



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Hof van Justitie van de EU: leeftijdsdiscriminatie van 25-jarigen mag ... of toch niet?

Haar, B.P. ter

Citation

Haar, B. P. ter. (2018). Hof van Justitie van de EU: leeftijdsdiscriminatie van 25-jarigen mag ... of toch niet? *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 12(1), 33-53.
doi:10.5553/ArA/156866392018012001003

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/67866>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Hof van Justitie van de EU: leeftijdsdiscriminatie van 25-jarigen mag ... of toch niet?

B.P. ter Haar

Op 19 juli 2017 deed het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak in de zaak Abercrombie & Fitch. Een opmerkelijke uitspraak, want het Hof acht het gerechtvaardigd dat een oproepcontract automatisch eindigt louter en alleen omdat de werknemer de leeftijd van 25 jaar heeft bereikt. In voorgaande arresten waar jongeren anders werden behandeld vanwege hun leeftijd leek het Hof heel strikt te zijn en die niet te accepteren. Is de uitspraak in de zaak Abercrombie & Fitch het begin van een andere houding of toch niet? In deze bijdrage onderzoek ik dit door de uitspraak te plaatsen in de bredere context van leeftijd als discriminatiegrond en het Europese Jeugdbeleid. Op die manier beschouwd is tot op zekere hoogte begrijpelijk waarom het Hof de Italiaanse maatregel gerechtvaardigd acht. Echter, met AG Bobek, is mijn conclusie dat voor de essentie van de maatregel leeftijd helemaal niet nodig is als onderscheidend criterium en dat het Hof in deze uitspraak eigenlijk een scheve schaats rijdt.

1. Inleiding

Op 19 juli 2017 deed het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU of Hof) uitspraak in de zaak *Abercrombie & Fitch*.¹ De zaak heeft wat stof doen opwaaien, want het Hof stond toe dat de werkgever ongeacht de aard van de werkzaamheden een oproepovereenkomst mag sluiten met jongeren tot 25 jaar en hij dit contract ook zonder meer mag beëindigen zodra de jongere de leeftijd van 25 jaar heeft bereikt. Vanuit een arbeidsrechtelijk standpunt staat het Hof dus toe dat een jongere werknemer tot twee keer toe weinig tot geen arbeidsrechtelijke bescherming geniet. Het Hof staat ten eerste toe dat werkgevers vrij gebruik kunnen maken van oproepcontracten die worden gekenmerkt door een grote mate van flexibiliteit waarbij de werknemer volledig is overgeleverd aan de wil van de werkgever. Ten tweede staat het Hof toe dat werkgevers het oproepcontract van rechtswege beëindigen zodra de jongere de leeftijd van 25 jaar heeft bereikt. Er geldt geen opzegtermijn, herplaatsingsplicht, ontslagvergoeding of wat dan ook.

Hoewel er het nodige valt af te dingen op deze uitspraak, is deze toch niet zo verrassend wanneer deze wordt beschouwd in de bredere context van het Europees jeugdbeleid. Het doel van deze bijdrage is om dit nader te belichten. Dat doe ik door eerst uitgebreider de zaak *Abercrombie & Fitch* te bespreken, inclusief de conclusie van de Advocaat Generaal (AG). Daarna zal ik kort in gaan op leeftijd als discriminatiegrond en de positie daarvan in het recht van de Europese Unie (EU), in het bijzonder artikel 6 van Richtlijn 2000/78. Vervolgens bespreek ik kort een aantal andere zaken waarin discriminatie van jongeren centraal stond - *Hütter*;² *Kücükdeveci*;³ *O*;⁴ en *De Lange*.⁵ Daarbij besteed ik vooral aandacht aan de conclusies van het Hof en minder aan de feiten van de zaken. Dit onderdeel wordt afgesloten met een korte reflectie op de zaak *Abercrombie* in vergelijking met de conclusies van het HvJ EU in de andere zaken. Dat het Hof in de zaak *Abercrombie* tot een andere conclusie komt dan in eerdere zaken valt enigszins te verklaren vanuit het Europese Jeugdbeleid dat zich sinds de crisisjaren een stuk sterker is geworden. Hoe dit er thans uitziet bespreek ik in paragraaf

¹ HvJ EU 19 juli 2017, zaak C-143/16 *Abercrombie & Fitch Italia Srl v Antonino Bordonaro* ECLI:EU:C:2017:566.

² HvJ EU 18 juni 2009, zaak C-88/08 *David Hütter v Technische Universität Graz* ECLI:EU:C:2009:381.

³ HvJ EU 19 januari 2010, zaak C-555/07 *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co* ECLI:EU:C:2010:21.

⁴ HvJ EU 1 oktober 2015, zaak C-432/14 *O v Bio Philippe Auguste SARL* ECLI:EU:C:2015:643.

⁵ HvJ EU 10 november 2016, zaak C-548/15 *J.J. de Lange v Staatssecretaris van Financiën* ECLI:EU:C:2016:850.

5. Ten slotte reflecteer ik op de uitspraak in de zaak *Abercrombi* in vergelijking met de andere zaken en tegen de achtergrond van het Europese jeugdbeleid.

2. Abercrombie & Fitch

Op 14 december 2010 kwam Bordonaro in dienst bij Abercrombie & Fitch, in eerste instantie via een contract voor bepaalde tijd en met ingang van 1 januari 2012 een contract voor onbepaalde tijd. Het contract is een oproepcontract. Tijdens de eerste maanden van zijn aanstelling verrichtte Bordonaro vier à vijf nachtdiensten per week, vanaf 2011 werden het drie à vier prestaties per week. De prestaties bestonden uit het verrichten van magazijndiensten ('s nachts), het helpen van klanten en het bedienen van de kassa. Na 16 juli 2012 ontving Bordonaro geen nieuwe oproep meer om te komen werken. Op navraag bij de afdeling personeelszaken, ontving Bordonaro op 30 juli 2012 een email waarin hem werd medegedeeld dat zijn arbeidsverhouding met Abercrombie & Fitch was beëindigd met ingang van 26 juli 2012, zijnde de dag dat hij 25 werd. Op die dag werd niet langer voldaan aan het leeftijdsvereiste om voor een oproepcontract in aanmerking te komen, dit op grond van artikel 34, lid 2, van wetsbesluit nr. 276/2003.⁶ De *Corte Suprema di Cassazione* (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken in Italië) stelt het HvJ EU de volgende prejudiciële vraag:

“Is een nationale regeling als die welke is neergelegd in artikel 34 van wetsbesluit nr. 276/2003, volgens welke de oproepovereenkomst in elk geval kan worden gesloten voor het verrichten van prestaties door personen jonger dan 25, in strijd met het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd als bedoeld in richtlijn 2000/78 en in het Handvest [...] (artikel 21, lid 1)?”⁷

De Advocaat Generaal (AG) Bobek stelt ten eerste vast dat de situatie van Bordonaro onder het Unierecht valt: een algemeen beginsel van het Unierecht is in geding en dit is nader uitgewerkt in een richtlijn, namelijk Richtlijn 2000/78. Verder stelt AG Bobek vast dat Bordonaro onder de materiële en personele reikwijdte van de richtlijn valt, immers het betreft een situatie van aanstelling en ontslag en uit niets blijkt dat hij niet zou kunnen worden aangemerkt als werknemer.⁸ Voorts stelt AG Bobek vast dat de prejudiciële vraag van de verwijzende rechter een abstracte vraag is naar de verenigbaarheid van de nationale bepaling met die van het Unierecht. Naar de rechtsgevolgen van mogelijke onverenigbaarheid van het nationale recht met het Unierecht vraagt de nationale recht niet. Het HvJ EU hoeft derhalve geen rekening te houden met het al dan niet rechtstreeks van toepassing zijn van het Unierecht in de situatie tussen Abercrombie & Fitch en Bordonaro.⁹

Ten aanzien van de gewraakte maatregel stelt AG Bobek vast dat deze op grond van leeftijd een onderscheid tussen drie categorieën werknemers: 1) werknemers tot 25 jaar; 2) werknemers vanaf 25 jaar tot 45 jaar; en 3) werknemers van 45 jaar¹⁰ en ouder. Bovendien vervallen de oproepcontracten die zijn gesloten met werknemers die jonger zijn dan 25 jaar van rechtswege op hun 25^e verjaardag. Deze werknemers worden dus louter op grond van hun leeftijd anders

⁶ *Abercrombie & Fitch*, paras. 10-14.

⁷ par. 15.

⁸ Conclusie AG Bobek 23 maart 2017, zaak C-143/16, *Ambercombie & Fitch*, ECLI:EU:C:2017:235, paras. 20-24.

⁹ paras. 30-36.

¹⁰ Thans 55 jaar. Par. 42.

behandeld.¹¹ AG Bobek erkent dat de maatregel ook als gunstig kan worden beschouwd voor jongere werknemers, aangezien zij worden beschermd tegen een te lange periode van minder gunstige arbeidsvoorwaarden naarmate ze ouder worden. Echter, het feit dat het ontslag automatisch plaatsvindt bij het bereiken van de leeftijd van 25 jaar, ongeacht het functioneren of bepaald gedrag, maakt dat het een overwegend minder gunstige bepaling is. Daarbij is het volgens AG Bobek tevens van belang om naar het geheel van de feiten en omstandigheden te kijken, inclusief de gevolgen van de maatregel.¹² In casu is er volgens AG Bobek sprake van discriminatie op grond van leeftijd. De volgende stap is daarom na te gaan of er sprake is van een rechtvaardigingsgrond.

Om vast te stellen of er sprake is van een rechtvaardiging van de discriminatie moet de maatregel een legitiem doel dienen. Dit is waar de overwegingen van AG Bobek interessant worden, want het is in deze zaak niet zo duidelijk wat het legitieme doel van de maatregel is.¹³ De Italiaanse regering voert een drietal doelen aan die enigszins met elkaar in verband staan, maar elkaar niet volledig overlappen. Deze zijn: bevorderen van de flexibiliteit op de arbeidsmarkt (i); aanmoedigen van toegang van jongeren tot de arbeidsmarkt (ii), bieden van een mogelijkheid tot een eerste baan aan jongeren (iii).¹⁴ Elk op zich een doelstelling die volgens AG Bobek een legitiem doel kan zijn in de zin van artikel 6, lid 1 van de richtlijn.¹⁵ Voor elk van deze doelstellingen gaat AG Bobek na of de maatregel geschikt en noodzakelijk is. Zijn conclusie is dat dit voor geen van de doelstellingen het geval is. Zo vraagt hij zich af hoe met de leeftijdsbeperkingen (tot 25 jaar en vanaf 45 jaar) de flexibiliteit op de arbeidsmarkt kan worden bereikt.¹⁶ Het automatisch ontslag bij het bereiken van de leeftijd van 25 lijkt het bestrijden van jeugdwerkloosheid slechts te verschuiven naar een andere leeftijdsgroep. AG Bobek merkt tevens op dat er geen statistische gegevens zijn die een eventueel positief effect van de maatregel kunnen staven.¹⁷ Ten aanzien van de derde doelstelling vraagt AG Bobek zich af of 'de taart' (een beeldspraak die Italië gebruikt om alle mogelijkheden om werkervaring op te kunnen doen uit te drukken) niet op een evenredigere manier kan worden verdeeld. Bijvoorbeeld door een maximum looptijd te koppelen aan het contract die op iedereen van toepassing is.¹⁸

Het Hof stelt in eerste plaats vast dat Bordonaro een werknemer is in de zin van artikel 45 van het Verdrag betreffende de Werking van de EU (VWEU).¹⁹ Voorts stelt het Hof vast dat de gewraakte bepaling een onderscheid in leeftijd maakt en dat er dus moet worden onderzocht of dit gerechtvaardigd kan worden.²⁰ Tot zover volgt het Hof AG Bobek. Voorts herhaalt het HvJ EU zijn vaste rechtspraak dat de lidstaten een ruime beoordelingsmarge hebben ter bepaling van de sociale doelstellingen en de maatregelen waarmee die doelstellingen kunnen worden bereikt.²¹ In dit geval heeft de Italiaanse regering uitgelegd dat de in geding zijnde maatregel onderdeel is van een juridisch kader dat erop gericht is de arbeidsmarkt flexibeler te maken en zo de arbeidsparticipatie te

¹¹ paras. 42-50.

¹² paras. 51-72.

¹³ par. 74.

¹⁴ paras. 76 en 85.

¹⁵ par. 81.

¹⁶ paras. 87-90.

¹⁷ paras. 91-96.

¹⁸ paras. 98-104.

¹⁹ *Abercrombie & Fitch*, paras. 19-23.

²⁰ paras. 24-29.

²¹ par. 31, met verwijzing naar: HvJ EU 11 november 2014, C-530/13 *Schmitzer* EU:C:2014:2359, para. 38.

verhogen. Dit geldt in het bijzonder voor werknemers jonger dan 25, aangezien zij een gebrek hebben aan beroepservaring. De mogelijkheid gebruik te maken van oproepcontracten voor jongeren en die overeenkomst te beëindigen wanneer de jongere 25 wordt, maakt het voor werkgevers aantrekkelijker hen in dienst te nemen. De mogelijkheid om zo “het beroepsleven aan te vangen en ervaring te verwerven – ook al is zij flexibel en beperkt in de tijd – [kan zo] een springplank naar nieuwe beroepsmogelijkheden vormen.”²² Het specifieke doel van de maatregel is dus niet om jongeren een duurzame toegang tot de arbeidsmarkt te verlenen, maar om hen een eerste mogelijkheid te bieden die markt te betreden. De werkervaring die ze onder een dergelijk contract opdoen levert ze later een gunstigere concurrentiepositie op de arbeidsmarkt.²³ Dit vormt naar het oordeel van het Hof een legitiem doel in de zin van artikel 6, lid 1 Richtlijn 2000/78.²⁴

Het Hof acht de maatregel tevens passend, immers, zo stelt het Hof, er mag “van worden uitgegaan dat ondernemingen kunnen worden aangemoedigd door het bestaan van een minder dwingend en goedkoper instrument dan een gewone overeenkomst en er aldus toe kunnen worden gebracht om vaker op sollicitaties van jonge werknemers in te gaan.”²⁵ Ook acht het Hof de maatregel noodzakelijk. Ter nadere onderbouwing van zijn oordeel merkt het Hof op dat in een situatie van voortdurende economische crisis en zwakke groei een tijdelijke en flexibele overeenkomst te verkiezen is boven werkloosheid. Voorts hecht het Hof waarde aan de uitleg van de Italiaanse regering dat dergelijke tijdelijke en flexibele contracten noodzakelijk zijn om de arbeidsmobiliteit te bevorderen en te verhogen en dat het grootst mogelijke aantal jongeren hiervan gebruik maakt. De Italiaanse regering voegt daar aan toe dat de maatregel met een aantal waarborgen gepaard gaat, bijvoorbeeld dat “voor de werknemer op oproep voor de gewerkte tijdvakken geen economisch en regelgevend stelsel [mag] gelden dat in zijn geheel minder gunstig is dan het stelsel van een werknemer met een vergelijkbaar niveau, voor eenzelfde taak.”²⁶ De conclusie van het HvJ EU is dan ook dat het EU recht zich niet verzet tegen een maatregel “op grond waarvan een werkgever een oproepovereenkomst met een werknemer jonger dan 25 mag sluiten, ongeacht de aard van de te verrichten prestaties, en deze werknemer mag ontslaan zodra hij 25 wordt, aangezien met die bepaling een legitieme doelstelling van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid en de arbeidsmarkt wordt nagestreefd en de middelen waarin is voorzien om die doelstelling te bereiken, passend en noodzakelijk zijn.”²⁷

Dus, daar waar AG Bobek de gepastheid en noodzakelijkheid van de maatregel per doelstelling afzonderlijk beoordeeld en tot de conclusie komt dat dit in geen van de gevallen zo is, beoordeelt het Hof de gepastheid en noodzakelijkheid van de maatregel door de doelstellingen in samenhang te beschouwen. Het HvJ EU lijkt daarbij veel belang te hechten aan de claim van de Italiaanse regering dat veel jongeren van de maatregel gebruik maken en daarmee de benodigde werkervaring kunnen opdoen die hun kans op een meer bestendige toetreding tot de arbeidsmarkt vergroot. In het kader van de gepastheid van de maatregel, met name het gebruik van leeftijd als enig criterium ter bepaling hoe lang gebruik kan worden gemaakt van het oproepcontract, gaat het Hof helaas niet na of het doel van het opdoen van werkervaring ook op een andere manier kan worden bereikt. Er

²² par. 33.

²³ par. 34.

²⁴ par. 39.

²⁵ par. 41.

²⁶ par. 45.

²⁷ par. 47

wordt op geen enkele manier gerefereerd aan de optie die AG Bobek opwerpt, namelijk het beperken van de looptijd van het oproepcontract. Dat er binnen de leeftijdsgroep van tot 25-jarige sprake is van ongelijke behandeling, immers de ene persoon die op 22-jarige leeftijd de opleiding heeft afgerond kan drie jaar gebruik maken van de mogelijkheid werkervaring op te doen, terwijl iemand die pas op 24-jarige leeftijd de arbeidsmarkt opgaat hier op zijn best een jaar gebruik van kan maken.

Het HvJ EU lijkt dus leeftijdsdiscriminatie toe te staan waarmee wordt afgeweken van eerdere jurisprudentie, met name de zaak *Hütter*. Tegelijkertijd valt de uitspraak ook wel weer te begrijpen vanuit de bredere context van het Europees Jeugdbeleid. Alvorens op deze twee punten in te gaan, ga ik eerst in op leeftijd als discriminatiegrond. Dit om nog eens goed voor ogen te hebben hoe het met deze bijzondere discriminatiegrond zit en hoe dit in het EU recht is gereguleerd.

3. Leeftijdsdiscriminatie

Leeftijdsdiscriminatie is geregeld in Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (verder: de Richtlijn of Richtlijn 2000/78). Dat leeftijd als discriminatiegrond hierin is opgenomen is nog niet zo vanzelfsprekend als wij tegenwoordig vinden. Leeftijd verschilt wezenlijk van discriminatiegronden zoals godsdienst of overtuiging, handicap, en seksuele geaardheid die ook door deze richtlijn worden gedekt. Het meest kenmerkende verschil is dat de andere gronden gedurende het hele leven aan de persoon 'kleeft': Men is man of vrouw, is het hele leven aanhanger van een bepaalde religie, of wordt verliefd op een persoon van hetzelfde geslacht. Leeftijd daarentegen is iets vergankelijk: we zijn allemaal jong geweest en worden allemaal oud(er). Twee veel gebruikte argumenten om leeftijdsdiscriminatie goed te praten zijn de 'volledig leven' benadering en het 'eerlijke verdiensten' argument.²⁸

De onderliggende norm van de 'volledig leven' benadering is dat er voor de bepaling of de betreffende grond voor ongelijke behandeling een grond is die eraan in de weg staat dat een persoon gedurende zijn of haar leven dezelfde mogelijkheden, kansen, verdiensten, opbrengsten, welvaart en dergelijke krijgt dan wel kan verwerven als een gelijke waarbij die grond afwezig is.²⁹ Misschien dat leeftijd op bepaalde momenten in een leven tot ongelijke behandeling kan leiden, maar over het hele leven beschouwd heeft iedereen recht op min of meer hetzelfde. Wat leeftijd betreft, zou kunnen worden gesteld dat iedereen een keer aan de beurt komt.³⁰

Het argument van 'eerlijke verdiensten' stelt dat we soms discriminatie op grond van leeftijd moeten accepteren om ongelijkheid te voorkomen of om gelijkheid te bereiken tussen generaties.³¹ De onderliggende gedachte hierbij is dat oudere werknemers bepaalde voordelen hebben bereikt die jongere werknemers (nog) niet hebben. Die voordelen hebben de oudere werknemers gewoon

²⁸ D McKerlie, 'Equality and Time', 99(3) *Ethics* (1989), pp. 475-491.

²⁹ Ibid.

³⁰ Vergelijk: G. Cupit, 'Justice, Age, and Veneration', 108(4) *Ethics* (1998), pp. 702-718.

³¹ R Horton, 'Justifying Age Discrimination', in U Belavusau & K Henrard (eds.), *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*, Oxford: Hart Publishing (verschijnt in 2018). Zie ook: C Barnard, *European Employment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 344.

omdat ze al langer leven en werken en daarbij bepaalde rechten hebben opgebouwd en verworven die ertoe kunnen leiden dat jongeren bepaalde kansen en mogelijkheden nooit kunnen krijgen die ouderen wel hadden.³² Er zijn verschillende interpretaties van het 'eerlijke verdiensten' argument,³³ maar de meest gangbare is het idee van een soort van solidariteit tussen generaties. Het argument luidt dan dat bijvoorbeeld ten tijde van een krappe arbeidsmarkt bij de toegang tot de arbeidsmarkt voorrang zou moeten worden gegeven aan jongeren, soms ten koste van ouderen. Ouderen hebben namelijk al de tijd gehad om een carrière op te bouwen, te sparen en iets van een pensioen opgebouwd. De vergankelijkheid van tijd en daarmee leeftijd, brengt ouderen dus in een betere positie dan jongeren die nog niet het voordeel van de tijd hebben. De ongelijkheid die dit argument tracht op te lossen is er dus een van het passeren van de tijd.³⁴

Op beide benaderingen bestaat veel commentaar, met name omdat niet alle aannames waarop deze benaderingen zijn gebaseerd kloppen.³⁵ Als voorstander van leeftijd als discriminatiegrond stelt Fredman voor om deze grond ruim te benaderen. Leeftijdsgebonden vooroordelen kunnen bijvoorbeeld leiden tot discriminerend gedrag, waarvan de gevolgen mensonterend kunnen zijn. Dit botst met het universele idee van de mensenrechten waarvan menselijke waardigheid en integriteit belangrijke onderdelen zijn. Dergelijke effecten zijn onwenselijk en moeten dus worden uitgebannen.³⁶ Daar staat tegenover dat ongelijke behandeling op grond van leeftijd net zo vaak gebaseerd is op rationele overwegingen die geen inbreuk maken op de menselijke waardigheid, maar belangrijke sociale en economische doelen dienen.³⁷

Welke benadering ten grondslag ligt aan Richtlijn 2000/78 is niet duidelijk, maar leeftijd is opgenomen als discriminatiegrond. Er lijkt ook consensus te bestaan over het feit dat het verbod van leeftijdsdiscriminatie van belang is voor het bereiken van doelstellingen van Europees ouderen en jongerenbeleid. Zo beschermt het niet alleen oudere werknemers,³⁸ maar ook jongeren en valt ook 'relatieve leeftijd' onder de richtlijn.³⁹

³² Ibid.

³³ A Tsuchiya, *QALYs and Ageism: Philosophical Theories and Age Weighting*, 9 *Health Economics* (2000), pp. 57-68.

³⁴ R Horton, 'Justifying Age Discrimination', in U Belavusau & K Henrard (eds.), *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*, Oxford: Hart Publishing (verschijnt in 2018).

³⁵ Ibid. Zie ook: T Nagel, *Equality and Partiality*. Oxford: Oxford University Press (1991); en S Fredman, 'The age of Equality', in S Fredman and S Spencer (eds.), *Age as an Equality Issue: Legal and Policy Perspectives*. Oxford: Hart Publishers (2003), pp. 195-218.

³⁶ S Fredman, 'The age of Equality', in S Fredman and S Spencer (eds.), *Age as an Equality Issue: Legal and Policy Perspectives*. Oxford: Hart Publishers (2003), pp. 195-218.

³⁷ Vergelijk C O'Conneide, *Age Discrimination and European Law*, Europese Commissie (2005), p. 5.

³⁸ Verreweg de meeste zaken over leeftijdsdiscriminatie betreft oudere werknemers. Zie hierover B.P. ter Haar en M. Rönmar, *Intergenerational Bargaining, EU Age Discrimination Law and EU Policies – An Integrated Analysis*, Socio-legal study report Project Intergenerational Bargaining (2013), beschikbaar op: <http://www.intergenerationalbargaining.eu/>.

³⁹ Relatieve leeftijd ziet op een situatie waarin het verschil in behandeling niet is gebaseerd op een bepaalde leeftijd, bijvoorbeeld 55 jaar en ouder, maar is gebaseerd op een tijdsperiode die is gerelateerd aan de leeftijd van een ander. Bijvoorbeeld een clause die bepaalt dat het verschil in leeftijd tussen de overleden persoon en nabestaande niet meer mag zijn dan 15 jaar. HvJ EU 23 september 2008, zaak C-427/06 *Bartsch* ECLI:EU:C:2008:517.

Artikel 2 Richtlijn 2000/78 stelt dat voor de toepassing van de richtlijn onder het beginsel van gelijke behandeling wordt verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van de in artikel 1 genoemde gronden, waaronder leeftijd. Verder maakt de richtlijn een onderscheidt tussen directe en indirecte discriminatie. Er is sprake van directe discriminatie wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld.⁴⁰ Er is sprake van indirecte discriminatie wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen op basis van een discriminatiegrond in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt.⁴¹ Tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief kan worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.⁴² De Richtlijn kent een gesloten systeem van rechtvaardigingen wat betekent dat directe discriminatie alleen kan worden gerechtvaardigd voor zover de richtlijn daarin voorziet. In het algemeen staat de Richtlijn twee rechtvaardigingen toe: een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste (art. 4); en positieve discriminatie (art. 7). Voor leeftijd is het echter ook mogelijk discriminatie te rechtvaardigen om redenen van sociale politiek (Art. 6). Deze mogelijkheid heeft de eerste twee vrijwel obsoleet gemaakt.

Op grond van artikel 6 Richtlijn 2000/78 kunnen lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Het Hof heeft uitgemaakt dat doelstellingen in het kader van artikel 6, doelstellingen zijn van sociaal beleid. Daarmee onderscheiden deze doelstellingen zich van louter individuele beweegredenen die eigen zijn aan de situatie van de werkgever. Bijvoorbeeld de vermindering van kosten of de verbetering van de concurrentiepositie. Dit betekent niet dat nationale beleidsmaatregelen de werkgever niet een zekere mate van vrijheid en flexibiliteit kan toekennen voor dergelijke maatregelen.⁴³ Aangezien sociaal beleid complex is en de effectiviteit van dergelijke maatregelen lastig te meten is, genieten de lidstaten een ruime marge van vrijheid om legitieme doelen te bepalen voor hun beleid.⁴⁴ Het Hof is strikter als het gaat om de toepassing van de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets.⁴⁵ Daarbij zou het Hof strenger zijn als het gaat om discriminatie van jongeren dan van ouderen.

⁴⁰ Artikel 2, lid 2 sub a Richtlijn 2000/78.

⁴¹ Artikel 2, lid 2, sub b Richtlijn 2000/78.

⁴² Artikel 2, lid 2, sub b, onder i Richtlijn 2000/78.

⁴³ S Burri en A Veldman, 'Gelijke behandeling als grondrecht', in F Pennings en S Peters (red.), *Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer (2016), p. 199.

⁴⁴ Onder meer bevestigd in: HvJ EU 12 oktober 2010, zaak C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark v. Region Syddanmark* ECLI:EU:C:2010:600.

⁴⁵ BP ter Haar en M Rönnermar, *Intergenerational Bargaining, EU Age Discrimination Law and EU Policies – An Integrated Analysis*, Socio-legal study report Project Intergenerational Bargaining (2013), beschikbaar op: <http://www.intergenerationalbargaining.eu/>.

4. Discriminatie van jongeren in de jurisprudentie van het HvJ EU

Sinds de regulering van leeftijdsdiscriminatie in Richtlijn 2000/78 gaan verreweg de meeste zaken over de discriminatie van oudere werknemers en slechts een handvol zaken over de discriminatie van jongere werknemers. Eén van deze zaken heeft veel belangstelling gekregen. Niet zozeer vanwege de discriminatie van jongeren, maar vanwege het feit dat het Hof hierin oordeelde dat indien er een algemeen beginsel van EU recht wordt geschonden dit tot gevolg kan hebben dat nationale wetgeving buiten werking wordt gesteld. Het gaat dan om de zaak *Kücükdeveci*. In deze bijdrage ga ik hier niet op in.⁴⁶ Het gaat hier louter om een analyse van de wijze waarop het Hof omgaat met discriminatie van jongeren. Zoals aangegeven in de inleiding bespreek ik in deze bijdrage vijf zaken, naast de reeds uitgebreid besproken zaak *Abercrombie*, zijn dit de zaken *Hütter*, *Kücükdeveci*, *O*, en *De Lange*.⁴⁷ Deze sectie sluit af met een korte vergelijkende reflectie tussen de conclusies in deze zaken en die in de zaak *Abercrombie*.

4.1 *Hütter*

Hütter, geboren in 1986, volgde van 3 september 2001 tot en met 2 maart 2005 samen met een collega een vakopleiding tot laboratoriumtechnicus bij de Technische Universiteit Graz (TUG). Vervolgens zijn Hütter en zijn collega door TUG aangeworven voor een periode van drie maanden. Aangezien zijn collega 22 maanden ouder was dan Hütter werd zij ingedeeld in een hogere salaristrap. De verschillende indeling hield verband 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 stelt beroep in en vordert betaling van compensatie ter hoogte van het verschil in salaris, in totaal €69,60 (€23,20 per maand) waardoor hij wegens zijn leeftijd wordt benadeeld en dat hij ongerechtvaardigd acht alsmede in strijd met zowel het Oostenrijkse gelijke behandelingsrecht als richtlijn 2000/78. Met andere woorden, Hütter is van mening dat er bij gelijke beroepservaring geen rechtvaardiging bestaat krachtens artikel 6, lid 1, van richtlijn 2000/78 voor een verschil in behandeling dat uitsluitend is gebaseerd op de leeftijd waarop deze ervaring is verworven.⁴⁸

TUG stelt dan ook dat er geen sprake is van directe discriminatie, maar op zijn best indirecte discriminatie welke kan worden gerechtvaardigd met een legitiem doel en omdat de maatregel passend en noodzakelijk is. Het legitieme doel van de maatregel is volgens TUG tweeledig. Het maakt ten eerste de aanwerving van jonge werknemers goedkoper omdat ze met een lager salaris starten. Ten tweede stimuleert het jongeren om langer onderwijs te blijven volgen, omdat ze daarna in een hogere salaristrede instromen.⁴⁹

⁴⁶ Zie hierover uitgebreider: S Peters, 'Sociale Grondrechten', in FJL Pennings en SMA Peters (red.) *Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer (2016), p. 69; M de Mol, *De directe werking van de grondrechten van de Europese Unie*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers - Dissertatie Maastricht (2015); BP ter Haar, 'Doorwerking Europese sociale grondrechten in de nationale rechtsorde. Een eenvoudig stappenplan voor de praktijk', 2016/3 *ArbeidsRecht* (2016); en L. Verburg, 'Grondrechten in het Arbeidsrecht', in J Gerards en C Sieburg (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer (2013).

⁴⁷ Zie voor de volledige verwijzingen naar deze zaken voetnoten 1 t/m 5.

⁴⁸ *Hütter*, paras. 13-18.

⁴⁹ paras 19-23.

Nadat het Hof heeft vastgesteld dat Richtlijn 2000/78 van toepassing is, stelt het Hof vast dat de in het geding zijnde maatregel leidt tot directe discriminatie op grond van leeftijd. Immers, de maatregel voorziet in een ongunstigere behandeling van personen die hun beroepservaring (gedeeltelijk) hebben verworven voor de voltooiing van het achttiende levensjaar ten opzichte van personen die soortgelijke ervaring hebben opgedaan na het verwerven van die leeftijd. Een dergelijke maatstaf kan zelfs leiden tot ongelijke behandeling tussen personen die dezelfde opleiding hebben gevolgd.⁵⁰ Het Hof acht de opgevoerde doelstellingen legitiem.⁵¹ Met betrekking tot de passendheid en noodzakelijkheid van de maatregelen merkt het Hof in eerste plaats op dat de maatregelen tegenstrijdig lijken. Enerzijds spoort het scholieren aan tot het volgen van algemeen voortgezet onderwijs in plaats van beroepsonderwijs en anderzijds bevordert het de indienstneming van personen die beroepsonderwijs hebben gevolgd, in plaats van zij die uit het algemene onderwijs afkomstig zijn. Het Hof vindt het dan ook bezwaarlijk aan te nemen dat de nationale maatregel tegelijkertijd elk van de twee groepen ten koste van de andere kan bevoordelen.⁵² Naast het gebrek aan interne samenhang, is het Hof van oordeel dat de maatregel niet passend is, omdat ze niet alleen verworven ervaring beloont (hetgeen een legitiem doel kan zijn)⁵³ maar daarnaast ook een verschil in behandeling puur op grond van leeftijd hanteert.⁵⁴ Het leeftijdscriterium kan ertoe leiden dat twee personen uit dezelfde soort onderwijs, voortgezet of beroeps, ongelijk worden behandeld.⁵⁵ Het leidt er tevens toe dat jongeren die een beroepsopleiding hebben gevolgd geen voordeel hebben ten aanzien van anderen, waardoor de maatregel hun integratie in de arbeidsmarkt niet bevordert. Het Hof acht de maatregel dus niet passend en noodzakelijk om het legitieme doel te bereiken.

Hoewel de maatregel met de beste bedoelingen is opgesteld door de Oostenrijkse regering, namelijk het stimuleren van een bepaalde vorm van onderwijs waar meer behoefte aan is (voortgezet onderwijs) en het bevorderen van arbeidsmarktintegratie van jongeren die een beroepsopleiding hebben gevolgd, vindt de ongelijk behandelde jongere toch bescherming in de Richtlijn. Werkervaring belonen mag, maar als dit wordt gekoppeld aan een specifieke leeftijd, in dit geval 18 jaar, dan gaat het zijn doel voorbij, omdat personen met gelijke werkervaring ongelijk behandeld worden.

4.2 *Kücükdeveci*

Seda Küçükdeveci, geboren op 12 februari 1978, was sinds 4 juni 1986, dus vanaf de leeftijd van 18 jaar, werkzaam bij Swedex. Bij brief van 19 december 2006 zegt Swedex de arbeidsovereenkomst met Küçükdeveci op per 31 januari 2007. Daarmee neemt Swedex de wettelijke opzegtermijn in acht. Swedex berekende deze termijn alsof Küçükdeveci drie jaren in dienst was geweest, terwijl dit in werkelijkheid tien jaren zijn geweest. Dit volgt uit § 622, lid 2, tweede alinea, Bürgerliches Gesetzbuch (Duits burgerlijk wetboek – verder BGB) dat tijdvakken van arbeid die vóór het bereiken van de leeftijd van 25 jaar zijn vervuld niet in aanmerking neemt bij de berekening van de

⁵⁰ par. 38.

⁵¹ par. 43.

⁵² par. 46.

⁵³ HvJ EG 3 oktober 2006, zaak C-17/05 *Cadman* ECLI:EU:C:2006:633.

⁵⁴ *Hütter*, par. 47.

⁵⁵ par. 48.

opzegtermijn. Küçükdeveci stelt dat deze bepaling in strijd is met Richtlijn 2000/78 en daarom buiten beschouwing moet blijven.⁵⁶

Het Landesarbeitsgericht Düsseldorf stelt het Hof onder meer de volgende prejudiciële vraag:⁵⁷

“b) Kan de omstandigheid dat de werkgever bij het ontslag van jongere werknemers slechts een basisopzegtermijn in acht hoeft te nemen, worden gerechtvaardigd door het feit dat wordt erkend dat de werkgever een bedrijfseconomisch belang bij een flexibel personeelsbeheer heeft – hetgeen zou worden ondermijnd door langere opzegtermijnen – en dat jongere werknemers niet de (door langere opzegtermijnen aan oudere werknemers gewaarborgde) bescherming van verworven rechten genieten, bijvoorbeeld omdat zij op grond van hun leeftijd en/of geringere sociale, gezins- en privéverplichtingen geacht worden beroepsmatig en persoonlijk over een grotere flexibiliteit en mobiliteit te beschikken?”⁵⁸

Nadat het Hof heeft vastgesteld dat de situatie onder de reikwijdte van de richtlijn valt,⁵⁹ stelt het Hof vast dat de in geding zijnde maatregel een verschil in behandeling op grond van leeftijd behelst. Jongere werknemers worden immers ongunstiger behandeld dan oudere werknemers, omdat zij ondanks meerdere jaren anciënniteit bij de onderneming kunnen uitgesloten van de trapsgewijze verlenging van de opzegtermijnen, terwijl oudere werknemers hier wel van kunnen genieten.⁶⁰ Voorts stelt het Hof vast dat de maatregel een legitiem doel van sociaal beleid dient.⁶¹ De maatregel is namelijk terug te voeren op een wet uit 1926 die een compromis vormt om de opzegtermijn voor werknemers ouder dan 40 jaar te verlengen, dit trapsgewijs te laten geschieden, en de lange opzegtermijnen voor werknemers jonger dan 25 jaar in te perken. Bovendien weerspiegelt de maatregel de inschatting van de wetgever dat jongere werknemers minder moeite hebben op het verlies van hun arbeidsplaats te reageren, althans van hen mag in deze een grotere flexibiliteit worden verwacht dan van oudere werknemers. Als voor jongere werknemers een kortere opzegtermijn geldt worden ze sneller weer in dienst genomen, wat de flexibiliteit van het personeelsbeheer door de werkgever bevordert.⁶²

Het Hof acht de maatregel echter niet passend om het doel te bereiken. Daarbij haakt het Hof vooral aan bij het doel een systeem in te voeren waarbij werknemers meer bescherming genieten naarmate zij langer in dienst zijn bij een werkgever. Door werknemers jonger dan 25 jaar buiten de regeling te houden wordt voor deze groep werknemers het doel niet bereikt dat zij meer bescherming genieten naargelang hun anciënniteit. Bovendien, zo oordeelt het Hof, treft deze maatregel werknemers die op jonge leeftijd zonder of slechts na een korte beroepsopleiding gaan werken meer dan jongeren die pas na een langere opleiding aan de slag gaan.⁶³

⁵⁶ *Küçükdeveci*, paras. 12-15.

⁵⁷ De overige vragen zien op de doorwerking van gelijke behandeling als grondrecht in de nationale rechtsorde en zoals eerder aangegeven blijft dit in deze bijdrage buiten beschouwing.

⁵⁸ par. 17.

⁵⁹ par. 26.

⁶⁰ par. 30.

⁶¹ par. 36.

⁶² paras. 34 en 35.

⁶³ paras. 41 en 42.

Ook hier geldt weer dat hoewel het doel van de in geding zijnde maatregel legitiem is, maar dat de maatregel niet passend is om dat doel te bereiken. Net als in de zaak Hütter bevestigt het Hof in deze zaak dat werkervaring en anciënniteit op zich best als onderscheidende criteria mogen worden gebruikt. Het toevoegen van een harde leeftijdsgrens aan dergelijke criteria leidt ertoe dat op grond van die criteria gelijke gevallen ongelijk worden behandeld. Het is dat effect wat de maatregel vervolgens niet passend maakt en derhalve er dus sprake is van ongeoorloofde discriminatie op grond van leeftijd.

4.3 O

Op 21 december 2010 is student O in dienst getreden bij Bio Philippe Auguste SARL op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die was gesloten voor het binnen zijn universitaire vakantie vallende tijdvak van 21 december tot en met 24 december 2010. Bij het einde van zijn overeenkomst is hem in overeenstemming met het nationale recht de transitievergoeding geweigerd.⁶⁴ Omdat O van mening was dat dit in strijd is met het verbod van discriminatie op grond van leeftijd heeft hij bij de nationale rechter een vordering ingesteld ter verkrijging van een transitievergoeding van €23,21, de herkwalficatie van zijn overeenkomst voor bepaalde tijd in een overeenkomst voor onbepaalde tijd en een schadevergoeding van €4.500,- wegens ontslag zonder werkelijke en ernstige reden.⁶⁵ De nationale rechter stelt voorop dat

“de transitievergoeding wordt uitgekeerd aan de werknemer met een overeenkomst voor bepaalde tijd ter compensatie van de onzekerheid waarin hij verkeert indien de contractuele arbeidsverhoudingen bij het einde van zijn overeenkomst niet worden voortgezet met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd”,

en leidt hier vervolgens uit af

“de studenten die in dienst zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gedurende een tijdvak dat binnen hun school - of universitaire vakantie valt, niet in eenzelfde situatie verkeren als studenten die naast hun studie werken of als andere werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd” en dat derhalve de wetgever, “door deze vergoeding te weigeren wanneer de overeenkomst is gesloten met een leerling of een student die tijdens zijn school - of universitaire vakantie in dienst is en na deze vakantie zijn opleiding moet voortzetten, een verschil in behandeling heeft ingesteld dat is gebaseerd op een verschil in situatie dat rechtstreeks verband houdt met het doel van de wet.”⁶⁶

Niettemin stelt de nationale rechter prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU. Nadat het Hof een aantal overwegingen heeft gemaakt of O wel kwalificeert als werknemer naar EU recht en aan de nationale rechter het eind oordeel laat hierover,⁶⁷ onderzoekt het Hof of de situatie van O hetzelfde is als die van werknemers die de bescherming van de maatregel wel genieten. De situaties hoeven niet identiek te zijn, doch vergelijkbaar en die vergelijkbaarheid moet niet alleen in algemene

⁶⁴ O, par. 9.

⁶⁵ par. 10.

⁶⁶ par. 13.

⁶⁷ paras. 21-27.

en abstracte zin worden onderzocht, maar ook specifiek en concreet.⁶⁸ Het Hof overweegt daaromtrent dat de maatregel de onzekerheid in de situatie van de werknemer beoogt te compenseren wanneer de contractuele verhoudingen niet met een overeenkomst voor onbepaalde tijd worden voortgezet. Jongeren die tijdens hun vakantie een tijdelijk arbeidscontract hebben verkeren na afloop van dat contract niet in een vergelijkbare onzekere situatie, immers zij zetten daarna hun opleiding voort. De uitzondering op de transitievergoeding betreft niet alleen studenten zoals O, maar ook personen die tijdelijk een werknemer vervangen of die seizoensarbeid verrichten.⁶⁹ De situatie van O is dus niet hetzelfde en derhalve concludeert het Hof dat er geen sprake is van discriminatie.

Ook in deze zaak worden bepaalde groepen werknemers uitgezonderd van de arbeidsrechtelijke bescherming. Eén van deze groepen zijn studenten, doorgaans dus jongeren. Anders dan in de andere twee zaken is echter niet leeftijd het bepalende criterium, maar de arbeidsmarktpositie van de betreffende persoon. Dat daarbij jongere werknemers met een tijdelijk arbeidscontract tijdens schoolvakanties mogelijk meer geraakt worden dan andere werknemers, maakt volgens het Hof nog niet dat dit een vorm van discriminatie is. Het Hof hecht hierbij veel waarde aan het feit dat ook andere groepen werknemers zijn uitgesloten van de arbeidsrechtelijke bescherming, zoals seizoenarbeiders en personen die andere werknemers tijdelijk vervangen. Wat al deze werknemers gemeen hebben is dat ze van te voren al weten dat de arbeidsrelatie op een vooraf bepaald moment eindigt. Zij weten van tevoren dus al waar ze aan toe zijn. Dat is anders voor de werknemers die wel onder de wetgeving vallen en in aanmerking komen voor een transitievergoeding. Het verschil in arbeidsmarktpositie is voor het Hof dus een legitiem doel en de maatregel is passend en noodzakelijk.

4.4 *De Lange*

De Lange begon in 2008 (hij is dan 32 jaar) een opleiding tot verkeersvlieger. In zijn belastingaangifte voor het jaar 2009 voerde hij een persoonsgebonden aftrek op van €44.057,- aan scholingsuitgaven in verband met die opleiding. De belastingdienst kent echter maar een forfaitaire aftrek toe van €15.000,-. Reden hiervoor is dat artikel 6.30 van de Wet Inkomstenbelasting bepaalt dat personen die de leeftijd van 30 jaar hebben bereikt het recht op aftrek is beperkt tot €15.000,-, terwijl personen die die leeftijd nog niet hebben bereikt, onder bepaalde voorwaarden, het volledige bedrag in aftrek mogen brengen.⁷⁰ In eerste aanleg en in hoger beroep wordt het beroep van De Lange verworpen, de Hoge Raad stelt prejudiciële vragen. In het kort weergegeven wil de Hoge Raad weten of een fiscale regeling onder de reikwijdte van artikel 3 Richtlijn 2000/78 valt en als dit het geval is, of een dergelijke maatregel kan worden gerechtvaardigd.

Het Hof is van oordeel dat een fiscale maatregel als die in deze zaak onder de reikwijdte van artikel 3 van de Richtlijn kan vallen. De belastingmaatregel zelf vormt geen voorwaarde voor de toegang tot een beroepsopleiding, maar niet uitgesloten is dat de financiële gevolgen van die maatregel van

⁶⁸ par. 32, met verwijzing naar HvJ EU 12 december 2013, zaak C-267/12, *Hay* EU:C:2013:823, par. 33.

⁶⁹ paras. 34-38.

⁷⁰ *De Lange*, paras. 9-11.

invloed kunnen zijn of de effectieve toegang tot een dergelijke opleiding.⁷¹ Nu de maatregel onder de reikwijdte van de Richtlijn valt, overweegt het Hof of de maatregel ook kan worden gerechtvaardigd op grond van artikel 6 van de Richtlijn. Het Hof vindt dat de maatregel een legitiem doel dient als bedoeld in artikel 6 van de Richtlijn, de maatregel beoogt immers jongeren te helpen door hun, gedurende een gegeven standaardstudieperiode, fiscale voordelen te bieden waardoor zij gemakkelijker in staat worden gesteld om gedurende deze periode te studeren en zo een sterke positie op de arbeidsmarkt te verkrijgen.⁷² Voorts overweegt het Hof of de maatregel passend en noodzakelijk is. Ter nadere onderbouwing voert de Nederlandse regering aan dat de mogelijkheid van personen onder de 30 om het geheel van hun opleidingskosten, welke gemiddeld €15.000,- per jaar zijn, in tijd beperkt is tot 16 kalenderkwartalen, het recht om scholingskosten (tot €15.000,- per jaar) voor personen boven de 30 jaar niet begrensd is in tijd. Daarnaast acht de Nederlandse regering de beperking in het bedrag gerechtvaardigd, omdat personen van boven de 30 jaar doorgaans al de gelegenheid hebben gehad een opleiding te volgen en een beroepsactiviteit uit te oefenen. Zij bevinden zich daardoor doorgaans in een financieel betere positie dan schoolverlaters en zouden dus in staat moeten zijn om ten minste een deel van de financiële lasten van een nieuwe opleiding zelf te dragen. Het Hof sluit zich hierbij aan en acht de maatregel passend en noodzakelijk om het legitieme doel te bereiken.

Net als in de eerste twee zaken is leeftijd een van de direct onderscheidende kenmerken van de maatregel die in deze zaak in het geding is. Anders dan in de zaken *Hütter* en *Kücükdeveci* zijn het deze keer niet jongeren (i.c. onder de 30) die worden benadeeld, maar ouderen (ouder dan 30). Het kernargument van de Nederlandse regering kan worden geplaatst in de redentie dat leeftijdsdiscriminatie soms moet worden toegestaan vanuit de algemene redentie van 'volledig leven', maar ook dat van 'eerlijke verdiensten'. In beide redenties moet de oudere persoon accepteren dat de jongere persoon een voordeel heeft die de oudere persoon al heeft gehad of had kunnen hebben. Het feit dat de 30-plusser niet volledig is uitgesloten van de maatregel maakt dat deze ook passend is.

4.5 *Abercrombie*: een korte vergelijking

In de zaken *Hütter* en *Kücükdeveci* is het Hof dus heel streng als het gaat om het gebruik van leeftijd als onderscheidend criterium. In beide gevallen achtte het Hof leeftijd als een onnodig criterium om het beoogde doel te bereiken (de maatregel was niet noodzakelijk). In de zaken *O* en *De Lange* kwam het Hof tot de conclusie dat de situatie van de jongere niet hetzelfde was als die van de oudere. In de zaak *O* was er volgens het Hof zelfs geen sprake van discriminatie, omdat de jongere niet in dezelfde onzekere arbeidsmarktsituatie kwam te verkeren als de oudere werknemers voor wie de gewraakte maatregel wel van toepassing was. In de zaak *De Lange* was er wel sprake van discriminatie, maar kon dit op grond van artikel 6 Richtlijn 2000/78 worden gerechtvaardigd met een legitiem doel (jongeren meer kansen bieden op een opleiding dan anderen) en was de maatregel passend en noodzakelijk om dat doel te bereiken. Deze laatste zaak reflecteert al iets van het Jeugdbeleid dat de EU voert waarbij scholing en het behalen van een basiskwalificatie belangrijk zijn om goede kansen

⁷¹ paras. 18 en 20.

⁷² paras. 19, 27 en 28.

op de arbeidsmarkt te hebben. Tegelijkertijd doet de maatregel ook nog wel recht aan het idee van een leven lang leren, hetgeen eveneens van belang is om *employable* te blijven op de arbeidsmarkt (zowel intern bij een bepaalde werkgever, als extern wanneer een werknemer al dan niet gedwongen van baan wisselt).

Met uitzondering van de zaak *O*, waarin geen sprake bleek te zijn van discriminatie, lijkt het Hof de jongere werknemer dus goed te beschermen. De zaak *Ambercrombie* wijkt hier van af. Het verschil in uitspraken is vooral groot met de zaak *Hütter* waar wellicht de meeste overeenkomsten mee te vinden zijn. Net als in de zaak *Hütter* liggen er verschillende beleidsdoelstellingen ten grondslag aan de maatregel die niet allemaal even consistent zijn. Althans dat was de conclusie van AG Bobek. Het Hof ziet dit anders en beschouwt de doelstellingen in samenhang met elkaar. Het tweede opvallende verschil met de zaak *Hütter* is dat in beide gevallen het onderscheidend criterium leeftijd leidt tot een ongelijke behandeling van personen met een gelijke opleiding. Een Italiaanse jongere die met 22 jaar klaar is met bijvoorbeeld zijn opleiding rechten heeft de gelegenheid om drie jaar lang werkervaring op te doen, terwijl iemand die pas op zijn 24^{ste} klaar is met zijn rechtenstudie hooguit één jaar de gelegenheid krijgt werkervaring op te doen. In de beelddpraak die Italië introduceerde, stelt AG Bobek dat van de groep tot 25 jaar niet iedereen dus een even groot stukje van de taart krijgt. Het Hof besteedt hier echter totaal geen aandacht aan. Een wellicht passender conclusie van het HvJ EU was geweest als het wel zou accepteren dat werkgevers slechts tijdelijk gebruik zouden mogen maken van de maatregel om zo jongeren werkervaring op te laten doen. Bijvoorbeeld voor een periode van maximaal twee of drie jaar na afronding van de opleiding. Op die manier kunnen alle jongeren even lang van de maatregel profiteren (het opdoen van werkervaring), zijn ze allemaal even lang aan de onbeschermd periode onderworpen (geen ontslagbescherming e.d.), en hebben werkgevers meer zekerheid over hoelang een jongere onder de voor hen meer gunstigere (arbeids)voorwaarden werkzaam zal zijn. Leeftijd is dus eigenlijk een onnodig (niet noodzakelijk) criterium in deze maatregel.

Toch is het niet geheel onbegrijpelijk dat het Hof tot deze uitspraak komt als je deze beschouwt in de bredere context van het Europese Jeugdbeleid. Alvorens daar op in te gaan zet ik in de navolgende paragraaf kort uiteen wat het Europese Jeugdbeleid inhoudt.

5. Het Europese Jeugdbeleid

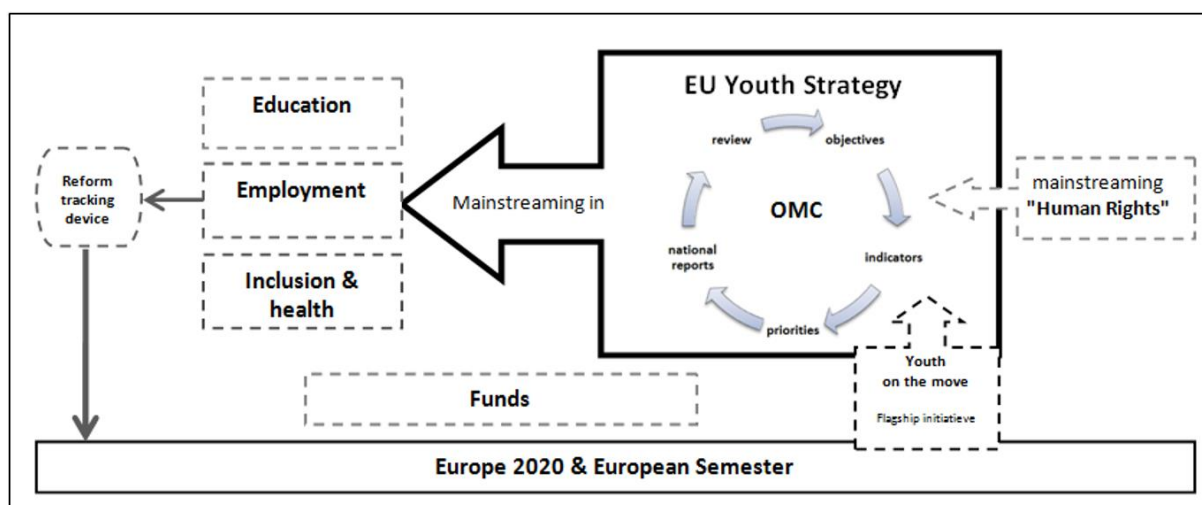
Het Europese Jeugdbeleid is vrij uitgebreid en een complex geheel van initiatieven op Europees niveau. Het geheel kan worden samengevat als weergegeven in figuur 1. Centraal in het Europese Jeugdbeleid staat de Jeugd Strategie.⁷³ De Jeugd Strategie brengt acht actiegebieden samen waarop de Europese Unie beleid voert ter verbetering van de positie van jongeren: 1) onderwijs en opleiding; 2) werkgelegenheid en ondernemerschap; 3) gezondheid en welzijn; 4) participatie; 5) vrijwilligersactiviteiten; 6) sociale inclusie; 7) de jeugd en de wereld; en 8) creativiteit en cultuur.⁷⁴ De strategie kenmerkt zich door enerzijds een eigen beleid dat wordt bevorderd en gemonitord via de

⁷³ https://ec.europa.eu/youth/policy/youth-strategy_en

⁷⁴ Resolutie van de Raad van 27 november 2009 over een nieuw kader voor Europese samenwerking in jeugdzaken (2009/C311/01).

Open Methode van Coördinatie (OMC)⁷⁵ en anderzijds mainstreaming van de belangen van jongeren en het eigen beleid in andere beleidsgebieden, met name de OMC educatie; de Europese werkgelegenheidsstrategie (ook een OMC); en de OMC Inclusie en gezondheid. Daarnaast is de Jeugd Strategie onderdeel van de strategie Europa 2020 wat de EU-agenda is voor “groei en banen voor het huidige decennium. De nadruk ligt hierbij op slimme, duurzame en inclusieve groei als een manier om de structurele zwaktes in de Europese economie aan te pakken, haar concurrentievermogen en productiviteit te vergroten en een duurzame sociale markteconomie te ondersteunen.”⁷⁶ Europa 2020 is eveneens opgezet als een OMC, genaamd het Europees Semester, waarbinnen het beleid van de lidstaten wordt geëvalueerd.⁷⁷

Figuur 1 Europees Jeugdbeleid



Het Europees Jeugdbeleid wordt dus op verschillende manieren beheerst door de OMC. De kracht van de OMC zoals die in de Jeugd Strategie is ingezet zit hem vooral in het samenbrengen van de acht beleidsgebieden en de verschillende initiatieven die binnen die beleidsgebieden zijn ondernomen. De beleidsinitiatieven variëren van juridisch niet-bindende instrumenten zoals adviezen, aanbevelingen,

⁷⁵ De open methode van coördinatie (OMC) is er op gericht om de lidstaten te ondersteunen bij het bereiken van gemeenschappelijke doelstellingen. Dit doet de OMC onder meer door het geven van beleidsrichtsnoeren opgesteld op Europees niveau, het definiëren van prioriteiten op zowel Europees als nationaal niveau, het opstellen van actieprogramma's door de lidstaten en door het evalueren van die actieprogramma's op Europees niveau. De OMC is juridisch niet bindend, wat betekent dat de lidstaten vrij zijn om te besluiten in hoeverre ze de beleidsrichtsnoeren en prioriteiten van de EU volgen, zolang ze de doelstellingen maar bereiken. Dit laatste heeft het effect dat nationaal beleid en wetgeving verandert onder invloed van onder meer de OMC. Zie uitgebreider over de OMC: B.P. ter Haar, 'De onzichtbare hand. De invloed van de Europese open methode van coördinatie op het Nederlands werkgelegenheidsbeleid', *TRA* (2013).

⁷⁶ https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy_nl

⁷⁷ https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester_nl

resoluties, en actieprogramma's tot richtlijnen en verordeningen.⁷⁸ Het effect hiervan is dat de lidstaten op verschillende manieren worden gestimuleerd en gedwongen op nationaalniveau initiatieven te ondernemen die tegemoetkomen aan het Europese beleid. Een ander effect van het samenbrengen van de verschillende initiatieven is dat het Europese jeugdbeleid coherenter en consistent is geworden. Waar voorheen de initiatieven los van elkaar en ad hoc werden ondernomen, zijn ze tegenwoordig meer samenhangend en vullen ze elkaar meer bewust aan. Het gevolg is dat het Europese Jeugdbeleid behoorlijk invloedrijk is op het nationale beleid van de lidstaten, met als resultaat convergentie tussen het beleid en de wetgeving van de lidstaten.⁷⁹

Wat is de inhoud van dit beleid? Ik beperk me hier tot de bespreking van het actiegebied 'werkgelegenheid en ondernemerschap', aangezien dit het meest relevant is in de context van het Europese gelijke behandelingsrecht. Het onderwerp jeugdwerkloosheid staat al enige tijd op de Europese agenda. In 1976 nam de Raad van Ministers al een resolutie aan "betreffende de maatregelen die moeten worden getroffen ter verbetering van de voorbereiding van jongeren op het arbeidsproces en ter vergemakkelijking van de overgang van school naar beroepsleven".⁸⁰ Pas in de begin jaren 2000 begon het Europese Jeugdbeleid meer richting te krijgen. In het Witboek van de Europese Commissie, *Een nieuw elan voor Europa's jeugd*,⁸¹ staat participatie van jongeren in de maatschappij centraal. Arbeid is daarvoor een belangrijke bron, omdat het jongeren de autonomie geeft die nodig is om hun rol in de samenleving te vervullen. In het Europese beleidsjargon wordt dit ook wel aangeduid met de *empowerment* van jongeren. In het *Pact voor de jeugd* van 2005⁸² verschuift de aandacht in het Europese jeugdbeleid naar meer aandacht voor de kwetsbaarheid van jongeren in de samenleving.⁸³ In 2009, als er de eerste tekenen zijn wat de gevolgen van de economische en financiële crisis zijn voor jongeren, schuift de beleidsaandacht nog meer op naar de kwetsbaarheid van jongeren en de noodzaak om te investeren in jongeren.⁸⁴ Niet geheel verwonderlijk ligt de focus van de eerste OMC-cyclus op het actiegebied werkgelegenheid en ondernemerschap met daarin maar liefst elf initiatieven.⁸⁵

⁷⁸ Zie voor een overzicht hiervan: P. Copeland en B.P. ter Haar, 'The Open Methods of Coordination as Amplifier for EU Soft Law. The case of EU Youth Policy', 56(1) *Hungarian Journal of Legal Studies - Acta Juridica Hungaria* (2015), pp. 14-29.

⁷⁹ *ibid.* Zie voor een analyse van het Nederlands jeugdbeleid in het kader van het Europees jeugdwerkgelegenheidsbeleid: B.P. ter Haar, 'Youth OMC: Coordination of Governance to Deal With the NEET's Needs – the case of the Netherlands', paper gepresenteerd op het 21^{ste} *Ius Commune Congress* November 2016, Maastricht.

⁸⁰ PB van 30 december 1976, C308/01.

⁸¹ COM(2001) 681 final.

⁸² Europese Raad, *Conclusies van het voorzitterschap*, 22 en 23 maart 2005, Brussel (7619/1/05 - REV 1), Bijlage 1.

⁸³ Zie hierover ook: Mededeling van de Commissie, *Europese beleidsmaatregelen voor jongeren Aandacht voor jongerenbelangen in Europa – implementatie van het Europees pact voor de jeugd en bevordering van actief burgerschap*, COM(2005)206 definitief.

⁸⁴ Mededeling van de Commissie, *Een EU-strategie voor jongeren – Investerings en empowerment. Een vernieuwde open coördinatiemethode om op de uitdagingen en kansen voor jongeren in te spelen*, COM(2009) 200 definitief.

⁸⁵ *ibid.*

In 2011 wordt het jeugdwerkloosheidsprobleem nog verder uitgewerkt in de mededeling van de Commissie '*Kansen voor jongeren*'⁸⁶ Hierin identificeert de Commissie de volgende factoren als uitdagingen en oorzaken voor jeugdwerkloosheid: voortijdig schoolverlaten zonder kwalificaties; gebrek aan relevante vaardigheden en gebrek aan werkervaring; onzekere arbeid, gevolgd door perioden van werkloosheid; beperkte opleidingsmogelijkheden; en ontoereikende/onaangepaste actieve arbeidsmarktprogramma's.⁸⁷ De Commissie adviseert de lidstaten onder meer het arbeidsrecht te hervormen en dit minder beschermend te maken, om vaste contracten minder vast te maken en de arbeidsmarkt meer toegankelijk te maken voor buitenstaanders.⁸⁸ Hierop volgen nog een aantal initiatieven van de Commissie ter ondersteuning van de lidstaten in de strijd tegen werkloosheid. Iets wat in een aantal landen een zeer groot probleem is geworden waar één op drie (Kroatië; Italië; Portugal; Slowakije) of zelfs één op twee (Griekenland; Spanje) jongeren werkloos is.⁸⁹ Eén van deze initiatieven is de Jongerengarantieregeling, is een politieke verbintenis om "alle jongeren onder de 25 jaar binnen vier maanden nadat zij werkloos zijn geworden of het formele onderwijs hebben verlaten, een deugdelijk aanbod te doen voor een baan, voortgezet onderwijs, een plaats in het leerlingstelsel of een stageplaats."⁹⁰ Dit wordt ondersteund door een speciaal EU-financieringsinstrument, het jongerenwerkgelegenheidsinitiatief. Via dit instrument heeft de EU in 1 miljard Euro beschikbaar gesteld om de invoering van de jeugdgarantie te versnellen, met name in de lidstaten waar de jeugdwerkloosheid het hoogst is,⁹¹ met het voornemen tot 2020 financiële middelen hiervoor beschikbaar te blijven maken.⁹² In 2016 komt de Commissie met een nieuwe mededeling waarin alle sinds 2009 ondernomen initiatieven samen worden gebracht en aangescherpt, met als doel de inspanningen van de EU en de lidstaten te intensiveren om "jongeren de steun, het onderwijs, de opleiding en de werkgelegenheidskansen te bieden die zij verdienen."⁹³ Wat in al deze initiatieven doorklinkt is dat van alles moet worden ondernomen om er maar voor te zorgen dat jongeren aan het werk komen. Kwaliteit van het werk is daar wel een onderdeel van, maar ondergeschikt aan het krijgen van kansen om toe te treden tot de arbeidsmarkt.⁹⁴

6. *Abercrombie*, leeftijdsdiscriminatie en het Europese jeugdwerkgelegenheidsbeleid

In de zaak *Abercrombie* komt het Hof tot de conclusie dat de leeftijdsdiscriminatie, zijnde het automatisch eindigen van een oproepcontract als de leeftijd van 25 jaar is bereikt, kan worden gerechtvaardigd. Dit is een verrassende conclusie omdat in voorgaande zaken, met name *Hütter* en *Kücükdeveci*, het Hof een strenge maatstaf leek te hanteren als het gaat om het gebruik van leeftijd als onderscheidend criterium. Zowel in *Hütter* als *Kücükdeveci* rekende het Hof hiermee af. In de zaak *Hütter* omdat het tot ongelijke situaties leidde tussen personen met dezelfde opleiding en

⁸⁶ COM(2011)933 definitief.

⁸⁷ *ibid*, p.6.

⁸⁸ *ibid*, p.8.

⁸⁹ [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Youth_unemployment_figures,_2007-2016_\(%25\)_T1.png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Youth_unemployment_figures,_2007-2016_(%25)_T1.png)

⁹⁰ Aanbeveling van de Raad van 22 april 2013 tot invoering van een jongerengarantie (PB van 26 april 2013, C120/1).

⁹¹ Mededeling van de Commissie, *Investeren in de jongeren van Europa*, COM(2016)940 definitief, p.6.

⁹² *ibid*.

⁹³ *ibid*, p.4.

⁹⁴ *ibid*, p.9.

(werk)ervaring en in de zaak *Küçükdeveci* omdat het jongeren die vroeg de arbeidsmarkt betreden en vaak een lage of onvoltooide opleiding hebben hierdoor meer worden benadeeld dan jongeren die een hogere opleiding hebben genoten. Beide elementen zijn ook terug te vinden in de zaak *Abercrombie*. De maatregel kan leiden tot een onderscheid tussen jongeren met eenzelfde opleiding maar deze op verschillende leeftijden afronden; sommige zullen daardoor langer de gelegenheid hebben werkervaring op te doen dan anderen. De maatregel leidt ook tot ongelijkheid tussen jongeren van verschillende opleidingen. Jongeren met een lage of onvoltooide opleiding en dus op jonge leeftijd de arbeidsmarkt betreden zullen langer werkzaam zijn onder een oproepcontract dan jongeren met een hogere opleiding. Omdat oproepcontracten veel flexibiliteit vergen zijn ze minder gunstig dan gewone arbeidscontracten, ondanks het feit dat er bepaalde waarborgen zijn. Jongeren met een lage of onvoltooide opleiding worden daar dus langer aan onderworpen. Tegelijkertijd benadeelt de maatregel jongeren met een hogere opleiding, omdat die korter in de gelegenheid zijn werkervaring op te doen.

In de zaak *De Lange* is al een verschuiving waar te nemen door het Hof naar een iets relaxtere benadering van leeftijdsdiscriminatie. Het Hof volgt in deze zaak het argument van de Nederlandse regering dat het onderscheidende criterium van 30 jaar gerechtvaardigd kan worden, omdat personen ouder dan 30 jaar 1) al in de gelegenheid zijn geweest een opleiding te volgen en 2) vaak al actief zijn op de arbeidsmarkt en derhalve zelf over meer financiële middelen beschikken. Dit argument sluit aan bij het algemene ‘volledig leven’ argument om leeftijdsdiscriminatie te accepteren: 30 plussers hebben al de gelegenheid gehad om te studeren. Hebben ze dat niet gedaan of willen ze nog verder studeren, dan moeten ze daar zelf meer aan bijdragen. Een ander argument dat de Nederlandse regering aanvoerde is dat de belastingmaatregel onder meer bedoeld was om het voor jongeren onder de 30 juist aantrekkelijker te maken om te gaan studeren. Dit zou ook kunnen worden geïnterpreteerd als een vorm van investeren. Een fiscale investering van de overheid in jongeren die een bepaalde opleiding willen volgen zodat ze daarmee hun kansen op de arbeidsmarkt vergroten. Dit past goed bij het Europese Jeugdbeleid dat, met name sinds de crisis van 2008, steeds meer een beleid voert van (letterlijk) investeren in jongeren.

In de zaak *Abercrombie* lijkt het Hof helemaal aan te sluiten bij het Europese Jeugdbeleid van investeren in jongeren. Met name in landen als Italië waar de jeugdwerkloosheid enorm hoog is (in 2007 was dit 20,4 % en in 2014 was het verdubbeld naar 42,7%) staat investeren en het creëren van kansen op de arbeidsmarkt voorop. De Italiaanse regering heeft overtuigend genoeg aangetoond dat één van de oorzaken van de hoge werkloosheid onder jongeren kennelijk het gebrek aan werkervaring is omdat dit geen onderdeel is van het opleidingssysteem. Het opdoen van werkervaring, onder meer via stages, is een veel benadrukt onderdeel van het Europese Jeugdbeleid om de positie van jongeren te verbeteren. Nu Italië hier op zijn manier vorm aan heeft gegeven zou het enigszins tegenstrijdig zijn om de regering af te straffen omdat het iets voor de jongeren doet wat op zich in overeenstemming is met het beleid op Europeesniveau.

Moet hiervoor dan een grondrecht, niet gediscrimineerd worden op grond van leeftijd, wijken? Naar mijn mening niet en ik maak dat ook nergens op uit het Europese Jeugdbeleid. In tegendeel, in het bredere Europese Jeugdbeleid, met name in het beleidsgebied participatie, spelen grondrechten een belangrijke rol. Had het Hof dan anders kunnen oordelen? Met AG Bobek ben ik van mening van wel en vind ik dat het Hof dit ook had moeten doen en wel om twee redenen. Dat Italië de oproepcontracten inzet om jongeren de gelegenheid te bieden werkervaring op te doen is een op

zich prima initiatief, zeker als blijkt dat het werkt (ter zitting is dit beaamt door eiser – par. 35). Echter door er een leeftijd aan te koppelen worden jongeren op twee manieren benadeeld: zij die vroeg de arbeidsmarkt op gaan zijn langer overgeleverd aan een dergelijk contract en zij die laat de arbeidsmarkt betreden korter. Door de maatregel niet afhankelijk te maken van een bepaalde leeftijd, maar een bepaalde tijdsduur, bijvoorbeeld twee of drie jaar, zou de maatregel kunnen winnen aan effectiviteit, omdat dan alle jongeren een gelijke kans krijgen om werkervaring op te doen. Had het Hof dit ingezien, dan had het recht gedaan aan de bescherming van het grondrecht niet gediscrimineerd te mogen worden op grond van leeftijd en recht gedaan aan het Europese Jeugdbeleid door het Italiaanse beleid (nog) effectiever te maken.

Daar zou de volgende overweging nog aan toegevoegd kunnen worden. Het Hof lijkt veel waarde te hechten aan het feit dat er in Italië extreem hoge jeugdwerkloosheid heerst (42% in 2014). Stel nu dat het economisch beter gaat in Italië, is de maatregel dan nog steeds toegestaan? Voor wat betreft het legitiem doel (jeugd werkgelegenheid) zal er weinig aan de hand zijn; werkgelegenheidsbeleid is een van de algemene doelstellingen genoemd in artikel 6 van de richtlijn en lidstaten hebben een ruime beoordelingsmarge ter bepaling wat een legitiem doel is. Het wordt spannend bij de beoordeling of de maatregel dan ook passend en noodzakelijk is. Stel dat Nederland een dergelijke maatregel had getroffen, dan had onze regering het argument van hoge jeugdwerkloosheid niet kunnen maken. Zeker ook met de conclusie van AG Bobek in gedachte, lijkt het vrij onwaarschijnlijk dat het HvJ EU zou concluderen dat de maatregel passend zou zijn. Eerder zou dan een uitspraak in lijn met *Mangold*⁹⁵ te verwachten zijn, namelijk dat de maatregel te algemeen is. Het zou namelijk zo kunnen zijn dat een bepaalde groep jongeren weldegelijk gebaat is bij een dergelijke mogelijkheid werkervaring op te doen. Het lijkt dan logischer om het gebruik van die mogelijkheid aan meerdere criteria onderhavig te maken. Bijvoorbeeld onder welke omstandigheden gebruik kan worden gemaakt van een dergelijk contract en voor hoe lang. Net als in de zaak *Hütter*, is leeftijd als onderscheidend criterium dan helemaal niet meer nodig.

Uit sympathie voor de schrijnende situatie van uitzonderlijk hoge werkloosheid onder jongeren in Italië lijkt het HvJ EU te zijn gezwicht voor de argumenten van de Italiaanse regering. Jammer, want eigenlijk had dit totaal niet gehoeven en kan Italië de maatregel ook prima toepassen zonder leeftijd als onderscheidend criterium. Laten we hopen dat het een moment van zwakte is geweest van het Hof en dat in toekomstige gevallen (jongere) werknemers weer kunnen rekenen op de bescherming van hun grondrecht niet gediscrimineerd te worden vanwege van hun leeftijd.

⁹⁵ Het HvJ EU concludeerde in deze zaak onder meer dat de mogelijkheid onbeperkt contracten voor bepaalde tijd aan te gaan met werknemers ouder dan 55 jaar te ruim is en dat dit niet in overeenstemming is met het EU recht. HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/44 *Werner Mangold v. Rüdiger Helm* ECLI:EU:C:2005:709.