrent zijn werk en inkomen.⁷⁹ De crisis wordt volgens de SP-fractie misbruikt om de rechten van jonge werknemers aan te tasten, terwijl de economische crisis juist duidelijk maakt dat rechten van jongeren versterkt hadden moeten worden.⁸⁰ De wet Flexibiliteit en zekerheid is nota bene bedoeld om de werknemer meer zekerheid en uitzicht te bieden op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Werkgevers zullen gedurende de twee jaren (of wellicht wel vier jaren) dat de maatregel in werking is jonge werknemers een extra tijdelijk arbeidscontract aanbieden, omdat de wetgever het mogelijk maakt. In die zin zal een werkgever hoogstwaarschijnlijk niet volgens de intentie van de wet handelen om de werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden als er voldoende werk aanwezig is.

3.6.3 Leeftijdsonderscheid

Rondom het gemaakte leeftijdsonderscheid bestaan er ook maatschappelijke discussies. Want hoe zit het met de arbeidspositie van werknemers die ouder zijn dan 27 jaar, waarvoor de wetswijziging niet van toepassing is? Wat in ieder geval vaststaat, is dat voor deze groep werknemers de hoofdregel in artikel 7:668a lid 1 BW geldt. Werknemers ouder dan 27 jaar hebben wat dat betreft een voordeel, omdat voor hen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eerder ontstaat dan voor werknemers jonger dan 27 jaar. Aan de andere kant is het nadeel dat de arbeidsovereenkomst voor werknemers ouder dan 27 jaar eerder kan eindigen, indien de werkgever de arbeidsovereenkomst niet wenst voort te zetten als een arbeidscontract voor onbepaalde tijd. Het effect dat het gemaakte leeftijdsonderscheid in de wetswijziging hiermee mogelijk met zich mee brengt, is dat de overheid te maken krijgt met procedures die kunnen volgen. Er is namelijk nog geen concreet juist antwoord op de vraag of het gemaakte leeftijdsonderscheid in de wetswijziging gerechtvaardigd is. Werknemers tot 27 jaar die onder de wetswijziging vallen en na een derde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden ontslagen, kunnen bij de rechter vervolgens aanvoeren dat de wetswijziging niet deugt en zij recht hebben op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Minister Donner geeft weliswaar aan dat de CGB al eerder beslist heeft over het leeftijdsonderscheid in de WIJ, maar de wijziging van de ketenbepaling is toch een slag anders. De CGB heeft het leeftijdsonderscheid in de WIJ zoals gezegd rechtvaardig geacht, omdat er sprake was van bevordering van duurzame arbeidsparticipatie. Bij de verruiming van de ketenbepaling is hier geen sprake van, omdat de wetswijziging van tijdelijke duur is. Bovendien biedt de tijdelijke maatregel de mogelijkheid om een extra arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te sluiten. *“Het antwoord dat de leeftijdsgrens van 27 jaar inmiddels gemeengoed is en geaccepteerd wordt als een beleidsaanvaardbare grens, vind ik als jurist niet een geheel geruststellend antwoord.”*, zo gaf een lid van de PvdA-fractie al aan tijdens de behandeling van het wetsvoorstel.⁸¹ Het advies van de CGB over de WIJ wordt eigenlijk klakkeloos overgenomen door de regering zonder dat advies wordt gevraagd over de rechtmatigheid van het leeftijdsonderscheid in de wetswijziging.⁸² Dit is wellicht onzorgvuldig.

⁷⁸ <<http://www.frvjong.nl/voor-de-politiek/brieven-eerste-en-tweede-kamer>>, Brief Tweede Kamer tijdelijke verruiming ketenbepaling - 21 juni 2010.

⁷⁹ Handelingen I, 2009/10, 34, p. 1431-1434.

⁸⁰ Handelingen II, 2009/10, 53, p. 4889.

⁸¹ Handelingen I, 2009/10, 34, p. 1439.

⁸² Kamerstukken I, 2009/10, 32 058, nr. C, p. 3. Hier wordt duidelijk afgezien van een nieuw advies.

4 Wet- en regelgeving aangaande leeftijdsonderscheid in het arbeidsrecht

Aangezien de verruimde ketenbepaling slechts van toepassing is op werknemers tot 27 jaar is het van belang om te weten wat de regels omtrent het gelijkebehandelingsrecht c.q. het verbod op leeftijdsdiscriminatie zijn. In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op het wettelijk kader zowel op Europees als nationaal niveau. De eerste paragraaf is bedoeld om in te gaan op het begrip (leeftijds)discriminatie en om stil te staan bij de algemene discriminatieverboden (gelijkheidsbeginsel) die in Nederland gelden. Vervolgens zal Europese Richtlijn 2000/78/EG in de tweede paragraaf aan bod komen om de Europese regels met betrekking tot het maken van onderscheid naar leeftijd in het arbeidsrecht te beschrijven en toe te lichten. Vervolgens worden de regels van de Wgbl in de derde paragraaf beschreven. In de vierde en de vijfde paragraaf van dit hoofdstuk wordt daarna ingegaan op de rollen van zowel de CGB als de rechter bij het gelijkebehandelingsrecht. Tenslotte komt de overheidsaansprakelijkheid in de laatste paragraaf aan bod.

4.1 Inleiding

Het is een realiteit dat vele werknemers in het dagelijkse arbeidsleven vaker worden geconfronteerd met discriminatie op basis van hun leeftijd of bijvoorbeeld vanwege hun geslacht (ook seksuele geaardheid), handicap, ras, afkomst, huidskleur, godsdienst en taal. Zo ontving de CGB in 2009 473 verzoeken (41 meer dan in 2008) waarvan de meeste verzoeken (22%) op grond van de discriminatiegrond leeftijd werden gedaan. In 68 gevallen oordeelde de CGB dat er sprake was van verboden onderscheid.⁸³

4.1.1 Het begrip leeftijdsdiscriminatie

Het begrip discriminatie kan omschreven worden als *het onderscheid maken tussen mensen of groepen*.⁸⁴ Juridisch gezien kan het begrip discriminatie uitgelegd worden als *het onrechtmatig onderscheid maken tussen mensen of groepen*.⁸⁵ Discriminatie bestaat uit twee vormen. Er kan namelijk sprake zijn van *directe* of *indirecte* discriminatie. Van directe discriminatie is sprake wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie. Wanneer een sollicitant bijvoorbeeld niet wordt aangenomen vanwege zijn leeftijd of afkomst, dan spreekt men van directe discriminatie. Indirecte discriminatie is echter een verkapte vorm van discriminatie en is moeilijker aan te tonen. Van indirecte discriminatie is bijvoorbeeld sprake als de werkgever bepaalde eisen stelt aan een functie (zoals vloeiend Nederlands/Engels kunnen spreken) die niet van belang zijn voor de invulling van de functie. Dit is nadelig voor een bepaalde groep sollicitanten.⁸⁶ Van indirecte discriminatie kan dus sprake zijn als mensen zich in een bepaalde situatie kunnen identificeren met één van de verboden discriminatiegronden en benadeeld worden.⁸⁷ Met betrekking tot de verruimde ketenbepaling in artikel 7:668a BW is duidelijk dat er sprake is van een verschil in behandeling gebaseerd op de leeftijd van werknemers.

Niet alleen bij de instroom van werknemers, maar ook bij de uitstroom of het ontslag van werknemers kan het begrip leeftijdsdiscriminatie opduiken. Zo voelen oudere werknemers zich vaak tekort gedaan als zij te horen krijgen dat hun arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet meer wordt verlengd en zij worden vervangen door jongere werknemers. Dit heeft te maken met het feit dat jongeren aantrekkelijk zijn aangezien zij relatief goedkoper zijn voor de werkgever en ouderen na een bepaalde tijd door sommige werkgevers worden gezien als een dure ongewenste kostenpost. Neem daarbij als voorbeeld de supermarkten die een leeftijdsbewust personeelsbeleid hanteren en het personeelsbestand continu blijven aanpassen door jonge werknemers aan te nemen. Als gevolg hiervan raken een aantal

⁸³ Jaarverslag 2009, p. 14,19 en 23.

⁸⁴ <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/vragen-en-antwoorden/wat-is-discriminatie.html>>.

⁸⁵ Hendriks 1999, p.131.

⁸⁶ Zie ook artikel 1 Awgb en artikel 1 en 2 Richtlijn 2000/78.

⁸⁷ Pennings 2005, p. 10.

werknemers met (opgebouwde) ervaring na een periode werkloos. Het gevolg hiervan is dat zij wellicht hun vaste lasten of andere (belangrijke) uitgaven niet kunnen betalen. Daarnaast raken werkgevers hun goed personeel kwijt voor zover de werkgevers daar waarde aan hechten.

4.1.2 Het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod

Leeftijdscriminatie is in beginsel verboden en wordt tegengegaan door artikel 1 Grondwet (hierna: Gw) en onder andere artikel 14 van het Europees verdrag voor de Rechten van de mens (hierna: EVRM) juncto artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (hierna: IVBPR). Hierin is het gelijkheidsbeginsel en het verbod op discriminatie geformuleerd. Voor het garanderen van een gelijke behandeling van alle individuele burgers is dit de basis. Het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie zijn een van de meest belangrijke beginselen in Nederland en een algemeen beginsel van het recht van de Europese Unie.⁸⁸ Zo staat in artikel 1 Gw het volgende:

Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.

Opvallend is dat 'leeftijd' niet als discriminatiegrond wordt genoemd in dit artikel. De wetgever heeft dit wel opgelost door 'of op welke grond dan ook' toe te voegen aan de zin, zodat 'leeftijd' hier ondergebracht kan worden en aangemerkt kan worden als discriminatiegrond. Dit is pas bij de grondwetswijziging in 1983 gebeurd.⁸⁹ Daarnaast heeft de wetgever gekozen om in aansluiting hierop de Wgbla tot stand te laten brengen, zodat de discriminatiegrond 'leeftijd' expliciet wordt genoemd ter bescherming van de werknemer. Toch is een strikte rechtsgelijkheid in werkelijkheid onmogelijk aangezien in sommige gevallen niet alle mensen altijd en overal gelijk behandeld kunnen worden. Zo zijn er verschillende wetten te noemen die een onderscheid maken zoals de belastingwet (differentiatie tussen burgers met lage en hoge inkomens) en de Kieswet (onderscheid tussen burgers boven en onder de achttien jaar).⁹⁰ Los hiervan is het wel begrijpelijk dat werkgevers een flexibel personeelsbestand willen hebben aangezien het voor kan komen dat oudere medewerkers binnen een organisatie op den duur minder productief worden door bijvoorbeeld fysieke klachten die zij krijgen. Op het moment dat de werkgever jonger personeel aanneemt ter vervanging van oudere werknemers kan hij/zij zich verdedigen door bijvoorbeeld te stellen dat de continuïteit van de onderneming anders zal gaan verminderen. Daartegenover staat dat de werkgever zich op grond van artikel 7:611 BW als een goede werkgever moet gedragen en discriminatoire gedragingen of handelingen moet vermijden.⁹¹ De werkgever bevindt zich dus op glad ijs ondanks zijn/haar standpunt dat er een gevaar kan ontstaan voor de bedrijfseconomische belangen.

4.2 Europese Richtlijn 2000/78/EG

De Europese Unie (hierna: EU) heeft op sommige gebieden zoals de werkgelegenheid en het sociaal beleid wetgevingsbevoegdheid gedelegeerd gekregen van de lidstaten. De gedachte hierachter is dat door middel van Europese richtlijnen, beschikkingen en verordeningen de wetgeving op bepaalde terreinen in Europa geharmoniseerd wordt. Een Europese richtlijn is op grond van artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWUE) bedoeld om de lidstaten te verplichten hun wetgeving aan te passen aan de bepalingen in een Europese richtlijn. Binnen een bepaalde termijn dient de lidstaat de voorschriften in een Europese richtlijn te implementeren in de nationale wetgeving, zodat de in de richtlijn vastgelegde doelstellingen voor de burger geldigheid krijgen.

⁸⁸ Vas Nunes 2010, p. 148.

⁸⁹ Stb. 1983, 19.

⁹⁰ Loenen 1998, p. 10-11.

⁹¹ Bakels, Asscher-Vonk en Bouwens 2009, p.103.

Daarnaast kan het zijn dat lidstaten bestaande nationale bepalingen dienen te vervangen, omdat deze bepalingen in strijd zijn met de richtlijn zoals in artikel 16 sub a Richtlijn 2000/78/EG staat. Wat opmerkelijk is aan artikel 288 VWUE is dat aan de lidstaten enige vrijheid is geboden om zelf de vorm en middelen te kiezen voor de verwezenlijking van de verplichting. Dit houdt in dat de lidstaten uitvoeringsvrijheid hebben en zelf mogen bepalen hoe de voorschriften van de richtlijn opgenomen worden in de nationale wetgeving. Belangrijk daarbij is dat de methode die de desbetreffende lidstaat kiest gebonden is aan het resultaat dat met de richtlijn beoogd wordt. Indien in een richtlijn voorschriften staan die bijvoorbeeld de werkloosheid beogen te reduceren, dan moeten de in de nationale wet geïmplementeerde regels daarop gericht zijn. Daar staat tegenover dat een richtlijn geen uniforme wet mag voorschrijven en de uitvoeringsvrijheid van een lidstaat niet zodanig mag worden beperkt.⁹²

Op 27 november 2000 heeft de Raad van de EU Richtlijn 2000/78/EG vastgesteld. Deze richtlijn heeft tot doel *met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden*.⁹³ De lidstaten zijn verplicht om de in Richtlijn 2000/78/EG voorgeschreven resultaten (minimumvereisten) te waarborgen en de bepalingen te implementeren in een nationale wet om zo (leeftijds)discriminatie tegen te gaan. De lidstaten dienen voor inbreuken op de uit deze richtlijn voortvloeiende verplichtingen doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties vast te stellen, maar hoeven niet meer maatregelen te nemen dan nodig is voor het bereiken van de in de richtlijn genoemde doelstellingen.⁹⁴

Niettemin kunnen verschillen in behandeling op grond van leeftijd toch in bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd zijn.⁹⁵ Indien de wetgever leeftijdsonderscheid maakt zoals in artikel 7:668a lid 6 BW, dan is dit onderscheid slechts gerechtvaardigd indien er sprake is van een *legitiem doel* en de middelen voor het bereiken van dat doel *passend* en *noodzakelijk* zijn op grond van artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG. Slechts indien al deze vragen bevestigend beantwoord zijn, zal er sprake zijn van een objectieve rechtvaardiging voor het onderscheid op grond van leeftijd. In de volgende subparagrafen zal ingegaan worden op de deze vereisten.

4.2.1 Legitiem doel

Het vereiste dat er sprake dient te zijn van een legitiem doel impliceert twee criteria, namelijk dat er sprake moet zijn van een *daadwerkelijk bestaande behoefte* en dat er geen sprake is van een *discriminerend oogmerk*. Een doel dat discriminerend is kan dus in geen geval legitiem zijn.⁹⁶ Dit geldt zowel voor directe als indirecte discriminatie. Artikel 2 lid 2 onder i Richtlijn 2000/78/EG is van toepassing op indirecte discriminatie met betrekking tot alle discriminatiegronden.⁹⁷ Hierin zijn dezelfde vereisten (legitiem doel, passend en noodzakelijk middel) opgenomen. Er zou nog eens onduidelijkheid kunnen ontstaan over de verhouding tussen artikel 2 en 6 Richtlijn 2000/78/EG aangezien de term 'redelijk' niet voorkomt in artikel 2 lid 2 onder i Richtlijn 2000/78/EG.

Artikel 2 lid 2 onder i: *tenzij 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.*

Artikel 6 lid 1: *Niettegenstaande artikel 2, lid 2, kunnen de lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling*

⁹² Lauwaars en Timmermans 2003, p. 109-110.

⁹³ Zie artikel 1 van Richtlijn 2000/78/EG.

⁹⁴ Zie rechtsoverweging 35 Richtlijn 2000/78/EG.

⁹⁵ Zie rechtsoverweging 25 Richtlijn 2000/78/EG. Het is van essentieel belang onderscheid te maken tussen verschillen in behandeling die gerechtvaardigd zijn en discriminatie die verboden moet worden.

⁹⁶ Kamerstukken I, 2003/04, 28 170, nr. C, p. 5-6 (MvA I). Zie ook CGB 6 mei 2009, nr. 2009-36 (overweging 3.14).

⁹⁷ Zie artikel 2 lid 2 onder i Richtlijn 2000/78/EG waarin met de termen 'tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze' slechts wordt verwezen naar artikel 2 lid 2 sub b Richtlijn 2000/78/EG.

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.

Het HvJ oordeelde in het arrest *Age Concern*⁹⁸ dat de term ‘redelijk’ geen bijzondere betekenis heeft in de zin dat een maatregel geen precieze opsomming van doelstellingen hoeft te bevatten die een leeftijdsonderscheid rechtvaardigen. Die doelstellingen kunnen afgeleid worden uit de context van de maatregel. De wetgever dient bij het maken van leeftijdsonderscheid een zwaarwegend belang te hebben. Het HvJ oordeelde voorts in het arrest *Age Concern* dat het legitieme karakter van het aangevoerde doel met een hoge bewijsdrempel moet worden vastgesteld. Dit betekent dat een onduidelijke uitleg dat een bepaalde regeling geschikt is en een bijdrage kan leveren aan de ontwikkeling van de arbeidsmarkt of de werkgelegenheid niet voldoende is.⁹⁹ Met de verruiming van de ketenbepaling in artikel 7:668a BW en het gemaakte leeftijdsonderscheid beoogt de wetgever de jeugdwerkloosheid te bestrijden en de arbeidsparticipatie van jongeren te bevorderen. Volgens de regering is hiermee sprake van een legitiem doel dat is toegestaan op basis van richtlijn 2000/78/EG.¹⁰⁰

In artikel 6 en onder overweging 25 van Richtlijn 2000/78/EG staat dat doelstellingen op het gebied van de werkgelegenheid en de arbeidsmarkt legitiem zijn. Het bestrijden van jeugdwerkloosheid en het bevorderen van de arbeidsparticipatie van jongeren komt de werkgelegenheid en de arbeidsmarkt ten goede aangezien de regering verwacht dat de jeugdwerkloosheid zal stijgen in de toekomst.¹⁰¹ Hiermee valt het standpunt van de regering in zoverre niet te betwisten dat er geen strijdigheid is met Richtlijn 2000/78/EG aangezien de lidstaten ook enige uitvoeringsvrijheid hebben op grond van artikel 288 VWUE. Het bestrijden van jeugdwerkloosheid en het bevorderen van de arbeidsparticipatie van jongeren kan derhalve aangemerkt worden als een legitiem doel.

4.2.2 Passend middel

Naast het vereiste dat het doel bij een leeftijdsonderscheid legitiem moet zijn, dient de genomen maatregel ook passend te zijn om de doelstelling te bereiken op basis van artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG. De verruiming van de ketenbepaling voor tijdelijke arbeidsovereenkomsten dient er dus voor te zorgen dat de jeugdwerkloosheid wordt bestreden en de arbeidsparticipatie van jongeren wordt bevorderd. De regering stelt dat een dergelijke relatie voldoende aanwezig is en dat werkgevers jongeren langer in dienst zullen houden als het mogelijk is om meer en langer opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan.¹⁰² Het is wel aannemelijk dat de werkgevers hun werknemers langer in dienst houden door middel van een extra tijdelijke arbeidsovereenkomst, omdat minder snel een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Niet aantoonbaar is dat werkgevers door de wetswijziging voldoende worden geprikkeld om meer jongeren aan te nemen en vaker een vast dienstverband aan te bieden. De regering meent dat de werkgevers in de crisistijd geen nieuwe werknemers willen inwerken en dat daarom de mogelijkheid wordt geboden om werknemers (in dienst) een extra tijdelijke arbeidsovereenkomst aan te bieden. Dit is echter tegenstrijdig met de stelling dat door de wetswijziging het voor de werkgever aantrekkelijker wordt om jongeren in dienst te nemen.¹⁰³ Het moet namelijk nog blijken of de wetswijziging effectief is en de doelstelling gerealiseerd kan worden. “Als het om een structurele verandering zou gaan, zou een groot deel van deze discussie gerechtvaardigd zijn. Van de maatregel wordt gezegd: baat zij niet, zij schaadt ook niet, en

⁹⁸ HvJ EG 5 maart 2009, nr. C-388/07.

⁹⁹ De Wolff 2010, p. 18.

¹⁰⁰ Kamerstukken II, 2008/09, 32 058, nr. 3, p. 4 (MvT).

¹⁰¹ Kamerstukken II, 2008/09, 32 058, nr. 3, p. 2 (MvT).

¹⁰² Kamerstukken II, 2008/09, 32 058, nr. 3, p. 4 (MvT).

¹⁰³ De Wolff 2010, p. 19-20.

laten wij het om die reden doen.”, stelt minister Donner over de effectiviteit van de maatregel tijdens de behandeling van het wetsvoorstel.¹⁰⁴ Met andere woorden, minister Donner bevestigt hiermee niet zeker te zijn of de maatregel geschikt is. Maar minister Donner stelt tegelijkertijd wel dat de maatregel toch ingevoerd moet worden ‘aangezien het maar van korte duur is’. Dit is niet overtuigend. Dat niet alle werknemers tot 27 jaar een beroep kunnen doen op de wetswijziging geeft ook aan dat het middel niet passend genoeg is om de jeugdwerkloosheid te bestrijden en de arbeidsparticipatie van jongeren te bevorderen. Voor werknemers tot 27 jaar die gebonden zijn aan een cao waarin een verruiming van de ketenbepaling al is voorzien verandert er namelijk niets.¹⁰⁵ Wat te denken van het aantal werknemers tot 27 jaar wiens branche niet wordt getroffen door de economische crisis, maar wel aangetast worden in hun ontslagbescherming?¹⁰⁶ De Raad van State gaf in haar advies omtrent het wetsvoorstel ook aan dat de maatregel vermoedelijk slechts een bescheiden bijdrage zal kunnen leveren aan het voorkomen van jeugdwerkloosheid.¹⁰⁷ De vraag of dit voldoende is om aan te nemen dat de verruiming van de ketenbepaling een passend middel is kan hiermee ontkennend beantwoord worden. Het mag verder duidelijk zijn dat werkgevers door de wetswijziging de ontslagbescherming van jonge werknemers kunnen aantasten. De lidstaten hebben weliswaar uitvoeringsvrijheid om het (legitieme) doel te bereiken. Maar of een maatregel, die werknemers kan schaden, uitgevoerd mag worden valt te betwisten. Wat vaststaat is dat de uitvoering van richtlijn 2000/78/EG niet als gevolg mag meebrengen dat het bestaande beschermingsniveau van werknemers wordt verlaagd.¹⁰⁸ Artikel 6 lid 1 sub a Richtlijn 2000/78/EG benadrukt tevens dat een leeftijdsonderscheid gerechtvaardigd kan zijn indien de werknemers verzekerd zijn van bescherming bij ontslag of als er sprake is van (bijzondere) arbeidsvoorwaarden. Met de verruiming van de ketenbepaling wordt het beschermingsniveau van werknemers wel degelijk verlaagd. Het is daarbij teleurstellend dat de Raad van State in haar advies onvoldoende is ingegaan op de eisen van Richtlijn 2000/78/EG aangezien het advies van de Raad van State zwaar meeweegt bij de bespreking van een wetsvoorstel. Daarnaast zou een advies van de CGB over het leeftijdsonderscheid wel degelijk wenselijk zijn geweest.

4.2.3 Noodzakelijkheid

De regeling of maatregel dient ten slotte noodzakelijk te zijn om de doelstelling te bereiken op grond van artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG. Zoals bij de beoordeling of een maatregel een passend middel is, wordt ook het noodzakelijkheidsvereiste streng beoordeeld door het HvJ. Als het doel behaald kan worden met een middel dat minder nadelig is voor de werknemers, dan is het gekozen middel buitenproportioneel en dus niet noodzakelijk. Over de noodzakelijkheid van de verruimde ketenbepaling kan sterk getwijfeld worden aangezien het nog onduidelijk is of de wetswijziging effectief is bij het bestrijden van de jeugdwerkloosheid en het bevorderen van de arbeidsparticipatie.

Allereerst kunnen werkgevers na een dienstverband van drie jaren of drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd voldoende inschatten of de desbetreffende werknemer in aanmerking komt voor een vast dienstverband. Het gaat er bij de wetswijziging weliswaar om dat de jongeren langer in dienst blijven, maar de werkgever kan een jonge werknemer 48 maanden door de wetswijziging in onzekerheid laten verkeren. Bovendien is niet aannemelijk dat een werkgever jongeren tot 27 jaar sneller zal aannemen dan ouderen. Voor de werkgever zal de maatregel in de meeste gevallen namelijk pas enig voordeel opbrengen als de wetswijziging na twee jaar (of na een eventuele verlenging maximaal vier jaar) haar werking verliest.¹⁰⁹ Denk bijvoorbeeld aan jonge werknemers die net in dienst treden. Daarbij heeft een forse groep jonge werknemers (230.000 jongeren aan het eind van

¹⁰⁴ Handelingen I, 2009/10, 34, p. 1438.

¹⁰⁵ Zie ook paragraaf 3.3.

¹⁰⁶ Houweling 2010, p. 232.

¹⁰⁷ Kamerstukken II, 2008/09, 32 058, nr. 4, p. 1.

¹⁰⁸ Zie overweging 28 Richtlijn 2000/78/EG.

¹⁰⁹ De Wolff 2010, p. 20.

2010)¹¹⁰ ook een flexibele arbeidsrelatie, waardoor de keten vaker doorbroken kan worden en de teller weer op nul begint. Bovendien zal een werkgever meer aandacht besteden (scholing en opleiding) aan zijn vaste werknemer(s) dan (jonge) tijdelijke werknemers, waardoor de kans bestaat dat de arbeidspositie van jongeren zwak blijft en makkelijk vervangbaar is. Juist door de jonge werknemers meer zekerheid te bieden op de arbeidsmarkt wordt hun arbeidspositie daarmee versterkt. De flexibiliteit die de werkgever door de maatregel wordt geboden verkleint de kans op een vast dienstverband met alle gevolgen van dien.¹¹¹ Daarbij heeft de werkgever het voordeel dat het ontslaan van een (jonge) werknemer, waarvoor de maatregel van toepassing is, hem weinig kosten oplevert aangezien de werkgevers nog flexibeler mogen omgaan met hun jonge personeel. In verhouding komt de wetgever meer aan de wensen van de werkgevers tegemoet dan de jonge werknemers. Dit terwijl het om de jonge werknemers gaat. Dat de verruiming van de ketenbepaling noodzakelijk is kan gezien het bovenstaande verworpen worden, waardoor er sprake kan zijn van verboden leeftijdsdiscriminatie.

4.2.4 Rechtsbescherming

Hoe is de rechtsbescherming met betrekking tot leeftijdsdiscriminatie bij arbeid geregeld als er gekeken wordt naar het Europese recht? Richtlijn 2000/78/EG voorziet in ieder geval van een bepaling die rechtsbescherming biedt aan benadeelde werknemers. In artikel 9 Richtlijn 2000/78/EG staat het volgende:

1. De lidstaten zorgen ervoor dat eenieder die zich door niet-toepassing van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld acht, toegang krijgt tot gerechtelijke en/of administratieve procedures, en wanneer zij zulks passend achten, ook tot bemiddelingsprocedures, voor de naleving van de uit deze richtlijn voortvloeiende verplichtingen, zelfs na beëindiging van de verhouding waarin deze persoon zou zijn gediscrimineerd.
2. De lidstaten zorgen ervoor dat verenigingen, organisaties of andere rechtspersonen, die er, overeenkomstig de in de nationale wetgeving vastgestelde criteria, een rechtmatig belang bij hebben dat deze richtlijn wordt nageleefd, namens of ter ondersteuning van de klager of klaagster met zijn, respectievelijk haar toestemming met het oog op de naleving van de uit deze richtlijn voortvloeiende verplichtingen, gerechtelijke en/of administratieve procedures kunnen aanspannen.
3. De leden 1 en 2 laten de nationale regels betreffende de termijnen voor de instelling van een rechtsvordering aangaande het beginsel van gelijke behandeling onverlet.

Hieruit kan opgemaakt worden dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat iedereen die zich door het leeftijdsonderscheid benadeeld acht, toegang heeft tot gerechtelijke procedures. Daaraan wordt toegevoegd dat lidstaten ervoor dienen te zorgen dat het voor verenigingen, organisaties of andere rechtspersonen zoals FNV (jong) mogelijk wordt gemaakt om (met toestemming van de werknemer) op te komen voor de belangen van een (jonge) werknemer die zich benadeeld acht. In een eventuele gerechtelijke procedure hoeft de werknemer op grond van artikel 10 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG niet te bewijzen dat er sprake is van leeftijdsdiscriminatie, maar dient de verweerder te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden. De lidstaten dienen hiervoor de nodige maatregelen te nemen (in de nationale wetgeving). Werknemers dienen daarbij beschermd te worden tegen ontslag of andere nadelige behandelingen als gevolg van het aanspannen van een gerechtelijke procedure op basis van artikel 11 Richtlijn 2000/78/EG.

4.3 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid (Wgbla)

Vanaf het begin van de jaren tachtig begonnen de discussies omtrent leeftijdsgrenzen en groeide het bewustzijn dat leeftijdsgrenzen discriminerend zouden kunnen zijn. Daarvoor

¹¹⁰ <<http://statline.cbs.nl/StatWeb/dome>>. Cijfers zijn verschenen via Arbeid en sociale zekerheid – Arbeidsmarkt – Beroepsbevolking – Beroepsbevolking; geslacht en leeftijd – Werkzame beroepsbevolking – Positie in de werkkring – Werknemers flexibele arbeidsrelatie. Let op ! De 230.000 jongeren met een flexibele arbeidsrelatie hebben een leeftijd tussen de 15 en 25 jaar.

¹¹¹ Zie ook het standpunt van FNV-jong in de brief gericht aan de Eerste Kamer. <<http://www.fnvjong.nl/voor-de-politiek/brieven-eerste-en-tweede-kamer>>, *Brief Eerste Kamer tijdelijke verruiming ketenbepaling* - 17 maart 2010.

werden leeftijdsgrenzen in het algemeen vooral als positief en gerechtvaardigd beschouwd. Langzamerhand werd leeftijd ook in de literatuur en de jurisprudentie als discriminatiegrond gezien. Tevens werd de politiek geconfronteerd met het vraagstuk of het vaststellen van een leeftijdsgrens discriminatie kan opleveren. In die tijd was de vergrijzing een probleem en werd dit aangepakt door de arbeidsparticipatie van oudere werknemers te versterken op de arbeidsmarkt. Aangezien hierin een leeftijdsonderscheid werd gemaakt was dit de aanleiding voor het kabinet Kok II om een wetsvoorstel in te dienen aangaande leeftijdsdiscriminatie. Na een aantal wijzigingen in het wetsvoorstel is de Wgbla uiteindelijk op 1 mei 2004 in werking getreden dat een invulling geeft aan Richtlijn 2000/78/EG en een aanvulling is op artikel 1 Gw.¹¹² De Wgbla verbiedt (net als Richtlijn 2000/78/EG) een ongerechtvaardigd onderscheid op basis van leeftijd bij de arbeid evenals gedrag dat met leeftijd verband houdt en dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.¹¹³ Indien het onderscheid objectief gerechtvaardigd is dan is het gemaakte onderscheid niet verboden op grond van artikel 7 lid 1 Wgbla. In dit wetsartikel zijn conform artikel 6 Richtlijn 2000/78/EG drie uitzonderingsgronden opgenomen die een leeftijds-onderscheid objectief rechtvaardigen:

- a. indien het leeftijdsonderscheid gebaseerd is op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens wet;*
- b. indien het leeftijdsonderscheid betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding of van het dienstverband van een ambtenaar in verband met het bereiken van de leeftijd waarop op grond van de Algemene Ouderdomswet recht op ouderdomspensioen ontstaat, of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd;*
- c. indien het leeftijdsonderscheid anderszins objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.*

De uitzonderingsgronden in artikel 7 lid 1 sub a en b Wgbla zijn specifiek en zijn bijzondere uitzonderingsgronden. Indien gemaakt leeftijdsonderscheid niet onder één van deze uitzonderingsgronden valt, dan kan het leeftijdsonderscheid alsnog gerechtvaardigd zijn op basis van de daarvoor geldende criteria (legitiem doel, middelen passend en noodzakelijk) in artikel 7 lid 1 sub c Wgbla. Artikel 7 lid 1 Wgbla heeft hiermee een niet-limitatief karakter. Artikel 7 lid 1 sub c Wgbla omvat de algemene uitzonderingsgrond en daarmee is aan-gesloten bij de bewoordingen van artikel 2 lid 2 Richtlijn 2000/78/EG.¹¹⁴

Wat opvallend is aan deze uitzonderingsgronden, is dat er geen onderscheid is gemaakt naar directe en indirecte leeftijdsdiscriminatie. Dit terwijl in Richtlijn 2000/78/EG wel een dergelijk onderscheid wordt gemaakt.¹¹⁵ De regering achtte dit overbodig aangezien dit onderscheid in artikel 6 Richtlijn 2000/78/EG niet werd gemaakt.¹¹⁶

Het ontslag van een werknemer die de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt levert voorts geen verboden leeftijdsonderscheid op op grond van artikel 7 lid 1 sub b Wgbla. Deze bepaling bevestigt dat het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd een objectieve rechtvaardiging is voor leeftijdsontslag en codificeert de jurisprudentie van de Hoge Raad. De Hoge Raad gaf namelijk aan dat hierdoor ruimte ontstaat voor participatie van jongeren op de arbeidsmarkt en dat een 65-jarige werknemer aansluiting kan zoeken bij sociale zekerheidswetgeving. Daarnaast ontstaan er op deze manier ook geen discussies over of een werknemer nog wel in staat is om zijn opgedragen werkzaamheden naar behoren te vervullen.¹¹⁷

¹¹² Van der Burg 2004, p. 15-20.

¹¹³ Zie artikel 2 en 3 Wgbla. Zie ook Kamerstukken II, 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 36 (MvT).

¹¹⁴ Kamerstukken II, 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 25 (MvT).

¹¹⁵ Zie artikel 2 lid 2 en artikel 6 van Richtlijn 2000/78/EG.

¹¹⁶ Kamerstukken II, 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 4 (MvT).

¹¹⁷ UWV Werkbedrijf 2010, p.290-295.

Voorts kan ook opgemerkt worden dat artikel 7 lid 1 sub a Wgbla de beschermingsdoelstelling niet in voldoende mate tot uitdrukking brengt vergeleken met artikel 6 Richtlijn 2000/78/EG. In artikel 6 Richtlijn 2000/78/EG staat namelijk:

'[...]teneinde hun opnemingsproces in het arbeidsproces te bevorderen en hun bescherming te verzekeren'.

De regering geeft in de memorie van toelichting aan dat deze bewoordingen niet zijn overgenomen in de Wgbla, omdat per situatie bekeken dient te worden of een leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd is aan de hand van de criteria (legitiem doel, passend en noodzakelijk).¹¹⁸ Desondanks blijft de bescherming van de werknemer belangrijk en dat blijkt wel degelijk uit de bepalingen in Richtlijn 2000/78/EG.¹¹⁹

Voorts kan net als aan de verenigbaarheid van artikel 7:668a lid 6 BW met de beschermingseis uit artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG tevens getwijfeld worden aan de verenigbaarheid met artikel 7 lid 1 onder a Wgbla. De regering is niet overtuigend in haar onderbouwing wat betreft het versterken van de arbeidspositie van jonge werknemers en het verminderen van de jeugdwerkloosheid. Het is maar de vraag wat er gebeurt als de voortgezette arbeidscontracten voor bepaalde tijd aflopen. Als de werkgever de jonge werknemers na één extra tijdelijke arbeidsovereenkomst alsnog ontslaat om een vast dienstverband te voorkomen, hebben de jonge werknemers er op lange termijn geen profijt van.¹²⁰ Het leeftijdsonderscheid dat bij de verruiming van de ketenbepaling is gemaakt lijkt hiermee niet onder de uitzondering van artikel 7 lid 1 sub a Wgbla te vallen. De wetgever bevestigt ook dat de uitzonderingsgrond in artikel 7 lid 1 sub a Wgbla niet opgaat indien niet kan worden vastgesteld dat door toekomstige wetgeving de arbeidsparticipatie van werknemers wordt versterkt.¹²¹ Wat betreft de uitzonderingsgrond en de daarbij geldende criteria in artikel 7 lid 1 sub c Wgbla gelden, met betrekking tot het gemaakte leeftijdsonderscheid in de wetwijziging, dezelfde opmerkingen die gemaakt zijn in paragraaf 4.2.1 tot en met 4.2.3.

Indien de werknemer in een gerechtelijke procedure stelt dat er sprake is van leeftijdsdiscriminatie, dan dient de wederpartij op grond van artikel 12 Wgbla te bewijzen dat niet in strijd met de Wgbla is gehandeld. Artikel 12 Wgbla is zodoende een uitvoering van de verplichting in artikel 10 Richtlijn 2000/78/EG. Op grond van artikel 10 Wgbla is het voorts verboden om werknemers te benadelen wegens het feit dat zij in of buiten rechte een beroep hebben gedaan op de Wgbla of ter zake bijstand hebben verleend. Hiermee is voldaan aan de verplichting in artikel 11 Richtlijn 2000/78/EG. Werknemers kunnen op basis van artikel 11 lid 2 Wgbla dus nooit rechtsgeldig ontslagen worden als zij hun gelijk halen. Indien de werkgever het dienstverband toch beëindigt dan is dit vernietigbaar, maar is de werkgever niet schadeplichtig op grond van artikel 11 lid 5 Wgbla. Volgens de wetgever sluit dit aan op artikel 7:647 lid 4 BW waarin staat dat de werkgever niet schadeplichtig is bij het beëindigen van een dienstverband in strijd met een discriminatieverbod.¹²²

¹¹⁸ Kamerstukken II, 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 7, 24-25 (MvT).

¹¹⁹ Zie ook overweging 28 van Richtlijn 2000/78/EG.

¹²⁰ Gundt, 2010, p. 17-18.

¹²¹ Kamerstukken II, 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 25 (MvT).

¹²² Deze bepaling laat een eventuele schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag onverlet. Zie ook Kamerstukken 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 40 (MvT).

4.4 Toetsing door de Commissie Gelijke Behandeling (CGB)

Een werknemer die van mening is dat hij/zij benadeeld wordt door een verboden leeftijdsonderscheid, kan zich wenden tot de CGB. De CGB is een onafhankelijk landelijk college dat sinds 1994 bestaat en toeziet op de naleving van haar oordelen, adviseert en voorlichting geeft over gelijke behandeling.¹²³ Zo adviseert de CGB de wetgever bijvoorbeeld bij toekomstige wetgeving waarbij de gelijke behandeling een belangrijke rol speelt (bijvoorbeeld de WIJ).

Met de inwerkingtreding van de Wgbla heeft de CGB op grond van artikel 14 Wgbla de bevoegdheid gekregen om toezicht te houden op de naleving van de Wgbla. De CGB heeft daarmee een belangrijke rol gekregen. De CGB kan namelijk zowel op verzoek als uit eigen beweging onderzoeken of er sprake is van een gerechtvaardigd leeftijdsonderscheid. De CGB kan een onderzoek uit eigen beweging starten als bijvoorbeeld binnen een bedrijf regelmatig een leeftijdsonderscheid wordt gemaakt. Ook kunnen bijvoorbeeld werkgevers en cao-partijen zich tot de CGB wenden om regelingen of cao's ter toetsing aan de CGB voor te leggen.¹²⁴ Op deze manier kunnen zij voorkomen dat er een ongerechtvaardigd leeftijdsonderscheid wordt gemaakt. De CGB kan haar oordeel alléén baseren op de gelijke-behandelingsregelgeving. Niet in alle gevallen is de CGB dus bevoegd te oordelen. Zo kan een klacht omtrent een gemaakte leeftijdsonderscheid bij een eenzijdige overheidshandeling (handelingen van de overheid naar burgers toe zoals bijvoorbeeld een vergunning) niet behandeld worden door de CGB. Ook kan de CGB geen oordeel vellen over een gemaakte leeftijdsonderscheid wanneer dit vóór de datum dat de Wgbla in werking trad plaatsvond. Voorts kan de CGB alleen verzoeken op het gebied van werk, beroepsonderwijs, en het aanbieden van goederen (auto) of diensten (verzekering) in behandeling nemen.¹²⁵ De oordelen van de CGB zijn niet juridisch bindend, maar worden in de praktijk vaak opgevolgd door partijen.¹²⁶

Nu de verruiming van de ketenbepaling is gerealiseerd, is de kans groot dat er procedures volgen aangezien er twijfels bestaan bij de vraag of deze maatregel in overeenstemming is met de gelijkebehandelingsregelgeving. Zo zullen veel werknemers zich benadeeld voelen door de wetswijziging, omdat er in hun gevallen eerder sprake kon zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De vraag die daar aan hangt is: *hoe toetst de rechter of de CGB in een dergelijk geval?* De CGB zal zich in ieder geval vooral richten op de vereisten (legitiem doel, middel passend en noodzakelijk) in artikel 7 lid 1 Wgbla waaraan voldaan moet zijn om te kunnen spreken van een gerechtvaardigd leeftijdsonderscheid. Er zal daarbij dus eerst vast moeten komen te staan dat er sprake is van onderscheid. Naast deze afzonderlijke toetsing zal de CGB ook kijken naar de context van de maatregel (een lichtere, contextuele toetsing).¹²⁷ Indien de CGB in een bepaalde zaak tussen de werknemers en de werkgever heeft geoordeeld dat het leeftijdsonderscheid bij de verruiming van de ketenbepaling niet gerechtvaardigd is en in de situatie van de werknemer niet mocht worden toegepast door de werkgever, dan zal dit voldoende perspectief bieden voor de werknemer om een gerechtelijke procedure starten bij de rechter. Een oordeel van de CGB is immers niet juridisch bindend. Wel kan de CGB op basis van artikel 14 Wgbla juncto artikel 15 Awgb bij de rechter vorderen dat een gedraging die in strijd is met de Wgbla onrechtmatig wordt verklaard en de gevolgen van deze gedraging ongedaan worden gemaakt.

¹²³ <www.cgb.nl/home>.

¹²⁴ Zie artikel 12 lid 2 Awgb.

¹²⁵ <www.cgb.nl>. Informatie via 'Over de CGB' – 'Waar oordeelt de CGB over' verschenen.

¹²⁶ Lousberg 2007, p. 101.

¹²⁷ CGB-advies toetsing seniorenregelingen 2009, p.10-11.

4.5 Toetsing door de rechter

Een werknemer kan zich te allen tijde rechtstreeks tot de rechter wenden indien hij zich benadeeld acht door een verschil in behandeling op grond van een leeftijdsonderscheid. Indien het dienstverband met de werknemer is beëindigd, kan de werknemer de rechter verzoeken om deze beëindiging te vernietigen. Een dergelijke rechtsvordering verjaart door verloop van zes maanden na de dag waarop de arbeidsverhouding is geëindigd op grond van artikel 11 lid 4 Wgbla. Om tot een oordeel te komen mag de rechter in tegenstelling tot de CGB van het hele recht gebruikmaken. Een ander belangrijk verschil tussen de oordelen van de rechter en de CGB is dat de uitspraken van de rechter wel formele rechtskracht hebben op grond van artikel 112 Gw. De rechter heeft na te gaan of er sprake is van onderscheid, de maatregel aan een legitiem doel beantwoordt en of de nationale wetgevende of regelgevende autoriteiten terecht konden oordelen dat de gekozen middelen passend en noodzakelijk waren voor het bereiken van dat doel.¹²⁸ Ook de rechter bekijkt de context van de maatregel om te bekijken wat de wetgever precies heeft bedoeld. Het staat de nationale rechter daarbij in beginsel niet vrij om te oordelen over de effectiviteit van de verruimde ketenbepaling in artikel 7:668a BW. De nationale rechter zou dan op de stoel komen te zitten van de wetgever, dat op grond van artikel 120 Gw niet is toegestaan. De rechter kan verder het oordeel van de CGB in zijn oordeel meenemen.¹²⁹ Daarnaast dient de rechter het aan hem voorgelegde geschil af te doen aan de hand van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht zoals het gelijkheidsbeginsel (non-discriminatie op grond van leeftijd). De rechter zal, indien hij dit noodzakelijk acht, toetsen of de verruiming van de ketenbepaling in overeenstemming is met Europese regelgeving. Dit wordt ook wel aangeduid als een *richtlijnconforme interpretatie*. Daarbij zal er getoetst worden aan de rechtvaardigingsgronden in Richtlijn 2000/78/EG. De rechter ontkomt er in dat geval dus niet aan om over de geschiktheid en de noodzakelijkheid van de verruimde ketenbepaling te oordelen.¹³⁰ Indien de rechter strijdigheid constateert met het gemeenschapsrecht, dan dient de rechter artikel 7:668a lid 6 BW buiten toepassing te laten op grond van artikel 94 Gw.¹³¹ Als de rechter nog geen oordeel kan geven en blijkt dat een uitleg van het gemeenschapsrecht dan wel Richtlijn 2000/78/EG nodig is, dan is de rechter op grond van artikel 267 VWUE bevoegd om het HvJ prejudiciële vragen te stellen. Indien de rechter bijvoorbeeld niet kan vaststellen of er sprake is van passendheid of noodzakelijkheid in het licht van Richtlijn 2000/78/EG, dan kan de rechter deze vraag voorleggen aan het HvJ. In dat geval wenst de rechter dan te vernemen of de verruimde ketenbepaling verenigbaar is met artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG. Zo kan voorkomen worden dat het gemeenschapsrecht onjuist wordt toegepast.¹³²

4.6 Aansprakelijkheid bij onrechtmatige wetgeving

Schending van het verbod op onderscheid naar leeftijd is, zowel op grond van de Wgbla als op grond van Richtlijn 2000/78/EG, onrechtmatig wanneer een rechtvaardigingsgrond ontbreekt. Wanneer de rechter dit constateert en artikel 7:668a lid 6 BW buiten toepassing laat of onverbindend verklaart, dan zou dit kunnen leiden tot staatsaansprakelijkheid.¹³³ Men zou daarbij kunnen stellen dat de wetgever zijn taak onbehoorlijk heeft uitgevoerd. Daarbij kan tevens het feit dat de wetgever heeft afgezien van een advies van de CGB omtrent het leeftijdsonderscheid, meegewogen worden. Indien artikel 7:668a lid 6 BW buiten toepassing wordt gelaten, dan herleven de voorwaarden uit artikel 7:668a lid 1 en 3 BW en betekent dit dat sommige partijen (werkgever en werknemer) geconfronteerd worden met onverwachte

¹²⁸ De Wolff 2010, p. 18.

¹²⁹ Ook indien de rechter hiervan afziet dient de rechter dit in de uitspraak te motiveren op basis van artikel 121 Gw. Zie ook HR 13 november 1987, NJ 1989, 698.

¹³⁰ Boot 2010, p. 5.

¹³¹ Zie ook HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07.

¹³² Barents en Brinkhorst 2006, p. 253-259.

¹³³ Spier e.a. 2009, p.195. Zie ook Hennekens 2001, p.9.

verplichtingen.¹³⁴ In sommige gevallen kan er namelijk al sprake zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door conversie op basis van artikel 7:668a lid 1 en 3 BW.

De genoemde aansprakelijkheid houdt in dat de staat in beginsel verantwoordelijk zal worden gehouden voor zowel materiële als immateriële schade die is ontstaan als gevolg van het onjuist toepassen van het gelijkheidsbeginsel en het gemeenschapsrecht. Dit vloeit voort uit artikel 340 VWEU. De werkgevers kunnen volgens minister Donner in ieder geval niet verweten worden dat zij artikel 7:668a lid 6 BW hebben toegepast aangezien zij deden wat de wet hen toestond. *‘Er kan niet van werkgevers verwacht worden dat zij de geldigheid van de wet beoordelen.’*, zo stelde minister Donner. De minister gaf tijdens de behandeling van het wetsvoorstel verder ook aan dat de overheid mogelijk aansprakelijk is als zou blijken dat de verruimde ketenbepaling strijd oplevert met Richtlijn 2000/78/EG.¹³⁵ In het Nederlands rechtssysteem heeft de wetgever echter geen specifieke regels vastgesteld voor de aansprakelijkheid van de overheid. Op Europees niveau is het HvJ duidelijker en bepaalde zij in het *Konle*-arrest dat iedere lidstaat ervoor dient te zorgen dat de schade wordt vergoed die aan particulieren wordt toegebracht door een schending van het gemeenschapsrecht, ongeacht welk overheidsorgaan dit recht heeft geschonden en welk overheidsorgaan in beginsel volgens het recht van de betrokken lidstaat deze schade dient te vergoeden.¹³⁶ Benadeelde partijen kunnen hun vorderingen inzake onrechtmatige wetgeving voeren op basis van artikel 6:162 BW (de onrechtmatige daad). Op grond van artikel 3:305a BW kunnen de vakbonden ook een vordering namens de benadeelden instellen (groepacties). De nationale rechter is daarbij de bevoegde instantie om in de afwikkeling van deze vorderingen recht te spreken.¹³⁷ Een benadeelde kan zich pas tot het HvJ wenden als alle nationale middelen zijn uitgeput. Bij het vaststellen van een eventuele schadevergoeding dient de rechter te onderzoeken of de benadeelde partij(en) zich voldoende hebben ingespannen om de schade te beperken of te voorkomen.¹³⁸ Dit kan bijvoorbeeld blijken uit bezwaren die benadeelde partijen tegen de verruiming van de ketenbepaling in artikel 7:668a BW hebben ingesteld. Voordat de rechter toekomt aan een schadevergoeding, zal de rechter eerst moeten nagaan of de ketenbepaling in artikel 7:668a lid 6 BW een schending oplevert van het gelijkebehandelingsrecht.

¹³⁴ Peters 2010, p.32. Zie ook Gundt 2010, p. 19.

¹³⁵ Handelingen I, 2009/10, 34, p. 1442.

¹³⁶ HvJ EG 1 juni 1999, nr. C-302/97, r.o. 62. Zie ook ‘Slechter af’, <www.haaljerecht.nl/uitdepraktijk/europeesrecht/slechteraf.html>.

¹³⁷ Hennekens 2001, p.14.

¹³⁸ HvJ EG 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93. Zie overweging 84-85.

5 Jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (HvJ)

Om het nationale en het Europese recht voor het tegengaan van leeftijdsdiscriminatie bij arbeid te verduidelijken, is de jurisprudentie van de hoogste rechterlijke instantie van de Europese Unie (HvJ) belangrijk. In de jurisprudentie wordt het recht immers toegepast en uitgelegd. In dit hoofdstuk worden een drietal arresten uiteengezet die betrekking hebben op de objectieve rechtvaardiging bij leeftijdsonderscheid en een verband hebben met de verruiming van de ketenbepaling in artikel 7:668a BW. Daarbij wordt ingegaan op de verhouding tussen Richtlijn 2000/78/EG, de Wgbla en het gelijkheidsbeginsel.

5.1 Het Mangold-arrest¹³⁹

In deze uitspraak van het HvJ ging het om een Duitse wettelijke regeling¹⁴⁰ die het in het kader van het werkgelegenheidsbeleid mogelijk maakte dat werknemers die de leeftijd van 52 jaar hadden bereikt op basis van tijdelijke arbeidsovereenkomsten in dienst genomen konden worden door werkgevers zonder dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou ontstaan. De werknemer (Mangold) waarop deze wettelijke regeling van toepassing was, stelde dat deze regeling in strijd was met clausule 8, punt 3, van Richtlijn 1999/179/EG (betreffende raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd).¹⁴¹ Hierin staat namelijk dat lidstaten met de *uitvoering* van de bepalingen in Richtlijn 1999/179/EG geen geldige reden hebben om het algemene niveau van bescherming van de werknemers te verlagen. Het HvJ legde uit dat het begrip 'uitvoering' niet alleen betrekking heeft op de omzetting van Richtlijn 1999/179/EG in het nationale recht, maar strekt zich uit tot iedere nationale maatregel die beoogt te verzekeren dat het nagestreefde doel van Richtlijn 1999/179/EG wordt bereikt.¹⁴² Volgens de Duitse wetgever is het doel van de regeling, de opnemings in het arbeidsproces van werkloze oudere werknemers te bevorderen aangezien zij met veel moeite nieuw werk vinden. Tot zo ver lijkt het doel van de Duitse wetgever veel op het doel dat de Nederlandse wetgever heeft bij de verruiming van de ketenbepaling. Vervolgens kwam het HvJ toe aan een belangrijke vraag, namelijk of er sprake was van een objectief gerechtvaardigd leeftijdsonderscheid op basis van artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG aangezien de regeling slechts gold voor werknemers die de leeftijd van 52 jaar hadden bereikt. Het HvJ merkte allereerst op dat er sprake was van een rechtstreeks op leeftijd gebaseerde ongelijke behandeling.¹⁴³ Het doel van de wetgever achtte het HvJ legitiem, omdat het een doel was op het terrein van de werkgelegenheid en de arbeidsmarkt en de lidstaten over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken. Vervolgens moest het HvJ nog een oordeel geven over de passendheid en de noodzakelijkheid van deze wettelijke regeling. Hierover leek het HvJ strenger te zijn dan bij het bepalen of er sprake was van een legitiem doel. Het HvJ merkte op dat de regeling leidde tot een situatie waarin aan alle werknemers van 52 jaar en ouder tot hun pensioen, ongeacht of zij werkloos zijn of niet en ongeacht de duur van deze eventuele werkloosheid, arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd konden worden aangeboden die onbepaald konden worden verlengd. Vervolgens zegt het HvJ hierover: *'Deze omvangrijke, uitsluitend op grond van leeftijd bepaalde categorie werknemers loopt aldus het gevaar om gedurende een substantieel deel van de beroepsloopbaan te worden uitgesloten van het genot van vaste dienstbetrekkingen, wat juist, zoals uit de raamovereenkomst blijkt, een essentieel onderdeel vormt van de werknemersbescherming.'* Hiermee achtte het HvJ de Duitse wettelijke regeling niet passend en niet noodzakelijk om het nagestreefde doel te bereiken, waardoor het gemaakte leeftijdsonderscheid ongerechtvaardigd was op grond van artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG.¹⁴⁴ Verder gaf het HvJ aan dat de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is en dat de nationale rechter de volle werking

¹³⁹ HvJ EU 22 november 2005, nr. C-144/04.

¹⁴⁰ De zogenoemde 'Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge' (TzBfG).

¹⁴¹ HvJ EU 22 november 2005, nr. C-144/04, r.o. 48.

¹⁴² HvJ EU 22 november 2005, nr. C-144/04, r.o. 51.

¹⁴³ HvJ EU 22 november 2005, nr. C-144/04, r.o. 57.

¹⁴⁴ HvJ EU 22 november 2005, nr. C-144/04, r.o. 65.

hiervan dient te verzekeren door elke strijdige nationale bepaling buiten toepassing te laten. Richtlijn 2000/78/EG concretiseert dit beginsel. Richtlijn 2000/78/EG beoogt namelijk een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van diverse redenen, waaronder de leeftijd.¹⁴⁵

Dit arrest is relevant in verband met artikel 7:668a lid 6 BW. Nu dat met werknemers tot 27 jaar vaker en langer een tijdelijke arbeidsovereenkomst kan worden gesloten, lopen deze werknemers ook het gevaar dat zij uit worden gesloten van het genot van vaste diensbetrekkingen. De ontslagbescherming van deze groep werknemers wordt beperkt en dat is niet toegestaan op grond van clausule 8, punt 3 van Richtlijn 1999/179/EG. Zodoende kan met dit arrest bevestigd worden dat sterk aan de passendheid en noodzakelijkheid van de verruimde ketenbepaling kan worden getwijfeld.

5.2 Het Küçükdeveci-arrest¹⁴⁶

Het Küçükdeveci-arrest bouwt voort op het Mangold-arrest. Ook in dit arrest speelt Richtlijn 2000/78/EG een belangrijke rol. Küçükdeveci en haar werkgever Swedex hadden een geschil over de opzegtermijn die Swedex hanteerde op grond van § 622 lid 2 van het Bürgerliches Gesetzbuch (hierna: BGB) bij het ontslag van Küçükdeveci. In deze bepaling stond het volgende:

‘(...) Bij het berekenen van de duur van de arbeid worden tijdvakken van arbeid die de werknemer vóór het bereiken van de leeftijd van 25 jaar heeft vervuld, niet meegeteld.’¹⁴⁷

Met deze bepaling wilde de Duitse wetgever de opzegtermijn verlengen van werknemers die langer dan 40 jaar in dienst zijn bij een werkgever, de bescherming van werknemers vergroten en meer flexibiliteit aan de werkgevers bieden bij het personeelsbeheer. Daarbij ging de wetgever ervan uit dat jongeren doorgaans met minder moeite en sneller erin slagen om op het verlies van hun arbeidsplaats te reageren.¹⁴⁸ Küçükdeveci stelde dat deze bepaling in strijd was met het gemeenschapsrecht en dat het gemaakte leeftijdsonderscheid discriminatie opleverde, zodat deze bepaling buiten beschouwing moest blijven.¹⁴⁹ Het HvJ stelde in ieder geval vast dat er sprake was van een verschil in behandeling, omdat de dienstjaren van een werknemer die jonger is dan 25 jaar niet worden meegeteld in de berekening van de opzegtermijn. Werknemers tot 25 jaar worden ten aanzien van oudere werknemers hiermee dus benadeeld. Het HvJ toetste vervolgens aan de vereisten in artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG die een leeftijdsonderscheid objectief rechtvaardigen. Het HvJ oordeelde dat er in ieder geval sprake was van een legitiem doel aangezien het doel van § 622, lid 2 BGB strookt met het beleid op het terrein van werkgelegenheid en de arbeidsmarkt in de zin van artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG.¹⁵⁰ Verder was het HvJ net als in het Mangold-arrest strikt bij het oordelen over de passendheid en de noodzakelijkheid. Het HvJ stipte allereerst aan dat de lidstaten over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken bij de keuze van maatregelen die ter verwezenlijking van hun doelstellingen dienen.¹⁵¹ Desondanks oordeelde het HvJ dat de bepaling niet passend en noodzakelijk is:

‘(...) blijkt dat ingevolge die regeling de verlenging van de opzegtermijn naargelang van de anciënniteit van de werknemer niet geldt voor werknemers die vóór het bereiken van de leeftijd van 25 jaar in dienst traden van de onderneming, ook niet wanneer die werknemer er bij zijn ontslag een groot aantal arbeidsjaren bij die onderneming heeft opzitten. Die regeling kan dus niet geschikt worden geacht om de aangevoerde doelstelling te bereiken.’

¹⁴⁵ HvJ EU 22 november 2005, nr. C-144/04, r.o. 75, 77 en 78.

¹⁴⁶ HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07.

¹⁴⁷ Dit is een vertaling, zie HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07, r.o. 11.

¹⁴⁸ HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07, r.o. 34-35 en 39.

¹⁴⁹ HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07, r.o. 15.

¹⁵⁰ HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07, r.o. 36.

¹⁵¹ HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07, r.o. 38.

Het HvJ oordeelt ook dat § 622, lid 2 BGB jonge werknemers bovendien op ongelijke wijze treft aangezien sommige jongeren al op jonge leeftijd (zonder of na een korte opleiding) gaan werken, terwijl andere jongeren pas na een langere opleiding gaan werken.¹⁵² Concluderend stelde het HvJ dat de bepaling hiermee in strijd is met Richtlijn 2000/78/EG en in het bijzonder het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd.¹⁵³

De twijfels rondom de rechtvaardiging van het leeftijds onderscheid bij de verruiming van de ketenbepaling worden middels dit arrest nog meer vergroot. Werknemers tot 27 jaar worden ten aanzien van oudere werknemers ook op ongelijke wijze getroffen aangezien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor werknemers tot 27 jaar wordt uitgesteld. Werknemers ouder dan 27 jaar kunnen ondanks dezelfde anciënniteit eerder te maken krijgen met een vaste aanstelling.

5.3 Het Hütter-arrest¹⁵⁴

Ook in het Hütter-arrest ging het om een nationale bepaling waarin een onderscheid werd gemaakt naar leeftijd. In dit arrest ging het om een Oostenrijkse bepaling die uitsluit dat beroepservaring van een werknemer, die vóór het bereiken van de leeftijd van 18 jaar is verworven, in aanmerking wordt genomen voor de indeling in salaristrappen.¹⁵⁵ Hütter volgde een vakopleiding tot laboratoriumtechnicus bij Technische Universität Graz (hierna: TUG), waarna hij samen met zijn collega in dienst trad bij TUG. Aangezien de collega van Hütter 22 maanden ouder was dan hij, kreeg zij een hoger salaris (verschil in maandsalaris € 23,20). Dit verschil had ook te maken met het feit dat de door Hütter gedurende zijn meerderjarigheid doorlopen leerperiode slechts ongeveer 6,5 maanden bedroeg, tegenover 28,5 maanden voor zijn collega. Hütter stelde dat er bij gelijke beroepservaring geen rechtvaardiging bestaat krachtens artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG voor een verschil in behandeling dat uitsluitend is gebaseerd op de leeftijd waarop deze ervaring is verworven.¹⁵⁶ TUG stelde dat de overheidsdiensten door deze bepaling kan beschikken over een duidelijke en eenvormige structuur voor de vaststelling van de salarissen van de arbeidscontractanten. Verder stelde TUG dat er zeer weinig leerlingen waren die na hun achttiende levensjaar hun opleiding afrondden en dat er een tekort was aan mensen met een hoger onderwijsdiploma. Door deze bepaling zouden scholieren aangespoord worden om het algemeen voortgezet onderwijs te volgen en zou de arbeidsparticipatie van leerlingen uit het beroepsonderwijs worden bevorderd.¹⁵⁷

Het HvJ gaf aan dat er in ieder geval sprake was van een leeftijds onderscheid aangezien Hütter ten aanzien van zijn collega ongunstiger werd behandeld op grond van zijn leeftijd. De genoemde doelstelling van de Oostenrijkse bepaling valt volgens het HvJ op grond van artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG onder het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding. Het doel werd voorts aangemerkt als legitiem aangezien het verband houdt met het creëren van bijzondere voorwaarden voor toegang tot arbeid, met inbegrip van voorwaarden voor beloning voor jongeren, teneinde hun opnemingsproces in het arbeidsproces te bevorderen.¹⁵⁸ Vervolgens achtte het HvJ de bepaling echter niet passend en noodzakelijk aangezien zowel leerlingen uit het voortgezet onderwijs als leerlingen uit het beroepsonderwijs ten koste van elkaar bevoordeeld kunnen worden. Enerzijds worden alleen leerlingen uit het voortgezet onderwijs gestimuleerd om onderwijs te volgen en anderzijds wordt alleen de arbeidsparticipatie van leerlingen uit het beroepsonderwijs bevorderd. Daarnaast geeft het HvJ ook nog aan dat een verschil in behandeling op grond van de leeftijd (waarop de beroepservaring is verworven) van twee

¹⁵² HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07, r.o. 41-42.

¹⁵³ HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07, r.o. 43.

¹⁵⁴ HvJ EU 16 juni 2009, nr. C-88/08.

¹⁵⁵ HvJ EU 16 juni 2009, nr. C-88/08, r.o. 35.

¹⁵⁶ HvJ EU 16 juni 2009, nr. C-88/08, r.o. 18.

¹⁵⁷ HvJ EU 16 juni 2009, nr. C-88/08, r.o. 21-23.

¹⁵⁸ HvJ EU 16 juni 2009, nr. C-88/08, r.o. 41-42.

personen met evenveel beroepservaring niet passend en noodzakelijk is voor het bereiken van het doel om leerlingen uit het voortgezet onderwijs onderwijs niet ten opzichte van het beroepsonderwijs te benadelen. Zo oordeelde het HvJ dus dat de Oostenrijkse bepaling in strijd was met Richtlijn 2000/78/EG.¹⁵⁹

Het HvJ is in dit arrest zeer kritisch over de passendheid en de noodzakelijkheid van de bepaling. Op het moment dat de doelen van een bepaling enige tegenstrijdigheid met elkaar hebben, wordt het standpunt dat de bepaling passend en noodzakelijk is al snel verworpen door het HvJ. Van een dergelijke tegenstrijdigheid is ook sprake bij de verruiming van de ketenbepaling. Zo geeft de wetgever aan dat werkgevers als gevolg van de economische crisissomstandigheden geen nieuwe werknemers willen aannemen en dat het daarom mogelijk moet zijn om het bestaand personeel langer op tijdelijke basis in dienst te houden. Het is vreemd dat de wetgever dan stelt dat het voor de werkgevers aantrekkelijker wordt om een arbeidsrelatie met jongeren aan te gaan.¹⁶⁰ Bovendien geldt de wetswijziging voor twee jaar (hooguit vier jaar) en zal het voordeel (een extra tijdelijke arbeidsovereenkomst) zich pas verwezenlijken na de derde opeenvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of na 36 maanden. Vele werknemers en werkgevers die een eerste arbeidsovereenkomst met elkaar sluiten kunnen geen beroep doen op de verruimde ketenbepaling aangezien de looptijd van de wetswijziging na twee jaar alweer is verstreken. Het is dan niet eens zeker of de duur van de maatregel (afhankelijk van de economische omstandigheden) wordt verlengd.¹⁶¹

¹⁵⁹ HvJ EU 16 juni 2009, nr. C-88/08, r.o. 46-51.

¹⁶⁰ Kamerstukken II, 2008/09, 32 058, nr. 3, p. 3 (MvT).

¹⁶¹ De Wolff 2010, p. 20.

6 Conclusies en aanbevelingen

In de voorgaande hoofdstukken zijn de onderzoeksresultaten beschreven en daarmee is een eind gekomen aan het onderzoek naar de centrale vraag: *'In hoeverre verdraagt zich de verruiming van de ketenbepaling voor het aantal tijdelijke arbeidsovereenkomsten voor werknemers tot 27 jaar met de nationale en Europese antidiscriminatie regelgeving op het gebied van leeftijdsdiscriminatie?'*. Hieruit zijn conclusies en aanbevelingen voortgekomen die in de volgende paragrafen worden weergegeven. Hiermee is de centrale onderzoeksvraag beantwoord. De aanbevelingen zijn gericht aan Van Buren en de wetgevende instantie.

6.1 Conclusies

De ketenbepaling voor het aantal tijdelijke arbeidsovereenkomsten is in de periode na het jaar 1907 ontstaan om de werknemer te beschermen tegen werkgevers die misbruik maken van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en bepalingen over de opzegging proberen te omzeilen. De ketenbepaling houdt in dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd na overschrijding van een dienstperiode van 36 maanden of bij de totstandkoming van de vierde opeenvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Voorts mogen de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de keten elkaar opvolgen met tussenpozen van maximaal drie maanden. De verhouding tussen de arbeidsovereenkomst voor bepaalde en voor onbepaalde tijd is in de loop van de tijd veranderd. Het verschil tussen de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en voor onbepaalde tijd is echter nog steeds dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in beginsel van rechtswege eindigt op het moment dat de overeengekomen tijdsduur verstrijkt en de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eindigt door middel van opzegging. Met de Wet Flexibiliteit en Zekerheid van 1999 is invulling gegeven aan Richtlijn 1999/70/EG. Deze wetswijziging zorgde uiteindelijk voor een aanscherping van het ontslagrecht waarbij het gebruik van tijdelijke arbeidscontracten werd beperkt en werknemers meer zekerheid en perspectief op een vaste aanstelling geboden werd. Toch blijft de vraag of een werknemer voldoende zekerheid en uitzicht op een vast dienstverband wordt geboden. Een tijdelijk arbeidscontract met een duur van maximaal drie maanden die een arbeidscontract van 36 maanden of langer onmiddellijk opvolgt wordt namelijk op grond van artikel 7:668a lid 3 BW niet meegeteld in de ketenreeks en zodoende ontstaat er geen vast dienstverband. Artikel 7:668a lid 5 BW biedt de mogelijkheid om bij cao af te wijken van de ketenbepaling, maar dit is echter geen grond om onbeperkt van de ketenbepaling af te wijken. Voorts komt uit de praktijkvoorbeelden, afkomstig van Van Buren, naar voren dat uitzendovereenkomsten of detacheringsovereenkomsten ten aanzien van het opvolgend werkgeverschap voor verwarring kunnen zorgen.

Naar de mening van de onderzoeker kan het doel van de Wet tijdelijke verruiming ketenbepaling (het bestrijden van jeugdwerkloosheid en de arbeidsparticipatie bevorderen) niet geheel verwezenlijkt worden. Voor werkgevers en werknemers tot 27 jaar die gebonden zijn aan een cao, waarin al is voorzien in een verruiming van de ketenbepaling, verandert er namelijk niets. Bovendien heeft de Raad van State in haar advies, gericht aan de wetgever, aangegeven dat de tijdelijk verruimde ketenbepaling een geringe bijdrage zal leveren aan het bestrijden van jeugdwerkloosheid. Tevens hebben een aantal fractiepartijen dit tijdens de behandeling van het wetsvoorstel aangekaart.

Aangezien de Wet tijdelijke verruiming ketenbepaling de mogelijkheid biedt aan werkgevers en werknemers tot 27 jaar om een extra tijdelijke arbeidsovereenkomst te sluiten, worden werknemers tot 27 jaar omtrent een vaste aanstelling langer in onzekerheid gehouden. Deze onzekerheid wordt vergroot door het feit dat de werkgever aan het einde van de vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alsnog eenvoudig afscheid kan nemen van werknemers tot 27 jaar. De wetgever heeft verder niet aangetoond dat werkgevers door de

wetswijziging voldoende worden geprikkeld om meer jongeren aan te nemen en om hen een vast dienstverband aan te bieden.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel is eenvoudig en wellicht onzorgvuldig aangenomen dat het gemaakte leeftijdsonderscheid gerechtvaardigd is. De wetgever heeft het advies van de CGB (dat de leeftijdsgrens van 27 jaar in de WIJ gerechtvaardigd is) overgenomen en daarmee vastgesteld dat het leeftijdsonderscheid dat gemaakt is bij de Wet tijdelijke verruiming ketenbepaling gerechtvaardigd is. Of de wetgever een juiste beslissing heeft genomen om het advies van de CGB over te nemen kan over gediscussieerd worden. In tegenstelling tot de WIJ worden de werknemers tot 27 jaar door de verruiming van de ketenbepaling namelijk beperkt in hun ontslagbescherming.

Het verbod op leeftijdsdiscriminatie is een algemeen beginsel van de Europese Unie. Een verschil in behandeling op grond van een leeftijdsonderscheid bij arbeid kan gerechtvaardigd zijn, zoals in hoofdstuk 4 is beschreven. Lidstaten hebben daarbij een ruime beoordelingsvrijheid, maar een regeling waarbij onvoldoende bescherming wordt geboden en onvoldoende rekening wordt gehouden met de arbeidsmarktpositie van de werknemer is onverenigbaar met het gemeenschapsrecht. Doelstellingen van een nationale maatregel (zoals de verruimde ketenbepaling) op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding worden in het Mangold-, Küçükdeveci- en het Hütter-arrest vrij snel als legitiem aangemerkt door het HvJ. Het HvJ is echter wel strikter bij het bepalen of een middel passend en noodzakelijk is. Zo benadrukte het HvJ dat de ontslagbescherming van werknemers niet zodanig mag worden beperkt dat werknemers gedurende een deel van hen beroepsloopbaan worden uitgesloten van het genot van vaste dienstbetrekkingen.

Zodoende is de onderzoeker van mening dat de verruimde ketenbepaling geen passend en noodzakelijk middel is om het doel te bereiken (de jeugdwerkloosheid bestrijden en de arbeidsparticipatie bevorderen), zodat de verruimde ketenbepaling strijdig kan zijn met de nationale en Europese antidiscriminatieregelgeving op het gebied van leeftijdsdiscriminatie. Dit is nader toegelicht in hoofdstuk 4. De nationale rechter zal de verruimde ketenbepaling in dat geval buiten toepassing moeten laten. Gezien de mankementen in de wetswijziging kan de regering gerechtelijke procedures en kansrijke schadeclaims van werknemers verwachten. Werknemers kunnen hun vorderingen inzake onrechtmatige wetgeving voeren op basis van artikel 6:162 BW (de onrechtmatige daad). De werknemers kunnen zich pas tot het HvJ wenden als alle nationale middelen zijn uitgeput.

6.2 Aanbevelingen

Aangezien Van Buren te maken kan krijgen met vraagstukken of geschillen die betrekking hebben op de (verruimde) ketenbepaling, wordt er getracht aanbevelingen te doen in deze paragraaf om de kwaliteit van de advisering richting werknemer alsmede werkgever ten aanzien van de ketenbepaling te verbeteren. Indien Van Buren deze aanbevelingen implementeert, dan zal de kwaliteit van de advisering ten aanzien van de ketenbepaling richting de cliënten gewaarborgd en versterkt worden. Ook wordt de positie van Van Buren op de ondernemingsmarkt gunstig verhoogd indien hiermee geschillen en gerechtelijke procedures tussen werkgevers en werknemers voorkomen worden.

Ten slotte worden ook enkele aanbevelingen verstrekt aan de wetgever die gericht zijn op een mogelijke oplossing voor het geconstateerde probleem in de wetswijziging.

1. Het is allereerst van belang dat de werkgever geadviseerd wordt het dienstverleden van zijn werknemer(s) zorgvuldig in de gaten te houden om onaangename verrassingen te voorkomen. Dit is ook van belang bij een eventuele doorstart na een faillissement. Daarbij is oplettendheid geboden bij het in dienst nemen van uitzendkrachten en gedetacheerden aangezien een dergelijk contract ook meetelt in de ketenreeks, indien hen in de toekomst

een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt aangeboden en de werkzaamheden hetzelfde blijven.

2. Voor zowel de werkgever als de werknemer is het van belang dat een van toepassing zijnde cao goed gelezen wordt, zodat cao-bepalingen die afwijken van de (verruimde) ketenbepaling vroegtijdig worden gesignaleerd. Op deze manier kunnen onduidelijkheden en geschillen voorkomen worden.

3. Om geschillen te voorkomen is communicatie ook een zeer belangrijk aspect. Het is aanbevolen dat de werkgever met de werknemer zo vroeg mogelijk en zo duidelijk mogelijk communiceert over de voortzetting of de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Daarbij dient de werkgever zorgvuldig te zijn in het doen van concrete toezeggingen over een contractverlenging. Dit getuigt ook van goed werkgeverschap en komt de relatie/vertrouwensband ten goede.

4. Het verdient verder aanbeveling om, gelet op de gewezen uitspraken van het HvJ, een beroep te doen bij de nationale rechter op het moment dat een werknemer zich meldt bij Van Buren en zich benadeeld acht door de werkgever wegens toepassing van de tijdelijk verruimde ketenbepaling. De werknemer dient zich er wel van bewust te zijn dat een dergelijke procedure veel tijd en hoge kosten in beslag kan nemen.

5. De werkgever wordt aanbevolen om de Wet tijdelijke verruiming ketenbepaling te laten vervallen, omdat naar mening van de onderzoeker niet voldaan wordt aan de vereisten voor een gerechtvaardigd leeftijdsonderscheid.

6. Om de arbeidspositie van de werknemers op de arbeidsmarkt in evenwicht te houden wordt de werkgever aanbevolen om als alternatief voor de verruimde ketenbepaling een beperking van de ontslagbescherming van ervaren werknemers in overweging te nemen. Ervaren werknemers hebben namelijk betere kansen op de arbeidsmarkt dan werknemers tot 27 jaar met een zwakkere arbeidspositie. Hoewel de aantasting van de ontslagbescherming al jaren een zeer gevoelig en discutabel onderwerp is, krijgen werknemers tot 27 jaar zo wel meer kans op werk en kunnen ze wellicht ook langer aan het werk blijven.

7. Ten slotte zou de werkgever in plaats van de verruimde ketenbepaling (loon)subsidies of fiscale voordelen kunnen bieden aan de werkgever, zodat jongeren langer in dienst worden gehouden of sneller worden aangenomen. Op deze manier wordt de kans op werk voor deze jongeren ook vergroot en wordt jeugdwerkloosheid voorkomen.

7 Evaluatie

In dit onderdeel wordt kort teruggeblikt op het verloop van het onderzoek. Hierbij worden de positieve en negatieve ervaringen beschreven die tijdens het onderzoek zijn opgedaan. Over het algemeen is het onderzoek goed verlopen ondanks een aantal knelpunten.

Voorafgaand aan de afstudeerperiode heeft de onderzoeker volop aandacht besteed aan het onderzoeksplan, waardoor het onderzoeksplan al in de eerste week kon worden beoordeeld. Dit is een groot voordeel geweest, ondanks dat er enige vertraging ontstond in de definitieve beoordeling van het onderzoeksplan door ziekte van de eerste afstudeerdocent. Aan de hand van de verkregen feedback werden uiteindelijk een aantal aanpassingen in het onderzoeksplan verricht, waarna er werd overgegaan tot het raadplegen van informatiebronnen en het beantwoorden van de onderzoeksvragen. Dit laatste werd niet als lastig ervaren aangezien er voldoende informatie beschikbaar was. Vooral de kamerstukken en de jurisprudentie zorgden voor een verduidelijking van de tekst, waardoor het schrijfproces ook vlotter verliep. De paragraafindeling werd daarbij wel als knelpunt ervaren, omdat het onderzoek afgebakend diende te worden. Er zijn namelijk verschillende onderwerpen die samenhangen met de ketenbepaling, maar waar geen aandacht aan besteed hoefde te worden.

De resultaten van dit onderzoek kunnen uiteindelijk ook gebruikt worden voor een vervolgonderzoek. Zo kan deze scriptie bruikbaar zijn bij een onderzoek naar de effectiviteit van de verruimde ketenbepaling. Maar dit zal waarschijnlijk pas mogelijk zijn tegen het eind van 2011, omdat de wetgever dan moet beslissen of de maatregel wordt verlengd tot 2014. Een dergelijk vervolgonderzoek is mogelijk zolang de nationale rechter of het HvJ geen oordeel heeft geveld over de rechtvaardiging van het gemaakte leeftijds onderscheid.

Bronvermelding

Aangehaalde en geraadpleegde bronnen

Literatuur

- Baarda, De Goede en Teunissen 2005

D.B. Baarda, M.P.M. de Goede en J. Teunissen, *Basisboek Kwalitatief onderzoek. Handleiding voor het opzetten en uitvoeren van kwalitatief onderzoek*, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff bv 2005.

- Bakels, Asscher-Vonk en Bouwens 2009

H.L. Bakels, I.P. Asscher-Vonk en W.H.A.C.M. Bouwens, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

- Barents en Brinkhorst 2006

R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006.

- Bastiaans e.a. 2010

- M.H. Bastiaans e.a., *Leidraad voor juridische auteurs. Voetnoten, bronvermeldingen, literatuurlijsten en afkortingen in Nederlandstalige publicaties*, Deventer: Kluwer 2010.

- De Wolff 1999

D.J.B. de Wolff, *de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd* (Monografieën Sociaal Recht, nr. 13), Deventer: Kluwer 1999.

- Diebels e.a. 2006

M. Diebels e.a., *Goed Werkgeverschap: handvatten voor redelijkheid* (Actueel recht voor P&O), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006.

- Hendriks 1999

A.C. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten* (Monografieën Sociaal Recht, nr. 20), Deventer: Kluwer 1999.

- IJzermans en Van Schaaijk 2007

M.G. IJzermans en G.A.F.M. van Schaaijk, *Oefening baart kunst. Onderzoeken, argumenteren en presenteren voor juristen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

- Lauwaars en Timmermans 2003

R.H. Lauwaars en C.W.A. Timmermans, *Europees recht in kort bestek*, Deventer: Kluwer 2003.

- Loonstra en Zondag 2008

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

- Loonstra en Zondag 2010 I

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Sdu Commentaar arbeidsrecht I*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

- Loonstra en Zondag 2010 II

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Sdu Commentaar arbeidsrecht II*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

- Lousberg 2007

L. Lousberg, *Gelijke behandeling: handleiding voor de praktijk* (Actueel recht voor P&O), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007.

- Pennings 2005

F.J.L. Pennings, *Grondslagen van het Europese socialezekerheidsrecht* (Monografieën Sociaal Recht, nr. 9), Deventer: Kluwer 2005.

- Pennings en Hoffmans 2010

F.J.L. Pennings en J.G.F.M. Hoffmans, *Wet en rechtspraak arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

- Spier e.a. 2009

J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009.

- UWV WERKbedrijf 2010

UWV WERKbedrijf, *Ontslagprocedure UWV WERKbedrijf, beleidsregels en regelgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

- Van der Burg 2004

M.M. van der Burg, *Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid* (Actualiteiten Sociaal Recht), Deventer: Kluwer 2004.

- Van Grinsven 2009

P.M.H.J. van Grinsven, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

- Van Zanten-Baris 2009

A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding* (Monografieën Sociaal Recht, nr. 47), Deventer: Kluwer 2009.

Tijdschriften

Pensioen Magazine

- Van Veen 2005

D.D. van Veen, 'WGBLA: de objectieve rechtvaardigingsgrond', *Pensioen Magazine* 2005-12, p. 6-10.

Tijdschrift ArbeidsRecht

- De Wolff 2010

D.J.B. de Wolff, 'Leeftijdscriminatie. Lastige vragen – complexe antwoorden', *Tijdschrift ArbeidsRecht*, 2010-11, p. 17-21.

- Willems 2009

P.W.H.M. Willems, *De verhouding tussen de Ragetlie-regel versus de ketenregeling*, *ArbeidsRecht* 2009/6/7, p. 32-37.

- Boot 2010

G.C. Boot, 'Vier tijdelijke arbeidsovereenkomsten voor jongeren: over killerapplicaties en sunset-clausules', *ArbeidsRecht* 2010-10, p. 3-6.

Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk (TAP)

- Houweling 2010

A.R. Houweling, 'Wet tijdelijke verruiming ketenregeling tot 27 jaar: haastige spoed is zelfden goed', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2010-6, p. 228-233.

- Kehrer-Bot en Bruyninckx 2010

C.S. Kehrer-Bot en E.L.J. Bruyninckx, 'Leeftijdsonderscheid in een sociaal plan: de laatste stand van zaken', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2010-2, p. 4-5.

- Vas Nunes 2010

P.C. Vas Nunes, 'Küçükdeveci: een wake-up call', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2010-4, p. 147-151.

Tijdschrift Recht en Arbeid (TRA)

- Gundt 2010

N. Gundt, 'Verruiming ketenregeling een dode letter dankzij het Hof van Justitie EU?', *Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2010-11, p. 16-19.

- Peters 2010

S.S.M. Peters, 'Leeftijdscriminatie in nationale ontslagregeling – welke rol is weggelegd voor de rechter?', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010-42, p.30-32.

Rapporten en overige publicaties

- Jaarverslag 2009

Commissie Gelijke Behandeling, *Jaarverslag 2009*, Utrecht: CGB 2009.

- Loenen 1998

T. Loenen, *Het gelijkheidsbeginsel* (Ars Aequi Cahiers deel 2), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 10-11.

- CGB-advies toetsing seniorenregelingen 2009

Advies Commissie Gelijke Behandeling inzake de toetsing van seniorenregelingen aan de WGBLA (advies van 9 maart 2009, CGB-advies/2009/03), Utrecht: CGB 2009, p.10-11.

- Hennekens 2001

H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal* (afscheidsrede Katholieke Universiteit Nijmegen), 2001, p.14.

Wet- en regelgeving

Algemene wet gelijke behandeling

Burgerlijk Wetboek

Europees verdrag voor de Rechten van de mens

Europese Richtlijn 1999/70/EG

Europese Richtlijn 2000/78/EG

Grondwet

Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap

Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid

Wet investeren in jongeren

Parlementaire stukken

Handelingen I, 2009/10, 34, p. 1435.

Handelingen II, 2009/10, 53, p. 4889.

Kamerstukken I, 2009/10, 32 058, nr. C, p.1-2 (MvA I)

Kamerstukken I, 2009/10, 32 058, nr. E, p. 4.

Kamerstukken I, 2009/10, 32 058, nr. G.

Kamerstukken II, 2009/10, 32 058, nr. 4.

Kamerstukken II, 2009/10, 32 058, nr. 6, p. 1 (NV II).

Kamerstukken II, 2009/10, 32 058, nr.8, p. 1.

Kamerstukken II, 2008/09, 32 058, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II, 2008/09, 31 775, nr. 3,.

Kamerstukken II, 2008/09, 31 070, nr. 30.

Kamerstukken I, 2003/04, 28 170, nr. C, p. 5-6 (MvA I).

Kamerstukken II, 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 36 (MvT).

Kamerstukken II, 1998/99, 26 257, nr.3 (MvT)

Kamerstukken II, 1998/99, 26 257, nr.7 (NV II).

Kamerstukken I, 1997/98, 25 263, nr 132b (MvA I).

Kamerstukken II, 1996/97, 25 263, nr. 3 (MvT).

Jurisprudentie

Europese Hof van Justitie (HvJ)

HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07.

HvJ EU 16 juni 2009, nr. C-88/08.

HvJ EU 5 maart 2009, nr. C-388/07.

HvJ EG 4 juli 2006, nr. C-212/04.

HvJ EG 22 november 2005, nr. C-144/04.

HvJ EG 1 juni 1999, nr. C-302/97.

HvJ EG 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93.

Hoge Raad

HR 3 maart 2009, *LJN* BH5977.
HR 14 juli 2006, *RAR* 2006, 122.
HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 707.
HR 13 november 1987, *NJ* 1989, 698.
HR 4 april 1986, *NJ* 1987, 678.
HR 8 januari 1952, *NJ* 1952, 243.

Gerechtshof

Hof Amsterdam 25 augustus 2005, *JAR*, 2005/234.

Rechtbank

Rb. Maastricht 27 februari 2008, *JAR*, 2008/146.

Kantonrechter

Ktr. Amsterdam 13 december 2001, *JAR*, 2002/2.
Ktr. Apeldoorn 2 juli 2003, *JAR*, 2003/170.
Ktr. Eindhoven 8 februari 2001, *JAR*, 2001/46.
Ktr. Groningen 14 maart 2007, *JAR*, 207/102.
Ktr. Meppel 15 maart 2001, *JAR*, 2001/73.
Ktr. Sneek 10 november 2006, *JAR*, 2007/153.

Commissie Gelijke Behandeling

CGB 6 mei 2009, nr. 2009-36.

Elektronische bronnen

- 'Wie zijn we?', <www.vanburenarbeidsrecht.nl>, 7 februari 2011
- 'Uitbreiding Flexwet leidt tot meer leeftijdsdiscriminatie', <www.cnvendienstenbond.nl/nieuws>, 21 februari 2011.
- 'Brief Eerste Kamer tijdelijke verruiming ketenbepaling - 17 maart 2010' <www.fnvjong.nl/voor-de-politiek/brieven-eerste-en-tweede-kamer>, 22 februari 2011.
- 'Brief Tweede Kamer tijdelijke verruiming ketenbepaling - 21 juni 2010', <www.fnvjong.nl/voor-de-politiek/brieven-eerste-en-tweede-kamer>, 22 februari 2011.
- 'Wat is discriminatie', <www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/vragen-en-antwoorden/wat-is-discriminatie.html>, 8 maart 2011.
- 'Over de CGB', <www.cgb.nl/home>, 14 maart 2011
- 'Slechter af', <www.haaljerecht.nl/uitdepraktijk/europeesrecht/slechteraf.html>, 16 maart 2011.
- 'Donners jeugdplan werkt niet', <opinie.volkskrant.nl/artikel/show/id/3874/Donners_jeugdplan_werkt_niet>, 2 maart 2011.
- 'Cijfers – aantal jongeren tussen de 15 en 25 jaar met een flexibele relatie' <<http://statline.cbs.nl/StatWeb/dome>>, (cijfers zijn verschenen via Arbeid en sociale zekerheid – Arbeidsmarkt – Beroepsbevolking – Beroepsbevolking; geslacht en leeftijd – Werkzame beroepsbevolking – Positie in de werkring – Werknemers flexibele arbeidsrelatie), 11 maart 2011.
- T. van Vleuten, 'Leeftijds- en vrouwendiscriminatie. Het gendered karakter van het leeftijds criterium', <www.tijdschriftnemesi.nl> (zoek op *leeftijds- en vrouwendiscriminatie*), 15 maart 2011.
- 'De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbla) en pensioenregelingen', <www.ser.nl> (zoek op Wgbla), 15 maart 2011.

