

Advies Commissie Gelijke Behandeling inzake
Leeftijdsonderscheid in de supermarktbranche

“TE JONG TE OUD”

op verzoek van de CNV-Jongerenorganisatie

CGB-advies/2006/02

14 februari 2006

INHOUDSOPGAVE:

SAMENVATTING	2
1. Inleiding	6
1.1 Aanleiding	6
1.2 Begrenzing van het advies	6
1.3 Opzet advies	8
1.4 Totstandkoming advies	8
2 Korte schets van de situatie in de supermarktbranche	9
2.1 Inleiding	9
2.2 Hulpkrachten	9
2.3 Type werknemers	10
2.4 Cijfermatige schets van de branche	10
3 Toepasselijke wet- en regelgeving	13
3.1 Inleiding	13
3.2 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd	13
3.2.1 Direct en indirect onderscheid	13
3.2.2 Terrein van de arbeid	13
3.2.3 Objectieve rechtvaardiging	14
3.2.4 Advertenties	15
3.2.5 Verplichtingen werkgever en CAO-partijen	15
3.3 CAO's	16
3.4 Wet minimumloon en vakantietoeslag en Besluit minimumjeugdloonregelingen ...	16
3.5 Wet Flexibiliteit en Zekerheid	17
4 Beoordeling onderscheid naar leeftijd	19
4.1 Inleiding	19
4.2 Aangaan van een arbeidsverhouding	19
4.2.1 Direct of indirect onderscheid	21
4.2.2 Objectieve rechtvaardiging kostenbeheersing	21
4.3 Werving en de selectie van sollicitanten	24
4.3.1 Direct of indirect onderscheid	24
4.3.2 Objectieve rechtvaardiging	24
4.4 Advertenties	25
4.5 Niet verlengen van de arbeidsverhouding	25
4.5.1 Direct of indirect onderscheid	25
4.5.2 Objectieve rechtvaardiging	26
4.6 Inplannen van uren	30
4.6.1 Direct of indirect onderscheid	30
4.6.2 Objectieve rechtvaardiging van vermindering van uren	31
5 Conclusies en advies/aanbevelingen	32
5.1 Conclusies	32
5.1.1 Werving, selectie en aangaan arbeidsverhouding	32
5.1.2 Beëindigen arbeidsverhouding en nadelig inplannen van de uren	32
5.2 Advies en aanbevelingen	32

SAMENVATTING

Dit advies is opgesteld op verzoek van de CNV-Jongerenorganisatie (CNV-J). Naar aanleiding van de vele klachten over leeftijdsdiscriminatie bij supermarkten die zij heeft ontvangen, verzocht de CNV-J de Commissie Gelijke Behandeling onderzoek te doen en een oordeel te geven over deze zaken. Dit advies moet inzicht bieden in wat wel en wat niet door de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) is toegestaan. Het materiaal dat is aangedragen bevat de volgende klachten over onderscheid naar leeftijd door diverse supermarkten:

- geen arbeidsverhouding worden aangegaan met oudere jongeren;
- bij werving en selectie wordt wat ouder personeel afgewezen;
- advertenties worden geplaatst waarin wordt gevraagd om jong personeel;
- na het derde tijdelijke arbeidscontract dat van rechtswege eindigt, vindt geen 'verlenging' plaats door het aangaan van een vierde (vast) arbeidscontract;
- uren worden bij wat ouderwerknemers op voor hen nadelige wijze ingepland.

De klachten betreffen voornamelijk hulpkrachten, dat wil zeggen werknemers met wie een zogenoemd hulpkrachtcontract is aangegaan en die in de regel maximaal 12 uur per week werken. Deze hulpkrachten vervullen veelal de laagste functies in een supermarkt, zoals het vullen van vakken en het uitvoeren van lichte kassawerkzaamheden. Landelijk gezien gaat het om circa 100.000 hulpkrachten, voornamelijk met een tijdelijk contract. De vraag is of bij deze klachten sprake is van direct of indirect onderscheid en als dit het geval is, of het gemaakte onderscheid gerechtvaardigd is.

Cijfers

Om een goed beeld te krijgen van de wijze waarop de supermarktbranche met hulpkrachten omgaat, is de branche verzocht om vanaf 2001 gegevens over in- en uitstroom van medewerkers naar type arbeidscontract te leveren. De branche heeft laten weten deze cijfers wel per vestiging beschikbaar te hebben (in totaal ca 3.000), en dat een betrouwbaar landelijk overzicht ontbreekt. Wel zijn cijfers verzameld op basis van de VUT- en pensioenadministratie van de pensioenuitvoerder, waarbij echter niet alle supermarkten zijn aangesloten.¹ Harde conclusies hieruit trekken ten aanzien van in- en uitstroom van hulpkrachten en de reden daarvan, is niet mogelijk. Ook uit andere bronnen (HBD, CBS, IVA e.d.) zijn geen cijfers te verkrijgen. Uit de ontvangen cijfers blijkt wel dat meer dan de helft van de medewerkers tussen de 15 en 23 jaar zijn en daarvan verreweg de meeste tussen de 16 en 19 jaar. De bonden zeggen sterke aanwijzingen te hebben dat structureel hulpkrachten na hun 18^e geen contract meer krijgen. Opvallend is de daling vanaf 18 jaar. Deze kan worden veroorzaakt door zowel natuurlijke, als gedwongen afvloeiing. In welke verhouding dit gebeurt is niet vast te stellen en vergt nader onderzoek. De minister zal worden gevraagd nader onderzoek naar de uitstroom te verrichten als pilot in het kader van de in voorbereiding zijnde evaluatie van de Wet flexibiliteit en zekerheid. Bij concrete klachten zullen zonedig cijfers op ondernemingsniveau worden opgevraagd.

WGBL van toepassing

De voorgelegde klachten gaan over arbeidsgerelateerde aspecten zodat de WGBL van toepassing is. Sinds 1 mei 2004 geldt de WGBL en deze wet verbiedt in principe alle onderscheid naar leeftijd op het terrein van de arbeid. Met deze wet wordt beoogd het tegengaan van het maken van onderscheid naar leeftijd en daardoor het uitsluiten van personen, en tevens het doorbreken van vooroordelen en stereotype beelden met betrekking tot leeftijd in relatie tot arbeid. Uitgangspunt van de wet is dan ook dat leeftijd in principe niet relevant is voor arbeidssituaties.

¹ Verzocht is deze cijfers uitsluitend voor intern gebruik te hanteren.

Er heerst een hardnekkig misverstand dat een werkgever vrij is om tijdelijke arbeidscontracten van rechtswege te laten eindigen. Uitdrukkelijk is door de wetgever bepaald dat ook deze beëindiging niet in strijd mag zijn met de algemene rechtsbeginselen van non-discriminatie en goed werkgeverschap en dat de Commissie en de rechter bevoegd zijn hierover te oordelen.

Direct en indirect onderscheid

De Commissie heeft vastgesteld dat in de voorgelegde situaties leeftijd een rol heeft gespeeld, soms direct, soms indirect. De supermarktbranche erkent dat dit het geval is bij de werving, selectie en aangaan van hulpkrachtcontracten, maar niet bij het van rechtswege laten eindigen van een derde tijdelijk arbeidscontract en het daarna niet opnieuw aangaan van een vierde (vast) contract. De Commissie heeft op basis van de klachten voldoende aanwijzingen dat zich onderscheid naar leeftijd voordoet en niet incidenteel. Tijdelijke arbeidsverhouding van hulpkrachten van 18 jaar en ouder worden niet dikwijls niet verlengd, terwijl op datzelfde moment wel jongeren worden aangenomen. De bovengenoemde cijfers ondersteunen deze constatering. Voorts is de Commissie gebleken dat er verschil is in beleid ter beëindiging van de arbeidsverhouding tussen hulpkrachten en parttimers/fulltimers, dat er toe leidt dat bepaalde leeftijdsgroepen worden getroffen. Of sprake is van bewust beleid of van onbedoelde gevolgen van een bepaald beleid, is in dit kader niet van belang. Beide leiden tot indirect onderscheid naar leeftijd. Alleen wanneer de supermarkt (in een concreet geval) met cijfers kan aantonen dat het in die situatie niet het geval is, is mogelijk geen sprake van onderscheid naar leeftijd.

Objectieve rechtvaardiging

Er van uitgaande dat zich onderscheid naar leeftijd (direct of indirect) voordoet, is vervolgens bekeken of voor dit onderscheid goede en gedegen argumenten zijn aangedragen. Naast de uitzondering in artikel 7, eerste lid, onderdeel a WGBL, waarin leeftijdsonderscheid ter uitvoering van wetgeving die arbeidsparticipatie voor bepaalde leeftijdsgroepen bevordert, gaat de Commissie na of sprake is van een algemene objectieve rechtvaardiging, zoals beschreven in artikel 7, eerste lid, onderdeel c, WGBL. Deze laatste toets verloopt als volgt:

1. het doel van de onderscheidmakende regeling moet legitiem zijn, dat wil zeggen dat de regeling niet in zichzelf onderscheid makend mag zijn en moet voldoen aan een werkelijke behoefte van de organisatie;
2. de regeling moet passend zijn, dat wil zeggen dat het met de onderscheid regeling mogelijk moet zijn om het doel te bereiken;
3. de regeling moet noodzakelijk zijn, dat wil zeggen het doel niet te bereiken is op een andere manier die niet leidt tot leeftijdsonderscheid of minder bezwaarlijk is. Bovendien moet het belang van de onderscheid makende regeling in een redelijke verhouding staan ten opzichte van het doel van de regeling.

Alleen als aan al deze voorwaarden is voldaan is de onderscheidmakende regeling of het beleid gerechtvaardigd.

Aangaan van een arbeidsverhouding

Ter objectieve rechtvaardiging van het onderscheid wordt door werkgevers aangedragen dat zij hun loonkosten willen beheersen en daarbij gebruik willen maken van de wettelijke mogelijkheden die het Besluit minimumjeugdloonregelingen biedt. Een bijkomend argument is dat de aard van de functie van hulpkracht volgens hen uitermate geschikt is voor een jonge, onervaren werknemer. Het zijn lage functies waarvoor noch een opleiding, noch competenties zijn vereist. Iedereen kan in feite deze functies vervullen. Bovendien bieden deze functies de ruimte om de school of opleiding te (blijven) volgen. Het is vaste jurisprudentie van de Commissie - in overeenstemming met uitspraken van het Europees Hof van Justitie en de Hoge Raad - dat financiële redenen, en dus ook het

verschil in loonkosten, op zich geen rechtvaardiging kunnen vormen voor onderscheid naar een van de door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde gronden. Alleen in uitzonderingsgevallen, zoals bij dreigend faillissement, kan dit geoorloofd zijn. Daarnaast is in de WGBL een uitzondering opgenomen die hier relevant is. Artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL staat leeftijdsonderscheid toe ter bevordering van de arbeidsparticipatie van een specifieke leeftijdscategorie, mits dit bij of krachtens de wet is vastgelegd. Nu het aangaan van een arbeidsverhouding is gebaseerd op de WML en het Besluit minimumjeugdloonregelingen, maken supermarkten zich niet schuldig aan verboden onderscheid op grond van leeftijd door hulpkrachten in een bepaalde leeftijdscategorie aan te nemen. Deze zienswijze wordt ondersteund door het standpunt van de regering tijdens de parlementaire behandeling van de wet, dat het geven van de voorkeur aan een goedkope jongere in plaats van een duurdere oudere geoorloofd is op grond van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL. Ook indien deze uitzondering in de WGBL niet van toepassing zou zijn, dan zou er voor deze handelwijze een objectieve rechtvaardiging kunnen zijn in de zin van artikel 7, eerste lid, onderdeel c, WGBL.

Werving en selectie

Aansluitend bij de argumenten die zijn aangevoerd voor het maken van onderscheid bij het aangaan van een arbeidsverhouding, kan ook voor het maken van onderscheid bij de werving en selectie een beroep worden gedaan op de uitzondering in artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL. Hierbij zij uitdrukkelijk vermeld dat de soort functie, te weten startersfuncties waarvoor geen ervaring, opleiding of specifieke competenties nodig is, bepalend is.

Advertenties

Voor de werving van personeel geldt op grond van artikel 9 WGBL nog een extra voorwaarde. Als expliciet in de advertentie onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt, dan moet dit onderscheid worden gemotiveerd in de advertentietekst. Concreet zal een ondernemer in deze situatie voldoen aan haar motiveringsplicht indien in de vacature wordt vermeld dat de aard van de functie meebrengt dat er geen ervaring dan wel competenties van een sollicitant worden vereist en er daarom, in overeenstemming met de doelstellingen in het Besluit minimumjeugdloonregelingen, de voorkeur uitgaat naar een minimumjeugdlooner, eventueel gekoppeld aan personen van een bepaalde (maximum) leeftijd of een maximaal te verkrijgen salaris.

Niet verlengen van een arbeidsverhouding

Uit de gesprekken met de branche en de werkgeverskoepels (VNO-NCW en MKB), alsmede uit de aan de Commissie voorgelegde zaken, zijn twee doelstellingen bij voortdurende voortdurende naar voren gekomen:

1. kostenbeheersing
2. flexibiliteit

Zoals hiervoor vermeld kunnen financieel-economische argumenten alleen in uitzonderlijke situaties onderscheid naar leeftijd of een andere beschermde grond rechtvaardigen. Dit zal moeten worden aangetoond aan de hand van een volgens de regels vastgesteld Sociaal plan. Zo niet, dan is geen sprake van een objectieve rechtvaardiging. Een beroep op het Besluit minimumjeugdloonregelingen zoals bij het aangaan van een arbeidsverhouding, kan hier niet slagen omdat het Besluit juist arbeidsparticipatie beoogt te bevorderen en met het niet verlengen van een arbeidsverhouding juist het tegenovergestelde wordt bereikt. Ook het argument van flexibiliteit zal niet snel leiden tot een objectieve rechtvaardiging voor het maken van onderscheid naar leeftijd. Of deze doelstelling legitiem is, is moeilijk in zijn algemeenheid te beoordelen, hoewel het de Commissie voorkomt dat, zolang geen sprake is van ernstige situaties als bedrijfsbeëindiging, er aan hulpkrachten als vakkenvullers behoefte zal zijn. In de concrete situatie zal op bedrijfsniveau moeten worden aangetoond dat hieraan een werkelijke behoefte vanuit de onderneming. Als dit

laatste het geval is dan kan de doelstelling flexibiliteit met het niet verlengen van tijdelijke contracten worden bereikt, maar het is niet noodzakelijk. Ook met een vast hulpkrachtcontract is flexibiliteit te bereiken nu bij deze contracten het aantal in te zetten uren per week kan verschillen. Hiermee kan niet alleen intern in de winkel flexibel worden ingespeeld op afwezigheid door ziekte of anderszins zoals in de praktijk gebeurt, maar ook op externe wijzigingen in de marktpositie en conjunctuur. Er is dus een alternatieve manier om flexibiliteit te bereiken zodat de noodzakelijkheid om tot niet verlengen van arbeidsverhoudingen over te gaan niet aanwezig is. Tenslotte staat het niet verlengen haaks op de Flexwet die juist uitgaat van een goed evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid. De zekerheid van een vaste baan en inkomen ontbreekt door deze handelwijze, zodat de handelwijze evenmin niet in een redelijke verhouding staat tot het doel. De werkgever zou anders op deze wijze wel de lusten, maar niet de lasten hebben.

Inplannen van uren

Ook hiervoor wordt als rechtvaardiging aangedragen het argument van kostenbeheersing. Met dezelfde overwegingen als bij het niet verlengen van een arbeidsverhouding, leidt dit argument ook hier niet tot een objectieve rechtvaardiging.

Conclusies en advies/aanbevelingen

De Commissie heeft geconcludeerd dat bij aangaan van een arbeidsverhouding met hulpkrachten het maken van leeftijdsonderscheid als geoorloofd kan worden aangemerkt. Dit geldt eveneens bij de werving en selectie van hulpkrachten en in advertentieteksten. Er is echter vrijwel geen objectieve rechtvaardiging te vinden voor het maken van leeftijdsonderscheid door supermarkten bij het van rechtswege laten eindigen van een hulpkrachtcontract en het niet verlengen van de arbeidsverhouding. Voor leeftijdsonderscheid bij het inplannen van arbeidsuren voor hulpkrachten is evenmin een objectieve rechtvaardiging.

Op basis hiervan beveelt de Commissie de CNV-J aan:

1. alert te blijven op leeftijdsonderscheid dat niet spoort met deze conclusies; mocht de handelwijze leiden tot een te sterk uitnodigend beleid voor scholieren met schoolverlating als gevolg, en de tweede doelstelling van het minimumjeugdloon in gevaar komt, dan zou beleidswijziging op landelijk niveau dienen plaats te vinden;
2. alert zijn op de juist geformuleerde motivering bij advertenties als hulpkrachten worden gevraagd van een bepaalde leeftijd/leeftijdscategorie en/of een minimumjeugdlooner;
3. de supermarktbranche en de betrokken werknemersorganisaties aan te sporen om gezamenlijk tot afspraken ten aanzien van personeelsbeleid te komen in de lijn van genoemde conclusies. Vanwege de prijzenoorlog en de onderlinge concurrentie wordt aanbevolen om op CAO niveau afspraken te maken;
4. naast afspraken over beleid ten aanzien van verlenging van de arbeidsverhouding wordt geadviseerd de CAO partners aan te sporen om ook afspraken te maken ten aanzien van scholing van hulpkrachten ter verbetering van de arbeidsmarktpositie, zowel binnen als buiten de supermarktbranche, conform de doelstellingen van het Besluit minimumjeugdloonregelingen. Op deze wijze kan de betrokken medewerker enige kwalificaties opbouwen waardoor zijn of haar positie op de arbeidsmarkt, zowel binnen, als buiten de supermarktbranche, verbetert. Deze scholing is met name van belang voor de groep hulpkrachten voor wie deze baan een eerste stap is van zijn/haar loopbaan. Het verhogen van de employability ligt in de lijn van het advies van de STAR.²

² Stichting van de Arbeid, Nota inzake de evaluatie van de Wet flexibiliteit en zekerheid en de evaluatie van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, 1 april 2004 – publicatienr. 5/04.

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

De CNV Jongerenorganisatie (hierna: CNV-J) heeft de Commissie Gelijke Behandeling (hierna: de Commissie) verzocht onderzoek te doen naar en duidelijkheid te geven over de vraag of de supermarktbranche op de wijze waarop zij medewerkers werft, selecteert, arbeidscontracten aangaat en niet verlengt onderscheid naar leeftijd maakt dat al dan niet is toegestaan op grond van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL). Het inzicht in de normstelling dat op basis hiervan ontstaat zou volgens de CNV-J de mogelijkheid bieden om met de werkgevers binnen de branche gesprekken te voeren, die kunnen leiden tot beleidsafspraken op CAO-niveau teneinde te komen tot een daadwerkelijke en structurele oplossing.

Aanleiding tot dit verzoek zijn de vele klachten van jongeren over leeftijdsdiscriminatie die de CNV-J heeft ontvangen in de jaren 2004 en 2005. De CNV-J heeft in de maanden maart en april 2005 een klachtenmeldpunt ingesteld, waar circa 80 discriminatieklachten zijn binnengekomen. Deze klachten zijn gebundeld en bij de adviesaanvraag gevoegd. Op grond van hun aard en karakter zijn deze klachten onder te verdelen in de volgende vier categorieën:

1. klachten over selectief niet verlengen van contracten vanwege leeftijd;
2. klachten over wegpesten van 'oudere' werknemers door het niet of op ongunstige wijze inplannen van uren en dergelijke;
3. klachten over afwijzing bij de selectie op basis van leeftijd;
4. klachten over het stellen van leeftijdsgrenzen in vacatures.

De als vijfde genoemde groep: overige klachten, bevat weliswaar diverse problemen, maar deze zijn ondergebracht onder de vier genoemde groepen en worden niet apart behandeld. Bij het verzoek is ter informatie tevens bijgevoegd een onderzoek naar jongerendiscriminatie bij supermarkten van de jongerenorganisatie van de Socialistische Partij, 'ROOD'.

De CNV-J stelt in haar verzoek dat op basis van deze onderzoeken kan worden vastgesteld dat het hier gaat om een structureel probleem waarvoor een structurele oplossing nodig is.

1.2 Begrenzing van het advies

Algemeen

Het verzoek van de CNV-J is er tevens op gericht richtlijnen te krijgen over de wijze waarop het personeelsbeleid binnen de supermarktbranche in overeenstemming met de WGBL kan worden gebracht. De Commissie heeft ervoor gekozen om in dit advies te komen tot een (algemene) toetsing van de voorgelegde categorieën klachten aan de WGBL en daaruit conclusies te trekken, gevolgd door een advies en aanbevelingen. Het advies bevat geen richtlijnen voor het te voeren personeelsbeleid. Wel kan het advies worden gebruikt door de werknemers- en werkgeversorganisaties in de branche.

Grond leeftijd

Hoewel zich ook op andere gelijke behandelingsgronden problemen kunnen voordoen - te denken valt aan geslacht of arbeidsduur - beperkt dit advies zich, overeenkomstig het verzoek van de CNV-J, tot de toetsing aan de grond leeftijd.

Vakkenvullers e.d. in de supermarktbranche

De supermarktbranche kent verschillende functies en functiegroepen. Dit advies richt zich met name op de handelwijze van de werkgevers ten opzichte van medewerkers die een zogenaamd hulpkrachtcontract hebben. Deze medewerkers zijn veelal werkzaam in de

laagste functies: vakken vullen en (licht) kassawerk. De voorgelegde discriminatieklachten betreffen voor het merendeel deze contracten en functies.

Supermarktbranche

Verder richt dit advies zich op de supermarktbranche, hoewel de voorgelegde klachten ook zelfbedieningswarenhuizen en andere branches betreffen. Ook al zijn er overeenkomsten op een aantal aspecten tussen deze branches, toch zijn de verschillen in de economische en organisatorische situatie zodanig dat er voor is gekozen om dit advies te laten gaan over de supermarktbranche.

1.3 Opzet advies

Alvorens tot een toetsing van de verschillende categorieën klachten aan de WGBL te komen, (hoofdstuk 4) wordt eerst in hoofdstuk 2 een achtergrondbeeld geschetst van de typen arbeidscontracten, type werknemers en type functies waar het bij de klachten van de CNV-J om gaat. In hoofdstuk 3 wordt de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) uiteengezet. Wat is het doel van deze wet? Welke zijn de eisen die de wet stelt aan werkgevers (en anderen) in de supermarktbranche ten aanzien van het werven van personeel, het aangaan en niet verlengen van arbeidscontracten. Aangezien de toepassing van bepaalde andere wet- en regelgeving direct de problematiek van de WGBL raakt, wordt hieraan - voor zover in dit kader relevant -, ook aandacht geschonken. Het betreft hier de Wet minimumloon en vakantietoeslag, het Besluit minimumjeugdloonregelingen, de Wet flexibiliteit en zekerheid en de CAO's voor de supermarktbranche. In hoofdstuk 4 vindt de toetsing aan de WGBL plaats van de voorgelegde categorieën klachten. Tenslotte volgen in het Hoofdstuk 5 de conclusies, het advies op welke wijze dient te worden gehandeld gelet op de WGBL en enkele aanbevelingen.

1.4 Totstandkoming advies

Zoals vermeld is dit advies te gebruiken voor zowel werknemers- als werkgeversorganisaties in de supermarktbranche. Om die reden, maar ook om zo breed mogelijk te worden geïnformeerd, zijn in september 2005 vier gesprekken gevoerd. Naast de CNV-J is de problematiek ook besproken met vertegenwoordigers van de meest betrokken organisaties: het Centraal Bureau Levensmiddelenhandel, de Vereniging van Grootwinkelbedrijven in Levensmiddelen, het Vakcentrum levensmiddelen, de Koninklijke Vereniging MKB-Nederland, de Vereniging VNO-NCW, de Federatie Nederlandse Vakbeweging, (FNV), het Christelijk Nationaal Vakverbond (CNV) en het Ministerie voor Sociale Zaken en werkgelegenheid (SZW) (Directie arbeidsverhoudingen, Directie WBJA en de projectcoördinator vanuit de SZW bij de Taskforce JeugdWerkloosheid).³

³ De Taskforce Jeugdwerkloosheid is op 21-10-2003 voor twee jaar ingesteld om extra banen te realiseren voor jongeren tot 23 en de jeugdwerkloosheid te bestrijden.

2 Korte schets van de situatie in de supermarktbranche

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt in het kort een globaal beeld geschetst van de branche en met name de aspecten waar de klachten van de CNV-J zich op richten. Allereerst volgt er een schets van de functies die het betreft, mede in het licht van andere functies in de supermarktbranche, en van de groepen medewerkers die deze functies (willen) vervullen en onder welk soort arbeidscontracten deze medewerkers werken. Naast een inhoudelijk beeld wordt een meer cijfermatig weergave gegeven.

Op verzoek van de Commissie zijn er door de branche zeer globale, landelijke cijfers beschikbaar gesteld.⁴ Om een goed beeld te krijgen van de branche en met name van de hulpkrachten en wijze waarop arbeidsverhoudingen worden beëindigd of verlengd, is diepgaander en specifiek onderzoek nodig door de branche zelf of extern uit te voeren. Vanwege de lange duur van zo'n onderzoek en het feit dat er naar de mening van de Commissie voldoende aanwijzingen zijn voor de constatering dat er meer dan incidenteel onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt bij het niet verlengen van arbeidsverhoudingen, acht de Commissie het opportuun om niet te wachten op de resultaten van dit onderzoek, maar op dit moment al een advies uit te brengen om duidelijkheid te scheppen over wat wel en wat niet mag volgens de WGBL.

De Commissie zal overigens aan de minister vragen om in het kader van de - op dit in voorbereiding zijnde - evaluatie van de zogenoemde Flexwet onderzoek te laten uitvoeren over hoe de branche omgaat met verlenging, niet verlenging van drie tijdelijke arbeidscontracten

2.2 Hulpkrachten

De klachten van CNV-J komen voornamelijk van medewerkers die een klein tijdelijk arbeidscontract hebben, zogenoemde hulpkrachtcontracten⁵, en werkzaam zijn in de laagste categorie functies in een supermarkt. Functies waarvoor niet of nauwelijks scholing of opleiding nodig is: het vullen van vakken en (lichte) kassawerkzaamheden (hierna: ongeschoolde functies). Volgens de branche zijn deze functies te leren in één ochtend. Globaal zijn er meer dan 100.000 hulpkrachten. Een hulpkracht heeft een contract voor maximaal 12 uur per week en werkt in de regel in de regel van 2 tot 12 uur. Deze contracten worden meestal voor bepaalde tijd aangegaan, maar kunnen ook voor onbepaalde tijd gelden. Contracten voor bepaalde tijd hebben een looptijd van een jaar of minder. Volgens de FNV en CNV is een halfjaarcontract steeds gebruikelijker. Hulpkrachten worden ingezet op drukke tijden in de winkel en de momenten waarop de nieuwe winkelvoorraad wordt aangeleverd. Op de momenten van de dag waarop vanuit distributiecentra de supermarkten worden bevoorrad, dienen immers de medewerkers aanwezig te zijn om de winkelschappen zo snel mogelijk met de aangevoerde producten te vullen. Dit om het aanbod voor de klant zo groot mogelijk te houden en om de (veelal relatief kleine) opslagruimten zo snel mogelijk leeg te maken. Aangepast aan het koopgedrag van het publiek en de vervoerschema's van de distributiecentra wordt het merendeel van deze medewerkers opgeroepen aan het eind van de middag en in het weekend.

Naast de werkzaamheden als vakkenvullers worden hulpkrachten overigens ook wel ingezet voor allerlei andere klussen die zich voor kunnen doen in een supermarkt, zoals het aanvegen van de vloeren of het aanvullen van reclamefolders. In de afgelopen jaren is

⁴ Op basis van de VUT en pensioen administratie van de pensioenuitvoerder waarbij circa de helft van alle werknemers is aangesloten, zijn overzichten verstrekt.

⁵ Voorheen veelal 0-uurs of afroepcontracten; sinds enkele jaren - met name als gevolg van de Wet flexibiliteit en zekerheid - zijn deze contracten vrijwel alle omgezet in hulpkracht contracten zie paragraaf 3.2.

veelal de zogenoemde functiedifferentiatie ingevoerd, dat wil zeggen dat de functies steeds eenzijdiger worden.

Voor werknemers in de ongeschoolde functies zijn er in het algemeen maar weinig carrièremogelijkheden binnen de supermarkten. Het is een zogenoemde platte organisatie waar weinig hogere functies zijn en waarin bovendien een beperkt aantal mensen werkzaam zijn. De laatste jaren blijkt bovendien juist in de hogere functies sterk te zijn gesneden. De supermarkten kennen (verder) de volgende vier groepen functies:

- verkoopmedewerker/caissière
 - eerste verkoopmedewerker/afdelingschef/hoofdcaissière
 - assistent bedrijfsleider
 - supermarktmanager/bedrijfsleider
- } winkelkader

2.3 Type werknemers

Niet alleen de supermarktbranche heeft behoefte aan flexibel inzetbare arbeidskrachten op de drukke tijdstippen vanwege het koopgedrag van klanten en de vervoerschema's bij de aanvoer van producten. Ook bij het merendeel van de hulpkrachten werkzaam in deze ongeschoolde functies bestaat deze behoefte aan flexibiliteit. Zij willen werk combineren met school of een gezin en enige bijverdienste hebben. Hierbij gaat het met name om: scholieren, studenten en vrouwen met kinderen. De tijdstippen waarop men wil werken verschilt per groep. Scholieren werken na schooltijd en in vakanties en vrouwen veelal juist gedurende de schooltijd. Na school of opleiding komt er veelal een einde aan het contract. Volgens de branche komt het vaak voor dat deze hulpkrachten werkzaam zijn in de supermarkt die is gevestigd in hun eigen buurt of wijk. Deze wijkgebondenheid is een motiverend aspect aan deze banen.

Naast scholieren die dit werk als een bijbaan zien, is er ook een groep jongeren voor wie het werk een echte baan is en werkervaring op willen doen met het oog op een loopbaan binnen of buiten de branche.

2.4 Cijfermatige schets van de branche

De Nederlandse supermarktbranche biedt werk aan 239.000 personen.⁶ Hiervoor is al opgemerkt dat de supermarkten zich kenmerken als 'platte' organisaties. In de lagere functies werkt het merendeel van de medewerkers. Van de werknemerspopulatie is 55% werkzaam als hulpkracht.⁷ Aangezien deze hulpkrachten voornamelijk werken in de ongeschoolde functies mag er van worden uitgegaan dat er tussen 100.000 - 120.000 werknemers werken in ongeschoolde functies. Uit de cijfers blijkt het aantal medewerkers vanaf 18 jaar sterk af te nemen.⁸ Gelet op de platte organisatie mag worden aangenomen dat deze medewerkers voor het merendeel werkzaam zijn als hulpkracht in de laagste functies.

Bijna 3.000 ondernemers beheren samen zo'n 5.600 winkels. In fte's uitgedrukt werkt globaal eenderde van de werknemers minder dan twaalf uur per week (hulpkrachten), eenderde parttime en eenderde werkt fulltime. De afgelopen jaren is een verschuiving te zien richting kleinere contracten en een vermindering van fulltime werkenden. Deze verschuiving is met name ingezet vanaf 2003. Sinds dat jaar is er sprake van de zogenoemde supermarktoorlog, een prijzenoorlog tussen de supermarkten onderling.

⁶ Hoofdbedrijfsschap Detailhandel (HBD), 'Branches in detail 2004, supermarkten'; HBD uitgave van 2005 bevat geen cijfers van het aantal werkzame personen.

⁷ Onderzoek van Berenschot en IVA, Van den Toorn, Evers en Commissaris, uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van sociale Zaken en Werkgelegenheid, "Flexibiliteit en zekerheid", Effecten en doeltreffendheid van de Wet flexibiliteit en zekerheid, februari 2002.

⁸ Zie voetnoot 4.

Van alle supermarkten is 62% onderdeel van een samenwerkingsverband. Hiervan maakt circa 35% als filiaal of als franchisenemer deel uit van deze keten. 38 % van de supermarkten heeft geen samenwerkingsverband.⁹

⁹ HBD 'Branches in detail 2005, supermarkten', september 2005. Een keten bestaat uit minimaal 7 vestigingen.

Locatieverschillen

Genoemde cijfers zijn landelijk. Volgens de branche zijn er grote verschillen tussen stad en regio. Supermarkten in stadscentra vertonen een andere opbouw van het personeelsbestand dan in buitenwijken en in de landelijke gebieden. Bij de beoordeling van individuele klachten kunnen specifieke gegevens nodig zijn om conclusies te trekken. De supermarkten waren in 2005 als volgt gevestigd¹⁰:

- 34% in hoofdwinkelcentra,
- 31 % in ondersteunende winkelcentra,
- 34 % is verspreid en
- 1% in grootschalige concentraties.

¹⁰ Zie voetnoot 6.

3 Toepasselijke wet- en regelgeving

3.1 Inleiding

In alle voorgelegde klachten gaat het om (vermeend) onderscheid op de grond leeftijd bij de arbeid. Aangezien het verbod van ongelijke behandeling op grond van leeftijd is neergelegd in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL)¹¹, vallen deze klachten onder deze wet. De verschillende categorieën klachten worden dan ook getoetst aan de WGBL (hoofdstuk 4). Om inzicht te geven in de inhoud en de achtergrond van de WGBL wordt hierna op de onderdelen van de WGBL, die in dit kader relevant zijn, ingegaan.

Het doel van de WGBL is het tegengaan van uitsluiting van mensen van de arbeidsmarkt. Essentieel hierbij is dat ook sprake kan zijn van onderscheid als toepassing van andere wet- of regelgeving een bepaalde leeftijdscategorie met name treft. Dit geldt ook in het geval dit onbedoeld en onbewust gebeurt. In de praktijk bij de supermarkten blijkt dat in dit verband de volgende regelingen relevant zijn:

- De CAO voor de grootwinkelbedrijven en de CAO voor het levensmiddelenbedrijf;
- De Wet Minimumloon en Minimumvakantietoelage (WML) en het hierop gebaseerde Besluit minimum jeugdloonregelingen (Bmjl);
- De Wet flexibiliteit en zekerheid (Flexwet).

Hoewel ook de *Wet arbeidsomstandigheden* en de *Arbeidstijdenwet* veel eisen stellen aan de supermarktbedrijven ten aanzien van werkomstandigheden, werktijden en scholing en dergelijke, zijn deze in het kader van dit advies niet relevant en worden derhalve buiten beschouwing gelaten.

3.2 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd

3.2.1 Direct en indirect onderscheid

Het verbod van onderscheid op grond van leeftijd geldt zowel voor direct onderscheid als voor indirect onderscheid. Van *direct* onderscheid bij een handeling, regeling of beleid is sprake als daarbij direct verwezen wordt naar een bepaalde leeftijd of leeftijdscategorie, kalenderjaar en dergelijke. Van *indirect* onderscheid naar leeftijd is sprake als een handelen, een regeling of beleid weliswaar geen verwijzing naar een bepaalde leeftijd bevat, maar wel mensen van een bepaalde leeftijd of leeftijdscategorie vooral treft. Ook als er geen opzet tot maken van leeftijds onderscheid is, kan het toch - onbewust of onbedoeld - daartoe leiden.

Verder is hierbij relevant op te merken dat het onderscheid niet uitsluitend vanwege leeftijd hoeft te zijn gemaakt. Ook als leeftijd *mede* een rol speelt, naast andere criteria, kan sprake zijn van leeftijds onderscheid.¹²

Ten aanzien van de bewijslast geldt op grond van artikel 12, eerste lid, WGBL dat diegene die een klacht in dient feiten moet aandragen die onderscheid naar leeftijd kunnen doen vermoeden. Als verzoeker hierin slaagt naar de mening van de Commissie, is het aan de andere partij om te bewijzen dat niet in strijd met de WGBL is gehandeld.

3.2.2 Terrein van de arbeid

¹¹ Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, Stb. 2004, 30.

¹² Zie oordelen onder meer CGB, 19 januari 2006, oordeel 2006-10, CGB 19 december 2005, oordeel 2005-240, CGB 7 juli 2005, oordeel 2005-122.

In artikel 3 WGBL is bepaald dat onderscheid bij de arbeid is verboden. Dit verbod geldt voor arbeidsverhoudingen zowel in de private sector, zoals supermarkten, als in de publieke sector.

Onder arbeid wordt verstaan alle soorten werk dat onder gezag van een werkgever of bevoegd gezag wordt verricht of zal worden verricht, zoals door oproepkrachten, parttime- en fulltime werkenden, stagiaires. De arbeidsverhoudingen en arbeidssituaties waar het bij de klachten van de CNV-J om gaat, vallen derhalve alle onder het begrip arbeid.

Het maken van onderscheid is ingevolge artikel 3 WGBL, in samenhang met artikel 1 WGBL, verboden bij:

- De werving en selectie van personeel (artikel 3, aanhef en onderdeel a);
- Het aangaan en beëindigen van een arbeidsverhouding (artikel 3, aanhef en onderdeel c);
- de arbeidsvoorwaarden, zoals beloning, vakantie, verlof en ook het inplannen van uren (artikel 3, aanhef en onderdeel e);
- het bevorderen en het laten volgen van scholing tijdens of voorafgaand aan de arbeidsverhouding (artikel 3, aanhef en onderdeel g).

Niet verlengen van een arbeidsverhouding

Het is vaste jurisprudentie van de Commissie dat het besluit om een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd niet te verlengen, in formele zin moet worden opgevat als een besluit om geen arbeidsovereenkomst aan te gaan. Toch is het niet zo dat de reden van het niet verlengen van de arbeidsverhouding van ondergeschikt belang is. De wetgever biedt weliswaar ruimte aan werkgevers om een eigen personeelsbeleid te voeren door werknemers slechts tot op zekere hoogte te beschermen tegen werkloosheid. De Flexwet is een voorbeeld van een wet die de vrijheid van handelen van werkgevers tot op zekere hoogte beperkt, in die zin dat na drie tijdelijke contracten de vierde arbeidsovereenkomst een overeenkomst voor onbepaalde tijd moet zijn. Het staat de werkgever vrij om dat niet te doen. Bij de parlementaire behandeling van de Flexwet heeft de regering gesteld dat situaties van beëindiging van rechtswege kunnen worden getoetst aan de algemene rechtsbeginselen van non-discriminatie en goed werkgeverschap. Voor de beoordeling daarvan is verwezen naar de Commissie en de rechter.¹³ De reden om niet te verlengen is derhalve voorwerp van onderzoek door de Commissie. De voorgelegde klachten over het niet verlengen van een arbeidsverhouding kunnen derhalve worden getoetst aan artikel 3, aanhef en onderdeel c, WGBL.

3.2.3 Objectieve rechtvaardiging

Zoals hiervoor vermeld is het maken van direct of indirect onderscheid naar leeftijd verboden, tenzij hiervoor een wettelijke uitzondering geldt of een objectieve rechtvaardiging voor het onderscheid aanwezig is (artikel 7, eerste lid, onderdelen a, b en c, WGBL).

Uitzondering (art. 7a WGBL)

De wettelijke uitzondering die in dit kader relevant is, is opgenomen in artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL. Deze uitzondering betreft 'onderscheid dat is gebaseerd op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van mensen binnen bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens wet.' Deze bepaling is mede voortgekomen uit de Europese richtlijn 2000/78/EG. In artikel 6 van deze richtlijn is aangegeven dat in een zeer beperkt aantal omstandigheden een verschil in behandeling op grond van leeftijd gerechtvaardigd kan

¹³ Kamerstukken II, 1996/97 25 263, nr. 6, p. 13 en 14.

zijn, onder meer als sprake is van het creëren van bijzondere voorwaarden voor de toegang tot de arbeid, bijzondere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, met inbegrip van voorwaarden voor ontslag en beloning van jongeren en oudere werknemers. De kaderrichtlijn biedt derhalve expliciet de mogelijkheid om bijzondere voorwaarden voor beloning van jongeren te hanteren teneinde de toegang tot de arbeidsmarkt te bevorderen.

Objectieve rechtvaardiging

Leeftijdsonderscheid is ook niet verboden als is voldaan aan alle criteria in artikel 7, eerste lid, onderdeel c, WGBL. Deze criteria, gebaseerd op jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap en die de Commissie in het kader van andere gelijke behandelingswetgeving al jaren hanteert, luiden als volgt: Het doel moet legitiem zijn en het middel passend en noodzakelijk.

3.2.4 Advertenties

Bij het opnemen van een leeftijdseisen (direct of indirect) in een advertentie of website moet de reden voor het stellen van deze eis uitdrukkelijk worden vermeld (artikel 9 WGBL). Achtergrond voor deze bepaling is dat de reden voor het stellen van een leeftijdseis op deze manier niet alleen kenbaar wordt voor derden, maar ook toetsbaar. Wanneer bijvoorbeeld gevraagd wordt om een medewerker tussen de 15 en 17 jaar, maar voor deze leeftijdsgrens wordt in de vacaturetekst geen reden gegeven, dan wordt in strijd met art. 9 WGBL gehandeld. Ook wanneer er wel een reden is vermeld, kan er in strijd met de WGBL worden gehandeld, indien het stellen van een leeftijdsgrens in een vacaturetekst niet objectief gerechtvaardigd is (strijd met art. 3, onderdeel a, WGBL). De door de CNV-J voorgelegde advertenties bevatten veelal directe verwijzingen naar leeftijd(categorieën) of verwijzingen naar het minimumjeugdloon en dergelijke. De Commissie heeft onlangs een advies uitgebracht over leeftijdsonderscheid in advertenties op basis waarvan het Meldpunt Discriminatie Amsterdam en het Expertisecentrum LEEFTijd inmiddels een checklist personeelsadvertenties ter zake voor werkgevers hebben ontwikkeld. In hoofdstuk 4 zal hierop worden teruggekomen.¹⁴

3.2.5 Verplichtingen werkgever en CAO-partijen

Uit de WGBL vloeien in eerste instantie verplichtingen voort voor de werkgever. Dit betekent dat bijvoorbeeld de bedrijfsleider van een bepaalde supermarkt, of deze nu zelfstandige, franchisenemer of locatiemanager is, verantwoordelijk is voor de naleving van de WGBL. Daarnaast heeft ook het 'moederbedrijf' de verplichting tot naleving van de WGBL. Bij het voeren van beleid of het uitbrengen van richtlijnen en dergelijke mag ook zij niet in strijd met de WGBL handelen.

De WGBL is open geformuleerd, dat wil zeggen dat in het geval een CAO is afgesloten, *alle* partijen die aan de totstandkoming daarvan hebben meegewerkt, ervoor verantwoordelijk zijn dat het resultaat ervan niet strijdig is met de WGBL. In concreto betekent dit dat alle ondertekenaars van de CAO voor het levensmiddelenbedrijf en de CAO grootwinkelbedrijven aan de WGBL zijn gehouden, te weten het Vakcentrum Levensmiddelen, de Nederlandse Vereniging van Coöperatieve Werkgevers, FNV Bondgenoten (detailhandel), CNV Dienstenbond en de Vereniging van Grootwinkelbedrijven in Levensmiddelen (VGL).

¹⁴ CGB-advies 2005/06, 'Leeftijdsonderscheid in advertenties', 1 december 2005; voor checklist: www.LEEFTijd.nl.

3.3 CAO's

Voor supermarkten gelden twee CAO's: de CAO voor de grootwinkelbedrijven en de CAO voor het levensmiddelenbedrijf.¹⁵ De eerste CAO geldt voor de grote levensmiddelenbedrijven die behoren tot de Vereniging van Grootwinkelbedrijven in levensmiddelen (VGL).¹⁶ De tweede CAO is afgesloten voor de overige levensmiddelenbedrijven.

Deze CAO's verschillen nauwelijks. Ook voor de ongeschoolde functies bevatten zij vrijwel dezelfde arbeidsvoorwaarden. In artikel 2, onderdeel h en artikel 26 van beide CAO's wordt specifiek ingegaan op hulpkrachtcontracten. Het eerstgenoemde artikel bevat een definitie van hulpkracht: de hulpkracht is iedere werknemer die in de regel niet meer dan twaalf uren per week werkzaam is. Het minimum aantal te werk te stellen uren wordt vervolgens bepaald in artikel 26: hulpkrachten zullen minimaal twee uur per week te werk worden gesteld. Voor hulpkrachtcontractanten gelden alle arbeidsvoorwaarden in de CAO, behoudens de regeling van toeslagen voor bijzondere uren (artikel 8). Deze contracten kunnen zowel voor bepaalde als voor onbepaalde tijd worden aangegaan.

Naast hulpkrachten, kennen de CAO's parttimers die 'in de regel' werken tussen twaalf en 32 uur per week werken en fulltimers die per week meer dan 32 uur werkzaam zijn. De loonschalen voor jeugdigen die in de CAO's zijn opgenomen liggen iets hoger dan het wettelijk minimumjeugdloon en bedragen per 1 januari 2006:

Leeftijd	% van het minimumloon	Per maand	Per 4 weken	Per week
22	85%	1253	1157	289,15
21	72,5%	1116	1031	257,54
20	61,5%	991	915	228,69
19	52,5%	852	787	196,62
18	45,5%	727	672	167,77
17	39,5%	587	542	135,46
16	34,5%	485	449	111,95
15	30%	423	391	97,62

3.4 Wet minimumloon en vakantietoeslag en Besluit minimumjeugdloonregelingen

De Wet minimumloon en minimumvakantietoeslag (WML) is sinds 1969 van kracht en beoogt te voorkomen dat het loon voor de laagst betaalde werknemers beneden een bepaald niveau daalt dat - gezien de algemene sociaal-economische situatie - een noodzakelijk minimum wordt geacht. Op basis van de WML is in 1974 voor jongeren van 15 tot en met 22 jaar eveneens een minimum rechtsbescherming ter zake van het loon geschapen, gerelateerd aan leeftijd. In de Nota van Toelichting bij het Besluit Minimumjeugdloonregeling wordt benadrukt dat een belangrijk aspect van het minimumjeugdloon is dat het mede de arbeidsmarktpositie van jongeren bevordert. Met de invoering van het minimumjeugdloon naast het gewone minimumloon wordt dan ook allereerst beoogd het voorkomen van jeugdwerkloosheid. Met het oog op duurzame

¹⁵ De CAO's 2003-2004 gelden tot 1 april 2007; (jeugd)loonschalen zijn wel aangepast.

¹⁶ A&P Holding B.V./Schuitema, Albert Heijn B.V., Aldi Best B.V., Aldi Culemborg B.V., Aldi Drachten B.V., Aldi Inkoop B.V., Aldi Ommen B.V., Aldi Roosendaal B.V., Aldi Zaandam B.V., Boni Supermarkten B.V., Deen Supermarkten B.V., Dekamarkt B.V., De Wit Komart Supermarkten B.V., Em-Té Supermarkten B.V., HEMA, Hoogvliet B.V., Jan Linders B.V., Jumbo Supermarkten B.V., Laurus N.V., Lidl Nederland GmbH, Nettorama B.V., Poiesz Supermarkten B.V., Samenwerkende Dirk van den Broek Bedrijven B.V., Sanders Supermarkt B.V., Stationsfoodstore B.V., Vomar Voordeelmarkt B.V.

deelname aan het arbeidsproces op latere leeftijd wordt het van belang geacht vroegtijdig werkervaring op te doen. Door loonkosten laag te houden krijgen jongeren meer mogelijkheden om in te stromen op de arbeidsmarkt. Daarnaast beoogt het Besluit met de (geringe) beloning schoolverlating - met name van jongeren onder de 19 jaar - te voorkomen. Daarom is de hoogte van het minimumjeugdloon zodanig laag dat jongeren werk met name beschouwen als een bijbaantje.

Hoogte en staffeling/salarisschalen

De hoogte van het minimumjeugdloon is afhankelijk van de leeftijd (jeugdschalen) en afgeleid van het minimumloon voor volwassenen. Het uitgangspunt dat hieraan ten grondslag ligt is dat jeugdigen minder ervaring hebben, zodat zij een lagere productiviteit hebben en in beginsel niet als vakvolwassen kunnen worden beschouwd. De productiviteit van een functie moet minstens gelijk zijn aan de beloning, anders bestaat er grote kans dat de werkgever van invulling van de vacature afziet, dan wel, indien dit niet mogelijk is, deze niet door een jongere laat vervullen.

Het minimum(jeugd)loon heeft dus het karakter van een minimumbescherming waarop altijd kan worden teruggevallen. Deze regeling verzet zich er overigens geenszins tegen dat hogere lonen worden betaald - hetgeen in tijden van economische voorspoed ook wel gebeurt.

De ongeschoolde functies waar het in dit advies omgaat worden voor een belangrijk deel vervuld door jongeren die het minimumjeugdloon genieten. Dit betekent dat met het stijgen van de jaren de medewerkers automatisch duurder worden. Hiervan mag niet in negatieve zin worden afgeweken. De loonschalen voor 15 - 23 jarigen, gevoegd bij de CAO's voor de supermarkten, liggen iets hoger dan de wettelijke minimum loonschalen voor jeugdigen.¹⁷

3.5 Wet Flexibiliteit en Zekerheid

Zoals vermeld is in de supermarktbranche behoefte aan flexibiliteit bij het inzetten van medewerkers die ongeschoolde functies vervullen vanwege de hiervoor gesignaleerde pieken en dalen in de werkdruk. Er bestaan derhalve grote verschillen in het aantal medewerkers dat op verschillende momenten van de dag en op de verschillende dagen in de week nodig is ('interne flexibiliteit'). Ook van werknemerszijde is er behoefte aan flexibiliteit, hoewel er daarnaast ook behoefte bestaat aan zekerheid (een vast inkomen en vast werk). Een groot deel van de werknemers, scholieren en studenten, alsook werkende vrouwen, willen per periode kunnen variëren in het aantal uren dat zij werken en ook in de tijdstippen waarop zij werken.

Verder is er bij veel werkgevers in de supermarktbranche ook behoefte aan flexibiliteit in het personeelsbestand ('externe flexibiliteit') waardoor via het gemakkelijk vergroten, dan wel verkleinen van het personeelsbestand snel kan worden ingespeeld op een fluctuerende marktsituatie. Volgens de branche is op dit moment van fluctuaties sprake met name vanwege de zogenoemde supermarktoorlog, een prijzenconcurrentie die zich sinds enkele jaren in deze branche voordoet.

De Wet Flexibilisering en Zekerheid (Flexwet)¹⁸ - sinds 1998 van kracht - biedt de mogelijkheid om vaker dan daarvoor achtereenvolgens arbeidscontracten voor een *bepaalde* tijd aan te gaan. Hiermee wordt tegemoet gekomen aan de behoefte van de markt aan meer flexibiliteit in het arbeidsbestel. Tijdelijke contracten zijn overigens niet alleen toegestaan wanneer de aard van het werk tijdelijk is en er dus een 'zakelijke' grond is voor een tijdelijk contract.¹⁹ Ook handhaving van een adequaat beschermingsniveau van

¹⁷ Onlangs heeft de ABVA/KABO geopperd het minimumjeugdloon af te schaffen en in de plaats een vrije loonsvorming met een loonondergrens, zoals bij het minimumloon voor volwassenen. Deze gedachte heeft nog verdere uitwerking zodat hiermee in dit kader geen rekening is gehouden.

¹⁸ Stb. 1998, nr. 300 (betreft wijzigingen van de artikelen 610 t/m 691 boek 7 Burgerlijk Wetboek).

¹⁹ Kamerstukken II, 1996/97, 25 263 nr. 6, p. 12.

werknemers wat betreft inkomen en werk, wordt uitdrukkelijk als tegenwicht, van groot belang geacht. De doelstelling van de Flexwet is derhalve tweeledig. Om een goede balans te creëren tussen flexibiliteit en rechtszekerheid is de Flexwet als volgt opgezet: arbeidscontracten voor een bepaalde tijd kunnen maximaal driemaal achtereenvolgend met hetzelfde persoon worden aangegaan of voor in totaal niet langer dan drie jaar. Als men na drie contracten nogmaals een tijdelijk contract wenst aan te gaan, dan is een arbeidscontract voor onbepaalde tijd verplicht (artikel 7: 668, onderdeel a, Burgerlijk Wetboek). Van de Flexwet kan bij CAO of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan worden afgeweken (artikel 7: 691, zevende lid BW). Bij CAO kunnen bijvoorbeeld afspraken worden gemaakt over bijvoorbeeld een langere maximale duur dan drie jaar of het toestaan van meer dan drie achtereenvolgende arbeidscontracten voor bepaalde tijd. In bijna eenderde van de CAO's blijkt op de een of andere wijze van het maximaal aantal arbeidsovereenkomsten of van de maximale duur van arbeidsovereenkomsten te worden afgeweken.²⁰ De CAO's voor de supermarktbranche kennen geen van de wet afwijkende regeling, zodat na drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zal moeten worden beoordeeld of de arbeidsovereenkomst al dan niet wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Hulpkrachten worden dikwijls voor extra uren ingezet in tijden van vakantie, speciale dagen of hoogconjunctuur. Deze praktijk leidt echter zelden tot nooit tot aanpassing van het aantal contracturen, noch tot een beroep op het rechtsvermoeden arbeidsomvang (artikel 7:610, onderdeel b, BW).

²⁰ Evaluatie van de Wet flexibiliteit en zekerheid, onderzoek Arbeidsinspectie, 2002.

4 Beoordeling onderscheid naar leeftijd

4.1 Inleiding

Nu de situatie bij de supermarkten is geschetst en de relevante van toepassing zijnde wet- en regelgeving is behandeld, wordt getoetst of, en zo ja wanneer verboden onderscheid naar leeftijd is of wordt gemaakt bij de door de CNV-J voorgelegde categorieën klachten. Wellicht ten overvloede zij vermeld dat het hier gaat om hulpkrachten.

Door de klachten per categorie te behandelen, kan in algemene zin duidelijkheid worden verschaft over wat wel en wat niet is geoorloofd op basis van de WGBL. In concrete zaken zal de Commissie tegen het licht van deze algemene zienswijze, moeten oordelen naar de omstandigheden van het geval. Het advies op basis van de hiervoor genoemde algemene zienswijze schept hiermee randvoorwaarden zodat supermarkten weten waaraan zij moeten denken en voldoen om bij het aangaan en het niet verlengen van een arbeidsovereenkomst, het werven en selecteren van personeel en het opstellen van advertenties, niet in strijd te komen met de WGBL.

Per categorie klachten komt steeds eerst aan de orde de vraag of, en zo ja wanneer in bovengenoemde zaken direct of indirect leeftijdsonderscheid is of wordt gemaakt. Indien dit het geval is, wordt vervolgens beoordeeld of voor het maken van dit onderscheid een objectieve rechtvaardiging is. Naast de uitzondering in artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL, gaat de Commissie na of sprake is van een objectieve rechtvaardiging, zoals beschreven in artikel 7, eerste lid, onderdeel c, WGBL. Deze laatste toets verloopt als volgt:

1. het doel van de onderscheidmakende regeling moet legitiem zijn, dat wil zeggen dat de regeling niet in zichzelf onderscheid makend mag zijn en moet voldoen aan een werkelijke behoefte van de organisatie;
2. de regeling moet passend zijn, dat wil zeggen dat het mogelijk moet zijn om met de onderscheidmakende regeling het doel te bereiken;
3. de regeling moet noodzakelijk zijn, dat wil zeggen dat het doel niet te bereiken is op een andere manier die niet leidt tot leeftijdsonderscheid of minder bezwaarlijk is. Bovendien moet het belang van het doel van de onderscheidmakende regeling in een redelijke verhouding staan tot het belang van diegene die door het onderscheid dat door de regeling wordt gemaakt, wordt getroffen.

Alleen als aan *al* deze voorwaarden is voldaan is de onderscheidmakende regeling of het beleid gerechtvaardigd. Het is dus zaak dat de verzoeker(s) of de werkgever goed uiteenzet wat zijn doel is en waarom hij dat op deze manier denkt te bereiken. De beoordeling van de CGB is afhankelijk van de feiten en omstandigheden die door partijen naar voren worden gebracht. Hierbij is het van belang te weten dat te algemene en generaliserende argumenten in het algemeen een onvoldoende rechtvaardiging opleveren (zie bijvoorbeeld de uitspraak van het Hof van Justitie van de EG, HvJ EG, 13 juli 1989, 171/88 (Rinner-Kühn)).²¹

4.2 Aangaan van een arbeidsverhouding

Vooraf

De CNV-J heeft allereerst een categorie klachten van vooral oudere jongeren overgelegd die alle gaan over het niet in aanmerking komen voor een (ongeschoolde) baan in de supermarkt vanwege hun leeftijd. Op grond van artikel 3, aanhef en onderdeel c, WGBL, in samenhang met artikel 1 WGBL, is het verboden om (mede) vanwege de leeftijd van de sollicitant geen arbeidscontract met hem of haar aan te gaan.

²¹ Kamerstukken II 2001/02, 28170, nr.3 p. 25.

4.2.1 Direct of indirect onderscheid

Door de werkgevers - en brancheorganisatie wordt niet ontkend dat zij streven naar het aannemen van een zo goedkoop en daardoor zo jong mogelijke kracht voor ongeschoold werk. Werkgevers wijzen er wel uitdrukkelijk op dat geen sprake is van een (landelijk) voorgeschreven beleid, hetgeen door werknemers weer wordt ontkend. Wat hiervan ook zij, geconstateerd wordt dat - ook al ontbreken exacte cijfers van hulpkrachten en de in en uitstroom van deze krachten - bij het aangaan van een hulpkrachtcontract loonkosten en daarmee direct samenhangend leeftijd, een rol spelen of in ieder geval mede een rol spelen. Derhalve wordt geconcludeerd dat er bij het aangaan van een hulpkrachtcontract indirect onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt hetgeen in strijd is met artikel 3, eerste lid, onderdeel c, WGBL.

4.2.2 Objectieve rechtvaardiging kostenbeheersing

Ter rechtvaardiging van het onderscheid wordt door werkgevers aangedragen dat zij hun loonkosten willen beheersen en daarbij gebruik maken van het Besluit minimumjeugdloonregelingen. Een bijkomend argument is dat de aard van de functies die hulpkrachten vervullen volgens hen uitermate geschikt zijn voor een jonge, onervaren werknemers. Iedereen kan in feite deze functies vervullen. Bovendien bieden deze functies de ruimte om de school of opleiding te (blijven) volgen.

De vraag of financiële argumenten als legitiem doel in de zin van de objectieve rechtvaardigingstoets kunnen gelden, is al meerdere malen beantwoord door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG), de Hoge Raad (HR), alsook door de Commissie. Volgens vaste jurisprudentie van deze rechterlijke collegies zijn financieel-economische overwegingen op zichzelf niet voldoende om onderscheid objectief te rechtvaardigen.²² Dat is slechts anders indien de vereiste gelijke behandeling op grond van leeftijd in een concreet geval zou leiden tot een disproportionele stijging van de kosten voor de werkgever.²³ De ratio achter deze jurisprudentie is dat zeer veel vormen van onderscheid hun oorzaak hebben in bedrijfseconomische belangen. Voorbeelden zijn extra kosten die het in dienst hebben van een zwangere of gehandicapte werknemer met zich kan brengen. Indien financiële argumenten een dergelijk onderscheid zouden kunnen rechtvaardigen dan zou de gelijkebehandelingwetgeving veel van haar betekenis verliezen.²⁴

De Commissie constateert dat de wetgever expliciet de koppeling tussen kosten en leeftijd van een werknemer in het Besluit minimumjeugdloonregelingen heeft gemaakt ter bevordering van de arbeidsparticipatie van jongeren. Deze koppeling staat op gespannen voet met het verbod van onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeid zoals bedoeld in de WGBL. Het belang dat de wetgever hecht aan de bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën heeft er echter toe geleid dat in de WGBL met het oog hierop een uitzondering op het verbod van onderscheid naar leeftijd is vastgelegd (artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL). In de Memorie van Toelichting van de WGBL en bij

²² Zie onder meer: HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92 (*Roks e.a.*), *Jur.* 1994, p. I-587-604, HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 689 en CGB 29 oktober 2002, oordeel 2002-165 en CGB 19 mei 2005, oordeel 2005-83.

²³ Zie CGB 3 oktober 2005 oordeel 2005-180 waarin de Commissie heeft geoordeeld dat het gemaakte leeftijdsonderscheid objectief was gerechtvaardigd vanwege budgettaire redenen die vast waren gesteld en gelegd in een Sociaal Plan.

²⁴ Zie ook HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92 (*Roks e.a.*), *Jur.* 1994, p. I-587-604, r.o. 35 en 36: "Ofschoon budgettaire overwegingen aan de grondslag kunnen liggen van de sociale beleidskeuzen van een Lidstaat en de aard of de omvang van de sociale beschermingsmaatregelen die de Lidstaat wenst vast te stellen, kunnen beïnvloeden, vormen zij op zichzelf evenwel niet een doelstelling van dat beleid en kunnen zij dus ook niet een discriminatie ten nadele van een der geslachten rechtvaardigen. Zou overigens worden aanvaard dat budgettaire overwegingen een rechtvaardiging kunnen vormen voor een verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen, dat anders een door artikel 4 lid 1 van richtlijn 79/7 verboden indirecte discriminatie op grond van geslacht zou opleveren, dan zou zulks bovendien impliceren, dat de toepassing en strekking van zo een fundamenteel gemeenschapsrechtelijk beginsel als dat van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen zowel in de tijd als in de ruimte kunnen variëren, al naar gelang de toestand van de openbare financiën van de lidstaten."

de parlementaire behandeling van de wet heeft de wetgever uitvoerig stilgestaan bij deze uitzondering in artikel 7 van de WGBL en bij de objectieve rechtvaardiging van het onderscheid in minimumjeugdloonregelingen.²⁵ Nu de objectieve rechtvaardiging door de wetgever is getoetst, zou HvJ EG nog kunnen nagaan of de toets op de juiste wijze is gedaan.²⁶ De Commissie is hiertoe niet bevoegd.

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL uitdrukkelijk de mogelijkheid biedt om onderscheid op grond van leeftijd te maken ter bevordering van de arbeidsparticipatie van een bepaalde leeftijdscategorie, zoals jongeren. Uit de Memorie van Toelichting bij de WGBL blijkt dat de wetgever van oordeel is dat het gebruik maken van de WML en het Besluit minimumjeugdloonregelingen niet in strijd is met het verbod van onderscheid op grond van leeftijd. De werkgever die, zoals gesteld, 'bij dit in de wet gemaakte leeftijds onderscheid aanknoopt, maakt zich mitsdien niet schuldig aan verboden onderscheid op grond van leeftijd.'

De Commissie is van mening dat niet alleen het onderscheid in beloning daardoor is uitgezonderd van het verbod van onderscheid naar leeftijd, maar ook het onderscheid bij het aangaan van een arbeidsverhouding met jongeren, mits dit niet in strijd is met de doelstellingen van de minimumjeugdloonregelingen. Immers, het gemaakte onderscheid in de beloning zou nooit de verbetering van de arbeidsparticipatie van jongeren tot gevolg kunnen hebben wanneer een werkgever bij de aanneming van personeel geen rekening mag houden met de hoogte van de loonkosten. In deze lijn heeft de regering ook tijdens de parlementaire behandeling van de WGBL geantwoord op vragen: "Vermindering van kosten voor de werkgever zal niet zonder meer een legitiem doel zijn, maar kan dat in specifieke situaties (bijvoorbeeld bij een dreigend faillissement) het zijn. De regering is van mening dat verschil in loonkosten op zich geen objectieve rechtvaardiging vormt om de voorkeur aan een goedkope jongere te geven in plaats van een duurdere oudere. Een uitzondering hierop vormt onderscheid op grond van artikel 7, eerste lid, sub a, (Wml)".²⁷ (bedoeld is WGBL).

Het aangaan van hulpkrachtcontracten door supermarkten met personen in de leeftijdsgroep van 15-23 jaar ten nadele van ouderen valt daarmee onder deze uitzondering van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL. Deze leeftijdsgroep behoort immers tot de categorie werknemers wier arbeidsparticipatie het voornoemd besluit tracht te bevorderen door middel van lage beloning ter compensatie van het gebrek aan werkervaring en productiviteit (zie paragraaf 3.4). Daarvoor is het niet nodig dat de werkgever een bedrijfsspecifiek werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid voert ter bevordering van de arbeidsparticipatie van jongeren.

Voorts is het de vraag of ook onderscheid binnen deze groep door de voorkeur te geven aan bijvoorbeeld een 16 jarige in plaats van een 18 jarige objectief gerechtvaardigd is op grond van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL. Nu in voornoemd besluit de hoogte van het minimumjeugdloon direct is gekoppeld aan leeftijd en daarvan niet in negatieve zin mag worden afgeweken, moet worden geconcludeerd dat het leeftijds onderscheid door te kiezen voor de goedkoopste, en dus de jongste kracht, ook is gebaseerd op deze regelingen. Nogmaals wordt benadrukt dat het in de supermarktbranche gaat om functies waarvoor geen opleiding of scholing, noch ervaring nodig is. In feite is iedereen voor deze functies geschikt, zij het dat er andere redenen kunnen zijn om de een wel en de ander niet te kiezen.

Mocht deze wettelijke uitzondering niet van toepassing zijn dan zou er voor deze handelwijze een objectieve rechtvaardiging kunnen zijn in de zin van artikel 7, eerste lid, onderdeel c, WGBL. Deze conclusie en de daaraan ten grondslag liggende overwegingen, kan niet automatisch worden doorgetrokken naar andere branches of sectoren. Een

²⁵ *Kamerstukken II 2001/02, 28170, nr. 3, p. 24-35.*

²⁶ In de recente uitspraak van het HvJEG, 22 november 2005, *Mangold vs Helm, C-144/04*, blijkt dat het hof het noodzakelijk achtte om de wettelijke regeling waarop het onderscheid op grond van leeftijd was is gebaseerd, te toetsen aan de gebruikelijke objectieve rechtvaardigingscriteria.

²⁷ *Kamerstukken II 2001/02, 28170, nr. 5 p. 38.*

geslaagd beroep op de uitzondering in artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL is afhankelijk van de vraag of de aard van de functie waarvoor iemand met een lage leeftijd wordt aangenomen, aansluit bij alle doelstellingen van het Besluit minimumjeugdloonregelingen (zie paragraaf 3.4).

Bij de beoordeling of de aard van de functie daaraan voldoet, zijn de volgende vragen van belang:

- Is er sprake van een starterfunctie? Met andere woorden, zijn de functie-eisen zodanig dat voor de geschiktheid voor de functie leeftijd noch direct, noch indirect van belang is?
- Zijn de werktijden zodanig dat deze goed zijn te combineren met een (school)opleiding?

In het geval van ongeschoolde functies is de Commissie van oordeel dat de aard van die functies zodanig is, dat deze onder de uitzondering van artikel 7a WGBL valt. Of, en zo ja welke andere functies aan deze eisen voldoen, valt in dit kader niets te zeggen. De beoordeling daarvan zal moeten plaatsvinden op basis van feiten en omstandigheden in concrete zaken.

4.3 Werving en de selectie van sollicitanten

Vooraf

Bij haar adviesaanvraag heeft de CNV-J als laatste categorie klachten diverse vacatures overgelegd waarin een (supermarkt)medewerker werd gevraagd en waarin tevens is opgenomen een leeftijdsgrens, of een aanduiding als in aanmerking komend voor minimumloon, scholier en dergelijke. De CGB heeft onlangs een advies uitgebracht aan het Meldpunt Discriminatie Amsterdam en het Expertisecentrum LEEFtijd, welke organisaties op basis van dit advies een checklist personeelsadvertenties voor werkgevers hebben ontworpen.²⁸ Waar nodig wordt naar dit advies verwezen.

4.3.1 Direct of indirect onderscheid

In de voorgelegde en meegestuurde advertenties worden supermarktmedewerkers in de leeftijdscategorieën (16-20 jaar, onder de 18 jaar en dergelijke) gevraagd. Nu er in deze advertenties rechtstreeks wordt verwezen naar de leeftijd van een medewerker, wordt er direct onderscheid op grond van leeftijd gemaakt. Ook de vraag naar scholieren of studenten of naar een minimumloner verwijst rechtstreeks naar leeftijd(categorieën) zodat ook hier van direct onderscheid naar leeftijd sprake zal zijn.²⁹

4.3.2 Objectieve rechtvaardiging

De Commissie gaat - in aansluiting op de argumenten bij het aangaan van een arbeidsverhouding - ervan uit dat de reden van de expliciete vraag naar jonge medewerkers is gelegen in de omstandigheid dat de loonkosten voor deze medewerkers relatief laag zijn. Leeftijdsgrenzen uit financiële overwegingen kunnen slechts zelden leiden tot een objectieve rechtvaardiging. Zoals ook in het CGB advies 'Leeftijdsonderscheid in advertenties' is uiteengezet³⁰, kan vermindering van kosten voor de werkgever niet zonder meer een legitiem doel zijn. Zoals vermeld is ook de regering deze mening toegedaan, dat geen voorkeur mag worden gegeven aan een jongere in plaats van aan een oudere, maar dat artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL hierop een uitzondering vormt.³¹ Aangezien hiervoor reeds is geconstateerd dat deze uitzondering van toepassing is bij het aannemen van hulpkrachten, is daarmee ook hier de objectieve rechtvaardiging voor leeftijdsonderscheid bij de werving en selectie gegeven.

²⁸ CGB advies 2005/06, 'Leeftijdsonderscheid in advertenties', december 2005 en de checklist personeelsadvertenties.

²⁹ Zie CGB advies 2005/6, p. 6.

³⁰ CGB Advies 2005/06, p. 23 en 24.

³¹ Zie noot 26.

Ten aanzien van het werven en selecteren van hulpkrachten, merkt de Commissie nog op dat in het oordeel CGB19 mei 2005, 2005-83 is geoordeeld dat een sollicitatie open moet staan voor een ieder, ongeacht leeftijd, maar dat loonkosten wel een rol mogen spelen bij gelijke geschiktheid van sollicitanten. De Commissie is en blijft van oordeel dat de loonkosten - derhalve de leeftijd - een rol mogen spelen. Maar nu voor de functies waarin hulpkrachten veelal werkzaam geen of nauwelijks opleiding en competenties vereist zijn, acht de Commissie het acceptabel, ter voorkoming van valse verwachtingen, expliciet te verwijzen binnen welke leeftijdscategorieën wordt geworven voor deze functies.

4.4 Advertenties

Als in advertenties, evenals bij andere wervingsactiviteiten direct wordt verwezen naar leeftijdscategorieën, is sprake van direct onderscheid. Om niet in strijd met de WGBL te handelen is de werkgever op grond van artikel 9 WGBL verplicht in de advertentie, op de website etc. zijn motivering voor het leeftijds onderscheid kenbaar te maken. Deze motivering zal de objectieve rechtvaardigingstoets moeten kunnen doorstaan (zie paragraaf 3.2.3).

Nu hiervoor in paragraaf 4.2 is geconcludeerd dat in dit geval voor het leeftijds onderscheid dat wordt gemaakt een geslaagd beroep op de uitzondering in artikel 7a WGBL kan worden gedaan, mag een werkgever bij de werving voor deze specifieke functies onderscheid maken op grond van leeftijd. In de lijn van de in paragraaf 4.2.3 gegeven overwegingen dient uit de motivering te blijken dat niet de lage leeftijd, maar de lage loonkosten bepalend zijn. Zo zal in een advertentie kunnen worden gevraagd naar een iemand voor wie het minimumjeugdloon volgens de CAO's van de branche van toepassing is en/of waarbij de hoogte van het jeugdloon of het minimum of maximum salaris (zie paragraaf 3.4) is opgenomen.

Verder zal een werkgever in deze situatie voldoen aan haar wettelijke motiveringsplicht door in de vacature te vermelden dat vanwege de aard van de functie er geen ervaring dan wel competenties van een sollicitant worden vereist en er daarom, in overeenstemming met de doelstellingen in het Besluit minimumjeugdloonregelingen, de voorkeur uitgaat naar een minimumjeugdlooner.

4.5 Niet verlengen van de arbeidsverhouding

Vooraf

In paragraaf 3.2.2 is reeds uiteengezet dat het niet verlengen van een arbeidsverhouding - nadat deze van rechtswege is geëindigd - voorwerp van onderzoek door de Commissie is en artikel 3, aanhef en onderdeel c, WGBL van toepassing is bij de beoordeling van de voorgelegde klachten over het niet verlengen van een arbeidsverhouding.

4.5.1 Direct of indirect onderscheid

Uit de door het CNV-J geïnventariseerde voorbeelden, de meegestuurde voorbeelden uit het 'Zwartboek' van de SP-jongeren en ook andere bij de Commissie ingediende klachten, alsmede de inhoud van de door de Commissie ontvangen telefonische vragen tijdens het juridisch spreekuur van de Commissie en e-mails, is het de Commissie gebleken dat in veel van de voorgelegde gevallen na afloop van het derde tijdelijke hulpkrachtcontract de arbeidsverhouding van rechtswege eindigt en geen nieuw contract meer wordt aangegaan. De werknemersorganisaties hebben aangegeven sterke aanwijzingen dat deze handelwijze van de supermarkten, met name de grotere, structureel is.

De brancheorganisaties alsmede de werkgeverskoepels stellen dat leeftijd geen enkele rol speelt bij de beslissing om de hulpkrachtovereenkomst al dan niet te verlengen. Zij stellen dat enkel bedrijfsmatige redenen ten grondslag liggen aan voornoemde beslissing en dat de aard van de functie alsmede de behoefte aan flexibiliteit de aanleiding is om de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet om te zetten in arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ondernemingen uit deze branche maken daarbij gebruik van de wettelijke mogelijkheden die de Flexwet hen biedt, namelijk het van rechtswege laten eindigen van een arbeidsverhouding welke geen opgaaf van redenen behoeft (zie paragraaf 3.6).

De Commissie kan zich met dit argument in zoverre verenigen dat er in de meeste gevallen geen sprake is van *direct* onderscheid in de zin van de WGBL.³² De vraag is of zich *indirect* onderscheid voordoet. De Commissie heeft sterke aanwijzingen dat het beleid zoals hiervoor geschetst, zich voordoet. Uit cijfers blijkt ook een sterke afname van werknemers vanaf het 18^e jaar.³³ Nu deze cijfers te beperkt zijn dienen meer specifieke cijfers te worden geleverd door de branche, die als enige deze cijfers kan leveren. In concrete situaties zal dan aan de hand van gegevens van de supermarkt dit moeten worden bekeken en worden beoordeeld of het verlengingsbeleid van een onderneming ten aanzien van hulpkrachten die een tijdelijk arbeidscontract hebben, anders is dan die ten aanzien van parttimers en fulltimers met een tijdelijk contract. Is dit het geval dan is bepalend dat de gemiddelde leeftijd van de hulpkrachtenpopulatie in het algemeen lager zal zijn dan die van de andere categorieën, zoals blijkt uit de landelijke cijfers (zie hoofdstuk 2). Op basis hiervan mag er van worden uitgegaan dat het verlengingsbeleid de jongste groep medewerkers treft, waardoor dit beleid indirect onderscheid maakt naar leeftijd.

4.5.2 Objectieve rechtvaardiging

Als sprake is van indirect onderscheid naar leeftijd, volgt de beoordeling van de redenen voor dit onderscheid. Aangezien de brancheorganisaties en de werkgeverskoepels ontkennen dat er bij de beslissing om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een hulpkracht van rechtswege te laten eindigen, de leeftijd van de vakkenvuller e.d. een rol speelt, zijn door hen geen redenen ter objectieve rechtvaardiging naar voren gebracht. Die zijn immers voor hen niet aan de orde. Uit de gesprekken met de branche en de werkgeverskoepels (VNO-NCW en MKB), alsmede uit de aan de Commissie voorgelegde zaken, zijn echter twee doelstellingen bij voortdurende naar voren gekomen. De Commissie acht het juist om aan de hand daarvan na te gaan of er sprake is van een objectieve rechtvaardiging:

1. kostenbeheersing en
2. flexibiliteit.

DOELSTELLING 1: KOSTENBEHEERSING

Vooraf

Het door de Commissie vaak gehoorde argument is dat werkgevers de gemiddelde leeftijd in hun groep vakkenvullers e.d. zo laag mogelijk willen houden in verband met de lage loonkosten die aan de leeftijd van een werknemer gerelateerd zijn. Gebruik makend van de mogelijkheden die de Flexwet biedt, worden de tijdelijke arbeidsverhoudingen van wat oudere hulpkrachten niet verlengd en voor hen in de plaats worden jongere - en dus goedkopere - hulpkrachten aangenomen. Het aangaan van een arbeidsverhouding is in de

³² De Commissie heeft in oordeel 2005-179 wel tot direct onderscheid op grond van leeftijd geoordeeld bij de beslissing geen arbeidsovereenkomst aan te bieden. In deze zaak had verweerder in het getuigschrift vermeld dat de reden van niet verlenging was gelegen in de leeftijd van verzoeker.

³³ Zie hoofdstuk 2.

voorgaande paragraaf behandeld. In deze paragraaf wordt beoordeeld of het kostenargument het leeftijdsonderscheid bij het besluit om een hulpkrachtcontract voor bepaalde tijd niet te verlengen, objectief kan rechtvaardigen.

a. Doelstelling legitiem?

Zoals hiervoor vermeld is het vaste jurisprudentie van het HvJ EG, de HR, alsook van de Commissie dat financieel-economische overwegingen op zich niet voldoende zijn om onderscheid objectief te rechtvaardigen.³⁴ Dat is slechts anders indien de vereiste gelijke behandeling op grond van leeftijd in een concreet geval zou leiden tot een disproportionele stijging van de kosten voor de werkgever.³⁵ De ratio achter deze jurisprudentie is dat zeer veel vormen van onderscheid hun oorzaak hebben in bedrijfseconomische belangen. Voorbeelden zijn de extra kosten die het in dienst hebben van een zwangere of gehandicapte werknemer met zich kan brengen. Indien dergelijk onderscheid zou kunnen worden gerechtvaardigd met financiële argumenten, dan zou de gelijkebehandelingwetgeving veel van haar betekenis verliezen.³⁶ Zolang een ondernemer derhalve niet kan aantonen dat haar situatie dusdanig is dat het in dienst houden van oudere hulpkrachten een disproportionele stijging van de kosten met zich zou brengen, zal met het laag houden van de loonkosten in het algemeen geen werkelijk bedrijfsbelang, anders dan een winst oogmerk, worden gediend. Nu het doel niet legitiem kan worden geacht, zal de Commissie van oordeel zijn dat het kostenargument niet tot een rechtvaardiging van het gemaakte onderscheid kan leiden en zal zij niet overgaan tot een verdere beoordeling van het ingezette middel.

Beroep op het Besluit minimumjeugdloonregelingen ter objectieve rechtvaardiging van het gemaakte onderscheid.

De Commissie heeft op 3 oktober 2005 (oordeel 2005-179) geoordeeld over de vraag of een ondernemer uit de supermarktbranche zich ter objectieve rechtvaardiging kon beroepen op het Besluit minimumjeugdloonregelingen nu de samenhang tussen de loonkosten en de leeftijd van werknemers tot 23 jaar het gevolg is van een wettelijke regeling. Zoals vermeld in paragraaf 4.2.3 worden op grond van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL het Besluit minimumjeugdloonregelingen in de wetsgeschiedenis expliciet als voorbeeld genoemd waarin het gemaakte verschil in loon op grond van leeftijd, objectief gerechtvaardigd wordt geacht.³⁷ Het doel van voornoemd besluit is immers de bevordering van de arbeidsparticipatie van een specifieke leeftijdsgroep, te weten jongeren van 15 tot 23 jaar, en met name de groep vanaf 19 jaar.³⁸ Nu blijkt dat juist in deze leeftijdscategorie de hulpkrachtcontracten, nadat zij van rechtswege zijn geëindigd, niet worden verlengd, constateert de Commissie dat met het niet verlengen van de arbeidsverhouding het tegenovergestelde wordt bereikt van wat met voornoemd besluit omtrent minimumjeugdlonen is beoogd. Daarmee sluit de handelwijze zoals gebruikelijk is in de supermarktbranche in het geheel niet aan bij de doelstelling van dit besluit. Het beroep hierop als doel ter rechtvaardiging voor het leeftijdsonderscheid, treft dan ook in

³⁴ zie onder meer: HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92 (*Roks e.a.*), *Jur.* 1994, p. I-587-604, HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 689 en

CGB 29 oktober 2002, oordeel 2002-165 en CGB 19 mei 2005, oordeel 2005-83.

³⁵ Zie CGB 3 oktober 2005 oordeel 2005-180 waarin de Commissie heeft geoordeeld dat het gemaakte leeftijdsonderscheid objectief was gerechtvaardigd vanwege budgettaire redenen die vast waren gesteld en gelegd in een Sociaal Plan.

³⁶ Zie ook HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92 (*Roks e.a.*), *Jur.* 1994, p. I-587-604, r.o. 35 en 36: "Ofschoon budgettaire overwegingen aan de grondslag kunnen liggen van de sociale beleidskeuzen van een Lidstaat en de aard of de omvang van de sociale beschermingsmaatregelen die de Lidstaat wenst vast te stellen, kunnen beïnvloeden, vormen zij op zichzelf evenwel niet een doelstelling van dat beleid en kunnen zij dus ook niet een discriminatie ten nadele van een der geslachten rechtvaardigen. Zou overigens worden aanvaard dat budgettaire overwegingen een rechtvaardiging kunnen vormen voor een verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen, dat anders een door artikel 4 lid 1 van richtlijn 79/7 verboden indirecte discriminatie op grond van geslacht zou opleveren, dan zou zulks bovendien impliceren, dat de toepassing en strekking van zo een fundamenteel gemeenschapsrechtelijk beginsel als dat van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen zowel in de tijd als in de ruimte kunnen variëren, al naar gelang de toestand van de openbare financiën van de lidstaten."

³⁷ *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 34.

³⁸ *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 36/37.

dit geval geen doel. Het feit dat de overheid met deze regeling zelf een situatie heeft gecreëerd waardoor leeftijd belangrijk wordt voor werkgevers, terwijl zonder die regeling de leeftijd van de werknemer irrelevant zou zijn, lijkt te wijzen op ongelijke gevallen, die naar de mate van ongelijkheid ongelijk moet worden behandeld. Welke weg ook wordt gekozen, de conclusie blijft dat het doel niet als legitiem kan worden beschouwd.

DOELSTELLING 2: FLEXIBILITEIT

Vooraf

In de branche zijn twee soorten flexibiliteit te onderscheiden, de zogenaamde interne en externe flexibiliteit (zie paragraaf 3.6). In dit verband gaat het om het laatstgenoemde type: flexibiliteit in het aantal medewerkers in een onderneming. Door de branche wordt gesteld dat hieraan behoefte is met name vanwege de fluctuerende conjunctuur.

a. Doelstelling legitiem?

Ter beoordeling van de objectieve rechtvaardiging, zal de Commissie moeten vaststellen of het doel legitiem is en niet discriminerend en of het hebben van een flexibel personeelsbestand van vakkenvullers voldoet aan een werkelijke behoefte van de onderneming. Ten aanzien van de legitimiteit van het doel wordt geconstateerd dat de doelstelling niet in zichzelf discriminerend is. De vraag of het hebben van een flexibel personeelsbestand aan vakkenvullers voldoet aan de werkelijke behoefte van een onderneming, is niet in zijn algemeenheid te beoordelen. Het komt de Commissie voor dat supermarkten niet zonder vakkenvullers kunnen, dus dat er altijd een minimale bezetting moet zijn. De behoefte zal dan ook per onderneming verschillen (zie ook paragraaf 2.4) en zal daarom op ondernemingsniveau, moeten worden aangetoond.³⁹ Factoren die bij de beoordeling door de Commissie van belang worden geacht zijn cijfers over de bedrijfseconomische situatie van de onderneming en of het aantal vakkenvullers e.d., dan wel de wijze waarop vakkenvullers worden ingezet in een onderneming fluctueert als gevolg van deze economische situatie. Indien een onderneming het voorgaande niet kan aantonen, zal de Commissie zeer waarschijnlijk concluderen dat het doel niet legitiem is en derhalve het onderscheid niet objectief gerechtvaardigd. Indien een onderneming de daadwerkelijke behoefte aan een flexibel personeelsbestand wat betreft de vakkenvullers e.d. heeft aangetoond, dan kan sprake zijn van een legitiem doel en zal de Commissie overgaan tot het beoordelen van het middel dat ter bereiking van de beoogde flexibiliteit wordt ingezet.

b. Middel passend en noodzakelijk?

Het middel om de doelstelling flexibiliteit te bereiken is het niet verlengen van de hulpkrachtovereenkomst voor bepaalde tijd op basis van de wettelijke mogelijkheden die de Flexwet biedt.

Passendheid van het middel

Om een flexibel personeelsbestand te krijgen is het middel geschikt. Op grond van artikel 7: 668a van het Burgerlijk Wetboek (BW) kan een werkgever bij het afsluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd immers flexibel omgaan met de duur ervan. Daarnaast eindigt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na het verlopen van de tijd waarvoor deze is afgesloten. Voor de beëindiging zijn derhalve geen extra (rechts)handelingen noodzakelijk. Geconcludeerd wordt dat het middel de beoogde flexibiliteit kan bereiken en daarmee als passend kan worden beschouwd.

³⁹ In oordeel 2005-179 heeft de Commissie geoordeeld dat verweerder de zwaarwegendheid van het doel niet had onderbouwd en derhalve niet had aangetoond. De Commissie heeft op basis daarvan het door verweerder aangevoerde doel niet legitiem geacht.

Noodzakelijkheid van het middel

Ter beoordeling of het gemaakte onderscheid in zijn algemeenheid kan worden beschouwd als een noodzakelijk middel om het gestelde doel van de flexibiliteit te verwezenlijken, wordt eerst nagegaan of er minder onderscheid makende alternatieven voor handen zijn (subsidiariteit), waarna de Commissie de afweging tussen de belangen die met het onderscheid worden gediend en de belangen die door dit onderscheid worden aangetast, zal maken (proportionaliteit).

Subsidiariteit

Het flexibel kunnen inspelen op fluctuaties in de marktpositie van een onderneming zou eveneens kunnen geschieden door de flexibiliteit te benutten die de aard van hulpkrachtovereenkomst biedt, ook van een hulpkrachtcontract voor onbepaalde tijd.⁴⁰ Met een vast hulpkrachtcontract kan ook flexibiliteit worden bereikt aangezien deze de mogelijkheid biedt om het aantal uren per week te variëren.⁴¹ In de praktijk van de branche gebeurt dat ook, maar veelal omgekeerd. Hulpkrachten worden voor extra uren ingezet tijdens vakantie, speciale dagen of hoogconjunctuur. Deze praktijk leidt overigens zelden of nooit tot aanpassing van het aantal contract-uren dan wel een beroep op het rechtsvermoeden arbeidsomvang.⁴² Dit alternatief is geschikt om zowel de interne als de externe flexibiliteit te bereiken. De afbreuk van de rechtszekerheid die deze optie tot gevolg heeft, wordt door de Commissie proportioneel geacht daar het hier de keuze betreft tussen minder uren werken dan wel het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst. Indien een werkgever van oordeel is dat deze optie niet of onvoldoende voldoet aan haar behoefte aan flexibiliteit, zal een ondernemer dit gemotiveerd bij de Commissie moeten aantonen. Daarnaast zou door middel van het samenvoegen van taken (opheffen van functiedifferentiatie) ook meer flexibiliteit kunnen worden bereikt.⁴³

De verschillen dan wel de voordelen die het van rechtswege eindigen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd biedt ten opzichte van contracten voor onbepaalde tijd, zouden in de toekomst vanwege verschillende in ontwikkeling zijnde ideeën omtrent versoepeling van het ontslagrecht en dergelijke, wellicht anders kunnen worden. Op dit moment ziet de Commissie minder onderscheidmakende alternatieven ter bereiking van de gestelde doelstelling van flexibiliteit met hulpkrachtcontracten aanwezig. Derhalve ziet de Commissie nog niet dat aan de noodzakelijkheidstoets kan worden voldaan.

Proportionaliteit

De Commissie oordeelt ten aanzien van de verhouding tussen de belangen die met het onderscheid worden gediend en de belangen die door dit onderscheid worden aangetast het volgende. De Flexwet beoogt een evenwichtige verhouding te bewerkstelligen tussen de behoefte van werkgevers aan flexibiliteit en de behoefte van werknemers aan inkomens en werkzekerheid.⁴⁴ Dit evenwicht is bereikt door enerzijds de mogelijkheid van aaneenrijgen van overeenkomsten van bepaalde tijd en anderzijds deze mogelijkheid te beperken tot drie opeenvolgende overeenkomsten.

Daarmee is niet beoogd te bewerkstelligen dat deze door de wet geboden flexibiliteit kan dienen als objectieve rechtvaardiging van onderscheid. Het door de Flexwet geboden evenwicht zal zich wel moeten verhouden met de ratio van de WGBL, het tegengaan van uitsluiting op grond van leeftijd⁴⁵ (zie par. 3.1). Door stelselmatig gebruik te maken van

⁴⁰ Zie paragraaf 2.2.

⁴¹ De Commissie merkt hierbij wel op dat de supermarkt de leeftijd van de werknemer geen rol mag laten spelen bij de beslissing wie voor hoeveel uren wordt ingeroosterd. Zie hierover verder paragraaf 4.4 van dit advies.

⁴² Artikel 7:610b BW (Flexwet). Zie verder het rapport Flexibiliteit en zekerheid, effecten en doeltreffendheid van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, februari 2002, in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, p. 41.

⁴³ Zie paragraaf 2.2.

⁴⁴ Zie paragraaf 3.6.

⁴⁵ Een vergelijkbaar instrument is de proeftijd: ook deze mag niet in strijd met de gelijk behandelingswetgeving worden gehanteerd. Zie HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430.

Flexwet op de wijze die momenteel de gewoonte lijkt te zijn in de supermarktbranche (uitzonderingen daargelaten), om ruimte te scheppen voor de indiensttreding van jongere goedkope hulpkrachten en om te voorkomen dat oudere hulpkrachten in dienst blijven, kan vanuit de doelstelling van de WGBL niet gesproken worden van een evenwichtige verhouding. De werkgever heeft dan wel de lusten en niet de lasten. Juist door het ontbreken van deze evenwichtige verhouding is volgens de Commissie sprake van disproportionaliteit. Derhalve luidt de conclusie dat onderscheid ook om deze reden niet objectief gerechtvaardigd is.

Om niet in strijd te handelen met de doelstelling van de Flexwet en de WGBL, zal een werkgever bij de Commissie moeten aantonen dat rekening is gehouden met de behoefte aan zekerheid die de betreffende werknemer heeft van wie de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd dan wel wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd. De Commissie is zich ervan bewust dat nadruk die een ondernemer zal leggen op de flexibiliteit dan wel de zekerheid, afhankelijk is van de conjuncturele situatie waarin een onderneming zich bevindt. De conjuncturele situatie kan echter geen rechtvaardiging zijn voor de disproportionaliteit zoals deze zich nu voordoet. Dit kan anders zijn indien een ondernemer kan aantonen dat de uitkomst van het beoogde evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid weer zou leiden tot een disproportionele uitkomst (bijvoorbeeld faillissement) voor de ondernemer.

Geconcludeerd wordt dat de doelstelling flexibiliteit zelden tot objectieve rechtvaardiging van het gemaakte onderscheid zal leiden. Indien de doelstelling al legitiem wordt geacht, zal maar ten dele sprake zijn van de passendheid van het middel en in bijna alle gevallen zal er een geschikt alternatief zijn om de doelstelling flexibiliteit te bereiken en zal het onderscheid zelden of nooit proportioneel zijn.

4.6 Inplannen van uren

Vooraf

De laatste categorie klachten betreft klachten over het zodanig inplannen van werkuren dat werken in feite vrijwel onmogelijk wordt. Ouder wordende medewerkers worden soms vanwege de kosten nauwelijks ingeroosterd of op tijden waarop zij onmogelijk kunnen werken. Volgens vaste jurisprudentie van de Commissie maken werktijdenregelingen en inroostering deel uit van de arbeidsvoorwaarden⁴⁶. Derhalve is artikel 3, aanhef en onderdeel e, WGBL van toepassing.

4.6.1 Direct of indirect onderscheid

Uit de door het CNV-J meegestuurde voorbeelden, de voorbeelden uit het zwartboek van jongerenorganisatie van de Socialistische Partij, 'ROOD', de ingediende klachten bij de Commissie, alsmede de inhoud van de ontvangen telefoontjes en mails tijdens het juridisch spreekuur van de Commissie, blijkt vaak dat hoe ouder een hulpkracht wordt, hoe minder vaak hij of zij wordt ingeroosterd. Deze stelling wordt door de brancheorganisatie alsmede de werkgeverskoepels ontkend. Er zijn geen landelijke cijfers beschikbaar bij de supermarktbranche waaruit het gestelde onderscheid blijkt. Gezien de aangedragen voorbeelden alsmede de aanhangige zaken hieromtrent, acht de Commissie het niet onaannemelijk dat bij het inplannen van uren onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt. Nu bij het inplannen van uren niet de leeftijd maar het kostenargument een rol speelt, wordt niet rechtstreeks verwezen naar de leeftijd van een hulpkracht en is er dus geen sprake van direct onderscheid. Als gevolg van het Besluit minimumjeugdloonregelingen, zijn de loonkosten echter gekoppeld aan de leeftijd van een hulpkracht. Door rekening te houden

⁴⁶ Vergelijk CGB oordelen 20 december 2002, 2002-203; 6 juni 2000, 2000-35 en 23 maart 1999, 1999-24.

met de hoogte van de loonkosten van een hulpkracht, zal een hulpkracht met een hogere leeftijd minder snel worden ingepland en derhalve vaker worden getroffen dan een hulpkracht met een lagere leeftijd. Voorgaande heeft tot gevolg dat bij het inroosteren van hulpkrachten indirect onderscheid wordt gemaakt op grond van leeftijd, dat moet worden gerechtvaardigd.

4.6.2 Objectieve rechtvaardiging van vermindering van uren

Ter objectieve rechtvaardiging van het onderscheid wordt ook in dit kader aangedragen dat ondernemers hun loonkosten willen beheersen en daarbij gebruik maken van de wettelijke bevoegdheden die het Besluit minimumjeugdloonregelingen biedt.

DOELSTELLING 1: KOSTENBEHEERSING

a. Legitimiteit van het doel

Zoals reeds uit voorgaande is gebleken, kan een beroep op het Besluit Minimumjeugdloonregelingen het gemaakte leeftijds onderscheid soms rechtvaardigen, als tenminste wordt gehandeld overeenkomstig de doelstellingen van dat Besluit. Of dit het geval is in het kader van het geschetste inroosterbeleid, zal hierna worden beoordeeld. Zoals in paragraaf 3.3. is vermeld is het doel van het voornoemd Besluit de bevordering van de arbeidsparticipatie van een specifieke leeftijdsgroep, te weten jongeren van 15-23 jaar, door lagere loonkosten op grond van leeftijd toe te staan ter compensatie van het gebrek aan ervaring en de daarmee samenhangende lagere productiviteit. Uit de voorbeelden van de CNV-J en het door haar meegezonden Zwartboek van de jongerenorganisatie van de SP "ROOD", blijkt dat de leeftijdscategorie van de vakkenvullers e.d. van wie het aantal werkuren in de praktijk wordt verminderd, behoort tot de doelgroep waarvoor getracht wordt de arbeidsparticipatie te verhogen met behulp van het Besluit minimumjeugdloonregelingen zodat de positie op de arbeidsmarkt voor deze groep kan worden verbeterd. Met het beleid ten aanzien van het inroosteren, bereikt de werkgever juist het tegenovergestelde van het bevorderen van de arbeidsparticipatie waarop het Besluit is gericht. Daarmee sluit het beleid ten aanzien van het inroosteren van hulpkrachten in het geheel niet aan bij de doelstelling van voornoemd Besluit. Nu een beroep op het Besluit minimumjeugdloonregelingen in dit geval derhalve niet kan slagen en het kostenargument op zichzelf zelden wordt geaccepteerd als objectieve rechtvaardiging⁴⁷, zal het inroosteren waarbij oudere jongeren minder vaak worden ingeroosterd dan jongere jongeren, veelal in strijd zijn met de WGBL.

⁴⁷ zie paragraaf 4.2.2 en 4.5.2.

5 Conclusies en advies/aanbevelingen

5.1 Conclusies

Uit het voorgaande hoofdstuk kunnen de volgende conclusies worden getrokken ten aanzien van de handelwijze van de supermarktbranche ten opzichte van hulpkrachten.

5.1.1 Werving, selectie en aangaan arbeidsverhouding

Onbetwist staat vast dat in de supermarktbranche de leeftijd van een hulpkracht een rol speelt bij de *werving* en *selectie*, alsmede bij het *aangaan* van de hulpkrachtovereenkomst. De reden hiervoor is niet zozeer gelegen in de kalenderleeftijd in zich, maar is het gevolg van de directe koppeling die de wetgever heeft gemaakt tussen de leeftijd en de loonkosten in het Besluit Minimumjeugdloonregelingen. Ten aanzien van het maken van leeftijdsonderscheid door de voorkeur te geven aan een goedkope jongere in plaats van een duurdere oudere kan volgens de Commissie, mede op grond van de wetsgeschiedenis, een beroep worden gedaan op de wettelijke uitzondering in artikel 7, eerste lid, onderdeel a van de WGBL, mits de aard van de aangeboden functie in overeenstemming is met de doelstellingen van het Besluit Minimumjeugdlooregelingen. Mocht deze wettelijke uitzondering niet van toepassing zijn dan zou Ook indien deze uitzondering in de WGBL niet van toepassing zou zijn, dan zou er voor deze handelwijze een objectieve rechtvaardiging kunnen zijn in de zin van artikel 7, eerste lid, onderdeel c, WGBL.

Voor de selectie van hulpkrachten geldt op grond van artikel 9 WGBL nog een extra voorwaarde: de verplichte motivering in advertentieteksten. Concreet zal een ondernemer in deze situatie voldoen aan haar motiveringsplicht indien zij in de vacature vermeldt dat de aard van de functie meebrengt dat er geen ervaring dan wel specifieke competenties van een sollicitant worden vereist en er daarom, in overeenstemming met de doelstellingen in het Besluit minimumjeugdloonregelingen, de voorkeur uitgaat naar een minimumjeugdlooner, eventueel gecombineerd met de maximum salarishoogte of leeftijd.

5.1.2 Beëindigen arbeidsverhouding en nadelig inplannen van de uren

Voorts heeft de Commissie geconcludeerd dat er sterke aanwijzingen zijn dat zich binnen de supermarktbranche de praktijk voordoet om een hulpkrachtcontract voor bepaalde tijd na twee verlengingen van rechtswege te laten eindigen en dat de leeftijd van contractanten hierbij een rol speelt. De branche zal specifieke cijfers moeten leveren om te kunnen vast stellen dat haar beleid niet leidt tot indirect onderscheid naar leeftijd. Het zal derhalve aan de supermarkten zijn om te weerleggen dat het beleid niet strijdig is met de WGBL. Als men daarin niet slaagt dan zal de Commissie voornoemd onderscheid slechts objectief gerechtvaardigd kunnen achten indien de werkgever kan aantonen dat het voortbestaan van de betreffende onderneming in gevaar is en daarvoor een schriftelijk vastgelegd en vastgesteld Sociaal Plan, overeenkomstig de daarvoor geldige wettelijke regels, kan overleggen. In nagenoeg alle andere gevallen zal het leeftijdsonderscheid niet objectief gerechtvaardigd kunnen worden geacht.

Het voorgaande geldt eveneens voor het geconstateerde onderscheid op grond van leeftijd bij het voor de werknemer nadelig inplannen van de uren.

5.2 Advies en aanbevelingen

De WGBL en derhalve de Commissie, eerbiedigt de vrijheid van ondernemers om zelf te bepalen met wie zij al dan niet een arbeidsovereenkomst - en dus ook een hulpkrachtcontract - aangaat. Daarnaast onderkent de Commissie dat een onderneming een winstogmerk heeft, behoefte kan hebben aan flexibiliteit en gericht is op kostenbeheersing, waarvan de mate waarin dit speelt hangt af van de conjunctuur en marktpositie. Eén van de beperkingen die ten aanzien van de ondernemingsvrijheid geldt en die relevant is in het onderhavige advies, is de toets van de reden van het niet verlengen van de arbeidsverhouding aan de gelijke behandelingswetgeving waaronder leeftijdsdiscriminatie.

In de voorgaande paragraaf heeft de Commissie geconcludeerd dat er vrijwel geen objectieve rechtvaardiging is te vinden in het geval supermarkten leeftijdsonderscheid maken bij het laten eindigen van een hulpkrachtcontract en niet verlengen en het voor de werknemer nadelig inplannen van arbeidsuren vanwege leeftijd.

Op basis hiervan beveelt de Commissie de CNV-J aan:

1. alert te blijven op leeftijdsonderscheid dat niet spoort met de conclusies in dit advies; mocht de handelwijze leiden tot een te sterk uitnodigend beleid voor scholieren met schoolverlating als gevolg, en de tweede doelstelling van het minimumjeugdloon in gevaar komt, dan zou beleidswijziging op landelijk niveau dienen plaats te vinden;
2. alert zijn op de juist geformuleerde motivering bij advertenties als hulpkrachten worden gevraagd van een bepaalde leeftijd/leeftijdscategorie en/of een minimumjeugdlooner;
3. de supermarktbranche en de betrokken werknemersorganisaties aan te sporen om gezamenlijk tot afspraken ten aanzien van personeelsbeleid te komen in de lijn van genoemde conclusies. Vanwege de prijzenoorlog en de onderlinge concurrentie wordt aanbevolen om op CAO niveau afspraken te maken;
4. naast afspraken over beleid ten aanzien van verlenging van de arbeidsverhouding wordt geadviseerd de CAO partners aan te sporen ook afspraken te maken over scholing van hulpkrachten conform de doelstellingen van het Besluit minimumjeugdloonregelingen. Op deze wijze kan de betrokken medewerker enige kwalificaties opbouwen waardoor zijn of haar positie op de arbeidsmarkt, zowel binnen, als buiten de supermarktbranche, verbetert. Deze scholing is met name van belang voor de groep hulpkrachten voor wie deze baan een eerste stap is van zijn/haar loopbaan. Het verhogen van de employability ligt in de lijn van het advies van de STAR.⁴⁸

⁴⁸ Stichting van de Arbeid, Nota inzake de evaluatie van de Wet flexibiliteit en zekerheid en de evaluatie van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, 1 april 2004 - publicatienr. 5/04.