

Demissionair minister van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid C.E.G. van Gennip
Parnassusplein 5
2511 VX DEN HAAG

Email:

Postbus 16001
3500 DA Utrecht

Bezoekadres:
Kleinesingel 1-3
3572 CG Utrecht

030 888 38 88
info@mensenrechten.nl
www.mensenrechten.nl

Onderwerp
Wetgevingsadvies inzake het
wetsvoorstel Meer zekerheid
flexwerkers

Uw brief van
7 juli 2023
Uw kenmerk

Datum
2 oktober 2023
Ons kenmerk

Geachte minister van Gennip,

Bij brief van 7 juli 2023 heeft u het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College) verzocht te adviseren over het conceptwetsvoorstel 'Meer zekerheid flexwerkers'. Het College is met name gevraagd te adviseren over de bijzondere regels die in het voorstel zijn opgenomen voor jongeren onder de 18, als ook voor scholieren en studenten met een bijbaan die ouder zijn dan 18. Met dit advies komt het College graag aan dat verzoek tegemoet.

In dit advies wordt:

- Ingegaan op de relatie arbeid en mensenrechten;
- Het Europees toetsingskader voor rechtvaardiging van leeftijd gerelateerd onderscheid beschreven;
- Het wetsvoorstel tegen die achtergrond in algemene zin positief gewaardeerd;
- Meer motivering gevraagd voor de rechtvaardiging van het leeftijdsonderscheid in het licht van de kwetsbare positie van jongeren beneden de achttien jaar die niet schoolgaand zijn of studeren en die als oproepkracht kunnen worden ingezet;
- De regering gevraagd in te gaan op de verenigbaarheid van de definities van studerende en schoolgaande jongeren als werknemer in het wetsvoorstel en het vrije verkeer van werknemers in de Europese Unie;
- Mogelijk ongunstige effecten van het wetsvoorstel voor (organisatie van) (amateur)sport en cultuur te beschouwen en na te gaan of aanpassingen mogelijk zijn zonder het algemene doel van het wetsvoorstel negatief te raken.

Arbeid en mensenrechten

Alvorens in te gaan op de bijzondere regels waarover het College is gevraagd te adviseren, kan het mensenrechtelijk perspectief op het recht van arbeid worden vooropgesteld. Het recht op arbeid is in artikel 19 van de Grondwet en verschillende mensenrechtenverdragen verankerd.¹ In de eerste plaats houdt het recht op arbeid in dat iedereen die wil en in staat is om te werken een vrije arbeidskeuze heeft. Het recht beschermt bovendien gelijke toegang tot arbeid zonder discriminatie, rechtvaardige en gunstige (voornamelijk gezonde en veilige) arbeidsomstandigheden, vrijwaring van uitbuiting, gelijke beloning voor gelijkwaardig werk en voldoende loon voor een menswaardig bestaan. Het recht op arbeid is essentieel om andere mensenrechten te realiseren, zoals het recht op een behoorlijke levensstandaard en het recht op bescherming tegen armoede en sociale uitsluiting.² Het recht op arbeid is daarmee ook cruciaal voor de bescherming van fundamentele waarden die ten grondslag liggen aan alle mensenrechten, zoals waardigheid, non-discriminatie, autonomie en participatie. Het recht op arbeid verplicht staten om het recht op gelijke behandeling te garanderen in alle aspecten van het werk. Dat betekent dat de overheid specifieke maatregelen moet nemen die ervoor zorgen dat mensen in kwetsbare situaties niet nog verder achtergesteld raken en dat ook zij op gelijke voet met anderen toegang hebben tot arbeid.³

Tegen deze achtergrond ziet het College dit wetsvoorstel als een belangrijk startpunt voor het versterken van de positie van oproep- en uitzendkrachten, omdat het strengere regels biedt voor tijdelijke contracten. In 2017 en in 2021 besteedde het College in twee afzonderlijke rapportages aandacht aan de precare positie van flexwerkers, en riep het de overheid op om de arbeidsmarktpositie van flexibele werknemers te versterken en beschermen.⁴ In algemene zin geeft het wetsvoorstel 'Meer zekerheid flexwerkers' daar een goede invulling aan. Het College richt zich hierna op de vraag of de op leeftijd gebaseerde en daarmee samenhangende uitzonderingen die in het voorstel zijn opgenomen, objectief gerechtvaardigd zijn.

¹ Onder andere in artikel 6 Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR), artikel 27 Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, artikel 1 e.v. Europees Sociaal Handvest, artikel 15 van het Handvest van de Grondrechten van de EU en de verdragen van de International Labour Organization (ILO). Daarnaast vloeit het recht op arbeid en vrije arbeidskeuze ook voort uit de verboden op slavernij en dwangarbeid in artikel 4 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en artikel 8 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR).

² Artikel 11 IVESCR resp. artikel 30 Europees Sociaal Handvest.

³ Zie ook CESCR General Comment No. 18 (2006), *The right to work (art. 6)*, E/C.12/GC/18.

⁴ College voor de Rechten van de Mens, jaarlijkse rapportage: armoede, sociale uitsluiting en mensenrechten, 2016. P. 88; College voor de Rechten van de Mens, Mensenrechten in Nederland 2020: de gevolgen van de coronacrisis voor de bescherming van mensenrechten op de arbeidsmarkt, 2021.

Onderscheid naar leeftijd objectief gerechtvaardigd?

Waar gaat het om? In dit wetsvoorstel zijn specifieke regels opgenomen voor jongeren onder de achttien jaar, als ook voor scholieren en studenten met een bijbaan die ouder zijn dan achttien. Deze werknemers kunnen op oproepbasis blijven werken en voor hen geldt bij een keten van tijdelijke contracten een onderbrekingstermijn van 6 maanden, waardoor zij in een flexibele arbeidsrelatie blijven. Dit levert een combinatie van direct en indirect onderscheid naar leeftijd op. De kernvraag in dit advies is of deze vormen van leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd zijn. Daarmee wordt het terrein van leeftijdsdiscriminatie betreden. In het primaire Europese recht is het beginsel van non-discriminatie stevig verankerd.⁵ De toelaatbaarheid van het maken van leeftijdsonderscheid bij de regulering van de arbeidsmarkt wordt geregeld in secundair Europees recht.

Kader beoordeling leeftijdsdiscriminatie⁶

Voor de beoordeling van de toelaatbaarheid bij regulering van arbeid te onderscheiden naar leeftijd staat Richtlijn 2000/78/EG (hierna: de Richtlijn) centraal. Deze Richtlijn beoogt een algemeen kader te scheppen om voor eenieder gelijke behandeling in arbeid en beroep te waarborgen door effectieve bescherming te bieden tegen discriminatie op een van de in art. 1 van de Richtlijn genoemde gronden, waaronder leeftijd. De Richtlijn is wat betreft leeftijdsonderscheid geïmplementeerd in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (hierna: Wgbl).⁷

De Richtlijn is volgens art. 3 van toepassing op alle personen, zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, met betrekking tot:

- de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige of tot een beroep- met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria;
- ongeacht het domein van werk en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met inbegrip van bevorderingskansen;
- werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning.

De Richtlijn maakt onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie. Van directe discriminatie is sprake als onderscheid wordt gemaakt op basis van een bepaalde grond (zoals leeftijd).

⁵ Artikel 2 en 3 Verdrag betreffende de Europese Unie, artikel 10 en 19 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 21 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie).

⁶ Vgl. de op 29 september 2022 genomen conclusie van A-G Den Drijber: ECLI:NL:PHR:2022:875.

⁷ Wet van 17 december 2003, houdende gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs (Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid), Stb. 2004, 30.

Van indirecte discriminatie is sprake wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (art. 2 lid 2, onder b, van de Richtlijn).

Daarnaast bevat art. 6 lid 1 van de Richtlijn een specifieke rechtvaardigingsgrond voor onderscheid op grond van leeftijd. Art. 6 lid 1, eerste alinea, bepaalt dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd zijn toegestaan indien zij in het kader van de nationale wetgeving “objectief en redelijk worden gerechtvaardigd” door een legitiem doel, “met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding”. Naast de eis van het legitieme doel geldt dat de ingezette middelen voor het bereiken van dat doel passend én noodzakelijk zijn.

In lijn hiermee bepaalt art. 7 lid 1, aanhef en onder c, Wgbl dat het verbod van onderscheid op grond van leeftijd niet geldt indien het onderscheid objectief is gerechtvaardigd door een (i) legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel (ii) passend en (iii) noodzakelijk zijn. Deze drie criteria gelden cumulatief en dienen conform de rechtspraak van het HvJEU te worden uitgelegd en ingevuld.⁸

De lidstaten en de sociale partners beschikken op nationaal niveau over een ruime beoordelingsmarge, zowel bij het bepalen welke doelstellingen van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastreven als bij het bepalen van de maatregelen waarmee die doelstellingen het beste kunnen worden verwezenlijkt.⁹ De ruime beoordelingsvrijheid van lidstaten en sociale partners brengt mee dat de nationale rechter terughoudend toetst of het gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Dat mag echter niet tot gevolg hebben dat toepassing van het beginsel van het verbod van discriminatie op grond van leeftijd zinloos wordt.¹⁰ De nationale wetgever moet binnen de beschikbare beoordelingsvrijheid van lidstaten bepalen hoe de gekozen doelstellingen wettelijk worden verankerd.

⁸ Zie HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:647 (werknemers/NXP), rov. 4.1.4 en HR 24 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:114 (ABN AMRO Bank/werknemer), rov. 3.1.4, beide onder verwijzing naar Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 15.

⁹ Zie: HvJEU 26 februari 2015, C-515/13, ECLI:EU:C:2015:115, JAR 2015/96 m.nt. M.S.A. Vegter (Landin), punt 19. Zie ook: HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:647 (werknemers/NXP), rov. 4.1.3 en HR 24 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:114 (ABN AMRO Bank/werknemer), rov. 3.1.3.

¹⁰ Zie: HvJEU 12 oktober 2010, C-499/08, ECLI:EU:C:2010:600, NJ 2011/1 m.nt. M.R. Mok (Andersen), punt 33 en HvJEU 26 februari 2015, C-515/13, ECLI:EU:C:2015:115, JAR 2015/96 m.nt.

M.S.A. Vegter (Landin), punt 26. Zie ook: HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:647 (werknemers/NXP), rov. 4.1.3 en HR 24 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:114 (ABN AMRO Bank/werknemer), rov. 3.1.3.

Bij rechterlijke toetsing moet de systematiek van de rechtvaardigingstoetsing, zoals die hiervoor is uiteengezet en die uit de Europese rechtspraak volgt, strikt in acht worden genomen.

Uitgangspunt van de wet is dat structureel werk in principe georganiseerd moet worden op basis van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. De voorgestelde bepalingen die daar inhoud aan geven gelden niet onverkort. Er bestaan met name:

- A. Uitzonderingen op de belemmering van draaideurconstructies; en**
- B. Uitzonderingen op de loondoorbetalingsplicht: oproepovereenkomsten**

ad A. Belemmeren draaideurconstructies: de uitzonderingen

Om draaideurconstructies tegen te gaan regelt het wetsvoorstel dat tussen opvolgende arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur een periode van 60 maanden moet verstrijken om die als een nieuwe reeks aan te merken. In het voorstel wordt de gestelde duur van 60 maanden “administratieve vervaltermijn” genoemd omdat het niet de bedoeling is dat reeksen van tijdelijke overeenkomsten elkaar opvolgen. Voor seizoensarbeid geldt volgens het voorstel een veel kortere tussenpoos (drie maanden), zoals dat nu ook al het geval is. Verder wordt een aantal uitzonderingen voorgesteld die direct of indirect leeftijd-gerelateerd zijn. Het College voor de Rechten van de Mens acht de in de memorie van toelichting gegeven argumenten voor de in het wetsvoorstel gemaakte keuzes op dit punt voor relevant en passend binnen de ruime beoordelingsmarge die de wetgever Europeesrechtelijk toekomt. De regering heeft de objectieve rechtvaardigingstoets voor het maken van onderscheid op basis van leeftijd, op navolgbare wijze toegepast. Binnen die ruimte zouden ook heel andere keuzes mogelijk zijn geweest, maar dat is een kwestie van politieke beoordeling waarin het College voor de Rechten van de Mens zich niet mengt.

ad B. Uitzonderingen: oproepovereenkomsten

In het wetsvoorstel worden de huidige oproepcontracten, waaronder nulurencontracten en de huidige minmax-contracten, afgeschaft. De oproepcontracten worden vervangen door basiscontracten. Oproepcontracten blijven nog wel mogelijk voor scholieren en studenten en voor uitzendkrachten in de eerste 52 gewerkte weken. Scholieren en studenten kunnen volgens het voorstel nog wel blijven werken op basis van het oude oproepcontract. Zij worden uitgezonderd van zowel het voor andere flexibele arbeid vereiste basiscontract als van de afschaffing van de uitzondering op de loondoorbetalingsplicht. In het wetsvoorstel wordt het toetsingsschema voor objectieve rechtvaardiging van het onderscheid dat leeftijd gerelateerd is, op overeenkomstige wijze doorlopen als hiervoor is aangegeven.

Behalve voor scholieren en studenten behelst het voorstel dat oproepcontracten ook mogelijk blijven voor jongeren onder de achttien jaar die niet schoolgaand zijn of studeren, mits zij gemiddeld op jaarbasis niet meer dan zestien uur per week werken. De controle op de omvang van het gemiddeld aantal uren zou uitgeoefend moeten worden door 'de werkgever', zodat een cumulatie van oproepcontracten bij verschillende werkgevers mogelijk lijkt.

Zowel in de presentatie van het voorstel (par. 4.2 en het schema op par. 4.2.6) als ook in de overwegingen aangaande de rechtvaardiging van de uitzonderingen op algemene regels, is de positie van deze categorie werknemers in het wetsvoorstel onderbelicht gebleven. Er worden wel enkele zinnen gewijd aan de mogelijke rechtvaardiging van het laten voortbestaan van oproepovereenkomsten voor deze werknemers, maar die houden geen volwaardige objectieve rechtvaardigingstoets in. Het College wijst erop dat het hier (deels) gaat om een kwetsbare groep jonge werknemers waarvoor niet dezelfde argumenten gelden die worden gebruikt voor schoolgaande en studerende jongeren ouder dan achttien jaar. Deze groep zal immers doorgaans niet over veel arbeidservaring, een professioneel netwerk en onderhandelingservaring en -positie beschikken. Dergelijke met leeftijd samenhangende kwetsbaarheden kunnen in deze groep bovendien versterkt worden door persoonskenmerken waarvan bekend is dat zij de arbeidsmarktpositie verder bemoeilijken, zoals het hebben van een beperking of migratieachtergrond. Het College van de Rechten van de Mens adviseert de regering daarom specifiek in te gaan op de positie van deze groep werknemers en beter te motiveren waarom dit onderscheid volgens haar objectief te rechtvaardigen is.

Vrij verkeer van werknemers

Doordat in het wetsvoorstel uitzonderingen van toepassing zijn aangaande schoolgaande en studerende werknemers zijn in het wetsvoorstel definities opgenomen die betrekking hebben op Nederlandse instellingen zoals omschreven in de Wet educatie en beroepsonderwijs en de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek. De vraag is in hoeverre die definiëring te verenigen is met het vrij verkeer van werknemers in de Europese Unie. Of zijn de omschrijvingen van schoolgaande en studerende werknemers in de zin van het wetsvoorstel (ook) van toepassing op werknemers die aan een gelijkwaardige onderwijsinstelling in een ander Europees land verbonden zijn? Deze vraag is mogelijk in het bijzonder relevant voor schoolgaande en studerende werknemers in de grensstreken die in Nederland werkzaam (willen) zijn. Geadviseerd wordt hierover duidelijkheid te scheppen in de memorie van toelichting dan wel het wetsvoorstel aan te passen.

(Amateur)sport en cultuursector

Mensen hebben het recht op een persoonlijk leven, waarin werk een belangrijke plaats in kan nemen. Maar ook andere dimensies van persoonlijk en maatschappelijk leven moeten daarbij in ogenschouw worden genomen, zoals participatie of zelfontplooiing door middel van werk in bepaalde sectoren. In het voorgaande is met name ingegaan op onderscheid naar leeftijd in de context van de regulering van de arbeidsmarkt. In het wetsvoorstel is rekening gehouden met bijzondere kenmerken van die markt, zoals de behoefte aan seizoensarbeid. Een voorstel als het onderhavige kan evenwel direct of indirect ook raken aan andere aspecten van het maatschappelijk leven, zoals (de organisatie van) (amateur)sport en cultuur. Denkbaar is dat arbeidsmarkt regulerende maatregelen zoals die in het wetsvoorstel aan de orde zijn deze sectoren ongunstig kunnen treffen. Geadviseerd wordt met vertegenwoordigers van deze sectoren in gesprek te gaan om zo mogelijk met passende oplossingen te komen die niet tegen de strekking van de wet indruisen. Het is wenselijk hieraan in de memorie van toelichting aandacht te schenken.

Voor nadere vragen of een toelichting bij dit advies kunt u contact opnemen met



Met vriendelijke groet,



Interim voorzitter