

2009-125

Bejaarde bioloog vist achter het net

Noot: *mr. P.C. Vás Nunes*

1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoeker de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht om een oordeel over de vraag of verweerster jegens hem verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van leeftijd door zijn inschrijving als senior-expert niet te verlenen.

1.2 De Commissie heeft verweerster in de gelegenheid gesteld te reageren op het verzoekschrift. Op 9 maart 2009 heeft de Commissie van verweerster het verzoek ontvangen om uitstel van de behandeling van de zaak in verband met een gesprek tussen partijen. De Commissie heeft met dit verzoek ingestemd en heeft de behandeling van de zaak aangehouden in afwachting van de uitkomst van het gesprek, dat heeft plaatsgevonden op 20 mei 2009. Aangezien partijen in dit gesprek niet nader tot elkaar zijn gekomen heeft de Commissie haar onderzoek op 25 juni 2009 hervat. Op 24 juli 2009 heeft de Commissie de reactie van verweerster op het verzoekschrift ontvangen.

1.3 Op 9 september 2009 heeft de Commissie zitting gehouden waar partijen in de gelegenheid zijn gesteld hun standpunten mondeling toe te lichten.

2 Feiten

2.1 Verzoeker is geboren op 27 januari 1931. Hij is aquatisch bioloog.

2.2 Verweerster is een hulporganisatie, met als doel armoedebestrijding en duurzame ontwikkeling van sociale economie op vier continenten. Verweerster wil dit doel bereiken door aan lokale ondernemingen deskundige steun aan te bieden van zogenoemde senior-experts. Senior-experts, hierna ook: experts, schrijven zich als vrijwilliger in bij verweerster en ook de interne organisatie bestaat voor het merendeel uit vrijwilligers. Daarnaast heeft verweerster een kleine vaste (betaalde) staf. Bij verweerster staan ruim 4.000 senior-experts ingeschreven.

2.3 Verweerster hanteert een maximum leeftijdsgrens van 70 jaar voor experts om in aanmerking te komen voor uitzending. Deze leeftijdsgrens is in 1990 eenzijdig door verweerster vastgesteld. De leeftijdsgrens is bekend bij de experts en staat sinds 2000 op de website van verweerster. Verweerster houdt hierbij de mogelijkheid open om in uitzonderingssituaties toch experts uit te nodigen om na hun 70-ste nog missies te doen indien een expert voor zijn/haar 70-ste is gemacht voor een uitzending. De uitzending dient dan binnen een jaar na het bereiken van de 70-jarige leeftijd plaats te vinden.

2.4 Verzoeker stond sinds 1988 ingeschreven bij verweerster als senior-expert, onder meer op het gebied van de teelt van siervissen. Dit is een schaars specialisme. Verzoeker is in totaal 25 keer uitgezonden, waarvan zes keer nadat hij de leeftijdsgrens van 70 jaar had bereikt. Vijf van deze laatste zes missies waren vervolgmis-sies bij een project in Indonesië.

2.5 Verzoeker is in september 2005 zonder opgaaf van redenen uitgeschreven uit het register van experts. Verzoeker was destijds 74 jaar oud. Verzoeker heeft op 7 mei 2006 de Commissie verzocht te beoordelen of verweerster jegens hem onderscheid op grond van leeftijd had gemaakt bij de beëindiging van zijn arbeidsverhouding door hem uit het register uit te schrijven. Naar aanleiding van dit verzoek oordeelde de Commissie op 29 maart 2007 dat verweerster jegens verzoeker verboden onderscheid had gemaakt op grond van leeftijd bij de beëindiging van de arbeidsverhouding (oordeel 2007-52).

2.6 Naar aanleiding van bovengenoemd oordeel heeft op 24 april 2007 een gesprek plaatsgevonden tussen verweerster en verzoeker. Daarbij zijn partijen overeengekomen dat verzoeker opnieuw bij verweerster wordt ingeschreven als senior-expert, onder de algemene condities en voorwaarden met betrekking tot inschrijving, matching en uitzending. De duur van de inschrijving is vastgesteld op een periode van één jaar, te weten van 1 mei 2007 tot 1 mei 2008. Bij brief van 2 mei 2007 heeft verweerster de gemaakte afspraken schriftelijk bevestigd.

2.7 Verweerster heeft de inschrijving met verzoeker na 1 mei 2008 niet verlengd.

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verweerster jegens verzoeker verboden onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt bij het aangaan van de arbeidsverhouding door zijn inschrijving als senior-expert niet te verlengen.

3.2 In artikel 3, aanhef en onderdeel c, Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) is, in samenhang met artikel 1 WGBL, onder meer bepaald dat onderscheid op grond van leeftijd is verboden bij het aangaan van een arbeidsverhouding. De Commissie beschouwt een besluit om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet te verlengen als een besluit betreffende het aangaan van een arbeidsovereenkomst (zie onder meer: CGB 11 oktober 2004, oordeel 2004-130).

3.3 Verzoeker stelt dat verweerster bij de hernieuwde inschrijving, voor de duur van één jaar, heeft vermeld dat partijen vóór afloop van de termijn aan elkaar kenbaar zouden maken of zij de inschrijfduur wilden verlengen. Zowel verzoeker als verweerster kon besluiten om de inschrijfduur niet te verlengen. Nadat verzoeker voor verweerster op missie was geweest, was verweerster zeer tevreden over zijn werk. Verweerster heeft dat kenbaar gemaakt bij de terugkoppeling en evaluatie van zijn laatste project. Tegelijkertijd heeft verweerster verzoeker laten weten dat ze desondanks had besloten de relatie te beëindigen. Volgens verzoeker is zijn leeftijd voor verweerster de reden geweest om zijn inschrijving niet te verlengen.

3.4 Verweerster betwist primair dat de leeftijd van verzoeker een rol heeft gespeeld bij het besluit om zijn inschrijving niet te verlengen. Nadat de Commissie had geoordeeld dat sprake was van verboden leeftijdsonderscheid, stond zij voor de keuze om met verzoeker een leeftijdsgrens overeen te komen bij het bereiken waarvan de inschrijving automatisch zou (kunnen) eindigen op grond van artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel b, WGBL of met verzoeker een afgebakende periode overeen te komen, na welke periode de inschrijving automatisch zou (kunnen) eindigen. Verweerster is uiteindelijk met verzoeker een periode van inschrijving voor de duur van één jaar overeengekomen.

3.5 Verweerster heeft drie redenen aangevoerd die ten grondslag hebben gelegen aan het besluit om de inschrijving van verzoeker niet te verlengen. Allereerst werden op het vakgebied van verzoeker minder aanvragen verwacht,

zeker uit landen waar verzoeker actief was. Verder wenste verweerster prioriteit te geven aan aanvragen uit andere sectoren. Voorts wenste verweerster senior-experts op het vakgebied van verzoeker die recenter waren ingeschreven kans te geven om uitgezonden te worden. Daarvoor is de doorstroming van vrijwilligers van belang.

3.6 Subsidiair stelt verweerster dat zij voor de bij haar ingeschreven senior-experts in beginsel een leeftijdsgrens van 70 jaar hanteert, welke leeftijdsgrens in zijn algemeenheid is toegestaan op grond van artikel 7, eerste lid, onderdeel b, van de WGBL, mits deze kenbaar is voor de experts. Verzoeker was op de hoogte van deze leeftijdsgrens toen hij opnieuw werd ingeschreven, voor de duur van één jaar.

3.7 Voor zover sprake is van onderscheid op grond van leeftijd vanwege het besluit van verweerster om de inschrijving niet te verlengen, stelt de Commissie vast dat het gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd is vanwege de uitzondering van artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel b, WGBL. Daarin is bepaald dat het verbod van onderscheid niet geldt indien het onderscheid betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding in verband met het bereiken van de leeftijd waarop op grond van de Algemene Ouderdomswet (AOW) recht op ouderdomspensioen ontstaat, of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeen gekomen hogere leeftijd. Nadat de Commissie in het onder 2.5 genoemde oordeel had vastgesteld dat verweerster jegens verzoeker verboden onderscheid had gemaakt op grond van leeftijd bij de beëindiging van de arbeidsverhouding zijn partijen een nieuwe arbeidsverhouding aangegaan. Daarmee is tussen partijen een nieuwe rechtsverhouding ontstaan. Bij het aangaan van de nieuwe arbeidsverhouding was verzoeker bekend met de leeftijdsgrens die verweerster stelt bij de inschrijving van senior-experts. Gezien het bovenstaande concludeert de Commissie dat voor zover verweerster jegens verzoeker onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt bij het niet aangaan van een nieuwe arbeidsverhouding, dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is.

3.8 Ten overvloede merkt de Commissie het volgende op. Dat verweerster niet in strijd met de WGBL heeft gehandeld, neemt niet weg dat het aangaan van een nieuwe arbeidsverhouding onder voor verzoeker minder gunstige voorwaarden mogelijk niet in overeenstemming is met bepalingen uit het algemene burgerlijk recht. Het is evenwel niet aan de Commissie om daarover te oordelen.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat de jegens . . . geen verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van leeftijd.

Aldus gegeven te Utrecht op 16 december 2009 door mr. D. Ghidei, voorzitter, in tegenwoordigheid van mr. M.A. de Groot, secretaris.

Noot van mr. P.C. Vas Nunes

1. Een door de overheid en het bedrijfsleven bekostigde stichting zendt “experts” uit naar ontwikkelingslanden. De stichting vergoedt de reis- en verblijfskosten van de experts en betaalt ze een (vermoedelijk geringe) “dagvergoeding”. Verder draagt de stichting de kosten van de verzekeringsdekking. De experts ontvangen van de stichting aanwijzingen en de experts rapporteren aan de stichting, maar verder zijn ze vrij in de wijze waarop zij hun projecten uitvoeren.

In 1988 laat een in de teelt van siervissen gespecialiseerde bioloog zich bij de stichting inschrijven. Hij is dan 57 jaar oud. De stichting zendt hem in totaal 24 keer uit. De laatste vijf keer dat hij wordt uitgezonden is hij al ouder dan 70. Dit is bijzonder, want de stichting is vanaf enig moment - onduidelijk is wanneer, vermoedelijk na 1988 - het beleid gaan voeren om bij haar ingeschreven experts in beginsel op hun 70^e verjaardag uit te schrijven (en dus niet meer uit te zenden). “In beginsel”, want uitzonderingen zijn mogelijk, zoals ook in dit geval. In september 2005 schrijft de stichting de inmiddels 74-jarige bioloog alsnog uit, dit mede om precedentwerking te voorkomen. De bioloog protesteert, maar de stichting houdt voet bij stuk, waarop de bioloog de CGB om een oordeel vraagt. Hij beroept zich op de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbl).

De stichting voert onder andere aan dat geen sprake is van een “arbeidsverhouding” als bedoeld in artikel 3 onder c van de Wgbl. De CGB verwerpt dit verweer, waarna zij zowel een beroep op artikel 7 eerste lid onder b Wgbl (pensioenontslaguitzondering) als een beroep op onderdeel c (algemene objectieve rechtvaardiging) verwerpt. Zodoende valt het oordeel ongunstig uit voor de stichting (oordeel 2007-52).

De stichting biedt aan om de bioloog opnieuw in te schrijven voor de duur van een jaar (1 mei 2007-1 mei 2008). De bioloog aanvaardt

dit aanbod. Blijkbaar wordt hij nog één laatste keer uitgezonden, maar, hoewel de stichting tevreden is over zijn werk, verlengt zij zijn inschrijving niet. Opnieuw vraagt de bioloog een oordeel aan de CGB. Deze keer valt het oordeel (2009-125) in het voordeel van de stichting uit.

2. De Wgbl implementeert Richtlijn 2000/78/EG, tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (*Pb EG*, 2000, L 303), die zich voor zover hier van belang uitstrekt “tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep” (artikel 3, eerste lid, onder a). Uit de considerans blijkt dat hiermee alleen wordt bedoeld op beroepsmatige arbeid (zie punten 7 t/m 11, 17 en 25). De richtlijn strekt zich niet uit tot vrijwilligerswerk.

Nu staat de richtlijn toe dat lid-staten in hun nationale wetgeving een hoger beschermingsniveau bieden dan de richtlijn (artikel 8). Aan het begrip arbeidsverhouding mag dus in de nationale wetgeving een ruimere betekenis worden toegekend dan het in de richtlijn heeft. Volgens de CGB is dit in de Wgbl ook gebeurd: in die wet is het begrip arbeidsverhouding dan ook ruimer dan in de richtlijn. De CGB verwijst daarbij onder andere naar de wetsgeschiedenis.

3. Een zoektocht naar de bron van het begrip arbeidsverhouding in de Wgbl begint uiteraard bij de parlementaire geschiedenis van die wet. In de memorie van toelichting van het desbetreffende wetsvoorstel leest men dat het begrip ook andere arbeidsverhoudingen dan arbeidsovereenkomsten omvat “mits er sprake is van een gezagsrelatie, zoals **onder omstandigheden** stages en vrijwilligerswerk. Hierbij wordt aangesloten bij de betekenis die het begrip arbeidsverhouding heeft in de Awgb” (*Kamerstukken II*, 2004/05, 28 170, nr. 3, p. 20, accentuering toegevoegd, PCVN). De verwijzing naar de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) in dit citaat is van beperkt nut, want de parlementaire stukken van die wet (*Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 79) helpen ons weinig; zij verwijzen door naar de wordingsgeschiedenis van de Wet van 27 april 1989 (Herziening wetgeving inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen, *Stb.* 1989, 168). Hoewel het toen nog niet ging om het begrip arbeidsverhouding maar om “betrekking”, is de memorie van toelichting bij het desbetreffende wetsvoorstel de bron (*Kamerstukken II*, 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 14-15). Daar leest men:

‘Bij “betrekking” is in elk geval gedacht aan [...] de arbeidsovereenkomst, de ambtelijke aanstelling en

het vrije beroep. De term “betrekking” heeft echter naar onze mening een ruimere betekenis. Het verbod om bij het aanbieden van een betrekking [...] onderscheid te maken heeft, gezien het hiervoor vermelde, de strekking om de toegang tot het arbeidsproces niet te blokkeren. Wij zijn dan ook van mening dat vormen van arbeid, waarin **op overeenkomstige wijze als in de eerdergenoemde drie vormen aan het arbeidsproces wordt deelgenomen**; voor de toepassing van artikel 3 als “betrekking” kunnen worden beschouwd. Hierbij denken wij bijvoorbeeld aan [kort samengevat, PCVN: WSW-ers, uitzendkrachten, werkende uitkeringsgerechtigden en stagiaires]. Een verduidelijking via een algemene omschrijving van het begrip betrekking achten wij [...] niet goed mogelijk [...]. Een limitatieve opsomming [...] is evenmin goed denkbaar, zowel met het oog op toekomstige ontwikkelingen als vanwege het feit dat zich naast de hierboven genoemde voorbeelden van een “betrekking” vele andere gevallen voordoen, bijvoorbeeld het vervullen van praktijkervaringsplaatsen, vrijwilligerswerk, het verrichten van enkele diensten en aanneming van werk, waarvan slechts afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan worden vastgesteld, of daarbij al dan niet van een betrekking sprake is.’ (accentuering toegevoegd, PCVN)

Uit dit citaat maak ik op dat de wetgever primair heeft gedacht aan vormen van arbeid waarbij op een wijze vergelijkbaar met een arbeidsovereenkomst of vrij beroep “aan het arbeidsproces wordt deelgenomen”. Dat het citaat vrijwilligerswerk noemt als voorbeeld van een “betrekking” lijkt hiermee op gespannen voet te staan. Immers, het verrichten van vrijwilligerswerk staat in mijn beleving lang niet altijd gelijk aan het deelnemen aan het arbeidsproces. Onder deze omstandigheid is het begrijpelijk dat de CGB terugvalt op het in de memorie van toelichting bij de Wgbl gebezigde criterium of “er sprake is van een gezagsrelatie”.

In de onderhavige zaak doet de CGB moeite een gezagsrelatie tussen de stichting en de bioloog te construeren. Hoewel die relatie m.i. wel erg dun was, kan ik vrede hebben met het oordeel op dit punt, behalve dat een overweging over de extraterritorialiteit van het betrokken werk niet had misstaan. Toegegeven, de bioloog hoefde pas na terugkeer in Nederland een rapport in te leveren, maar het zwaartepunt van zijn (vrijwilligers)werk lag toch duidelijk buiten Nederland.

4. In eerdere publicaties (zie o.a. *NJB* 2008 p. 1165 en *TAP* 2009 p. 66) heb ik in twijfel getrokken of artikel 7, eerste lid, onderdeel b, Wgbl richtlijnconform is. Ik laat dit aspect hier buiten beschouwing.

5. Artikel 7, eerste lid, onderdeel b, Wgbl laat toe het beëindigen van een arbeidsverhouding in verband met een “tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd”. De CGB vond in oordeel 2007-52 dat partijen niet zo’n overeenkomst waren aangegaan, omdat de stichting haar beleid op het punt van maximale leeftijd eenzijdig had bepaald. Hier zou men tegenin kunnen brengen dat dit beleid blijkbaar al jaren bestond en bij de bioloog bekend was. Uit het feit dat hij zich – naar ik vermoed – vele malen na het bekend raken met dit beleid zonder opmerking daarover liet uitzenden had de CGB een stilzwijgende overeenkomst kunnen destilleren. Hier staat tegenover dat de stichting de bioloog vijf keer na zijn 70^e verjaardag uitzond, waaruit de CGB mocht opmaken dat géén stilzwijgende overeenkomst van die strekking bestond.

6. In haar tweede oordeel overweegt de CGB terecht en in navolging van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG 4 oktober 2001 *JAR* 2001/219 (*Melgar/Los Barrios*)). Vgl. CGB 15 juni 2001 kenbaar uit Pres. Rb. Haarlem 12 oktober 2001 *JAR* 2001/221) dat weigering een voor bepaalde tijd aangegane overeenkomst te verlengen gelijk staat aan het afwijzen van een sollicitatie. De CGB heeft talloze malen het niet-verlengen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in strijd met de wet geoordeeld. Helaas wordt daarover niet of nauwelijks geprocedeerd. Mogelijk menen de betrokken (ex-)werknemers geen schadeclaim te hebben, maar dit is niet juist (zie *SMA* 2004 p. 6).

7. Het tweede oordeel (09-125) is begrijpelijk maar teleurstellend. De uitschrijving van de bioloog was onterecht, aldus het eerste oordeel. Het had dus voor de hand gelegen om de bioloog onvoorwaardelijk weer in te schrijven, zonder “tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd”. De enige reden dat de herinschrijving slechts tijdelijk was lijkt me dat de bioloog de 70 al was gepasseerd. Was niet het betrokken beding (einde van rechtswege na een jaar) discriminatoir en dus nietig ingevolge artikel 13 Wgbl?

8. Het eerste oordeel bevat de volgende overweging ten overvloede: “Nu verweerster voor verzoeker een uitzondering op vastgestelde leeftijdseis heeft gehanteerd en zij verzoeker kennelijk ook ruim na zijn zeventigste verjaardag nog geschikt vond voor uitzending, heeft verweerster in het geval van verzoeker het recht verwerkt om een beroep te doen op de door haar gehanteerde leeftijdsgrens van 70 jaar. Ook op grond hiervan kan verweerster geen beroep meer doen op de algemene uit-

.....

zondering van artikel 7, eerste lid, onderdeel b, Wgbl”. Daargelaten de juistheid van deze overweging (kan men wel een recht verwerken om een beroep op de Wgbl te doen?) vraag ik me af waarom de stichting in 2007 (eerste oordeel) geen beroep op artikel 7, eerste lid, onderdeel b, Wgbl mocht doen en een jaar later (tweede oordeel) wel.

9. Als laatste opmerking kan ik het niet laten te signaleren dat geen van de beide procedures vlot verliep. De eerste duurde ruim negen maanden, de tweede maar liefst dertien maanden (waarvan ruim drie vanwege een aanhouding op verzoek van partijen). Had het niet wat sneller gekund?