van de leiding en het toezicht – of de medewerker zijn werkzaamheden goed vervuld, waar hij/zij werkzaam is en voor hoelang, wat zijn salaris is, met andere woorden het gezag – blijft bij C4C en wordt door haar ingevuld.
9. Dit alles wegende wordt geoordeeld dat C4C niet kwalificeert als "werkgever" als bedoeld in artikel 7:690 BW en derhalve niet valt onder de werkingsfeer van het verplichtstellingsbesluit voor StiPP.
10. De gevraagde verklaring voor recht kan derhalve worden gegeven en dit betekent dat de vordering van C4C wordt toegewezen zoals hieronder wordt bepaald.
11. Bij deze uitkomst van de procedure wordt StiPP veroordeeld in de proceskosten, gevallen in deze procedure aan de zijde van C4C. Voor een veroordeling tot betaling van de kosten, voor C4C gevallen in een andere procedure, ziet de kantonrechter geen aanleiding. Daarover zal in die procedure moeten worden beslist. De nakosten worden conform het beleid van het team kanton van deze rechtbank op € 100,= bepaald.

Beslissing
De kantonrechter:
I. verklaart voor recht dat C4C niet valt onder de verplichtstelling om deel te nemen in StiPP;
II. veroordeelt StiPP in de kosten van de procedure, aan de zijde van C4C tot heden bepaald op;
- aan griffiegeld € 109,=
- aan dagvaardingskosten € 76,17
- aan salaris gemachtigde € 600,=
- aan nakosten € 100,=
- totaal € 885,17,

en verklaart deze betalingsveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;
III. wijst af het meer of anders gevorderde.

203

Kantonrechter Amsterdam
12 juli 2013, nr. 1375258 CV EXPL 12-26447,
ECLI:NL:RBAMS:2013:4852
(mr. Boot)
Noot mr. E.L.J. Bruyninckx

Loonvordering. Geen leeftijdsdiscriminatie bij Wet tijdelijke verruiming ketenregeling. Rechtsvermoeden arbeidsomvang.

[BW art. 7:610b, 7:668a lid 6 (oud)]

Tussen partijen is een geschil ontstaan over de vraag per wanneer tussen hen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan en welke omvang deze arbeidsovereenkomst heeft. Meer specifiek betreft het de vraag of de Wet tijdelijke verruiming ketenregeling (Wet tvk), geldig van 9 juli 2010 tot 1 januari 2012, onderscheid op grond van leeftijd rechtvaardigt, en of de werknemer op enig moment een beroep kan doen op het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW (omvang arbeidsovereenkomst), en zo ja, per welk moment en met inachtneming van welke referteperiode.
De kantonrechter overweegt dat de Wet tvk onderscheid maakt naar leeftijd nu deze een andere regeling kent voor werknemers jonger dan 27 jaar. Dit onderscheid is verboden, tenzij sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond. Volgens de rechtspraak van het Europese Hof hebben lidstaten bij de keuze van de maatregelen op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheid een ruime beoordelingsvrijheid. De Wet tvk streeft naar het vergroten van werkgelegenheid voor jongeren en heeft daarmee een doelstelling die ligt op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheid. Welke maatregel het beste zal werken, kan ter discussie staan. Bij het oordeel dat geen sprake is van een passend en noodzakelijk middel op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheid past daarom terughoudendheid. Uit het feit dat de Wet tvk na 1 januari 2012 niet is verlengd, kan niet zonder meer de conclusie worden getrokken dat het middel niet passend dan wel niet noodzakelijk was. Ongeacht het beperkte positieve effect van de wet, is bevestigd dat de wet kon bijdragen tot het verruimen van werkgelegenheid. Daarnaast is van belang dat de wet de uitwerking was van een kamerbreed aangenomen motie tot verruiming van de werkgelegenheid van jongeren en dat de Wet tvk in zowel de Tweede Kamer als de Eerste Kamer

met overgrote meerderheid is aangenomen. Het invoeren van de Wet tvk ligt dan ook binnen de ruime beoordelingsvrijheid van een lidstaat. De werkgever kon dan ook rechtsgeldig een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd afsluiten. Vanaf 1 september 2011 werkt de werknemer op basis van een oproepcontract. Ten aanzien van de omvang van de arbeidsovereenkomst per 1 maart 2013 kan de werknemer het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW inroepen. De werkgever heeft een seizoenspiek en daarom is er aanleiding een referteperiode van een heel jaar te hanteren. De werknemer stelde zich 25 uur per week beschikbaar en heeft daarom vanaf 1 maart 2012 recht op loon over 108 uur per maand.

NB. Dit is, voor zover bekend, de eerste uitspraak over de Wet tvk. Zie over de marges die EU-lidstaten hebben op het gebied van sociaal beleid onder meer HvJ EU, «JAR» 2005/289 (Mangold), «JAR» 2007/288 (Palacios) en «JAR» 2010/53 (Kücükdeveci). Waar het gaat om de toepassing van art. 7:610b BW is HR, «JAR» 2012/149 (Van Handel/TNT) leidend.

B.G.O. Roskell te Amsterdam,
eiser,
gemachtigde: mr. S.J.W.M. Vonken,
tegen
EF International Language Schools BV te Amsterdam,
gedaagde,
gemachtigde: mr. S. de Lange en mr. I.C.M. de Boer.

Verder verloop van de procedure
(...; *red.*)

Gronden van de beslissing

Feiten en omstandigheden
De kantonrechter blijft bij de in het tussenvonnis van 3 mei 2013 genoemde feiten en omstandigheden.

Beoordeling
1. Zoals in het tussenvonnis van 3 mei 2013 (verder: het tussenvonnis) is overwogen zijn partijen er niet over verdeeld dat tussen hen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Zij zijn wel verdeeld over de vraag per wanneer deze arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan, en welke omvang deze arbeidsovereenkomst heeft.
2. In het tussenvonnis is overwogen dat voor beantwoording van die vraag partijen verdeeld zijn over drie kwesties
i. of de Wet tijdelijke verruiming ketenregeling (inhoudend van 9 juli 2010 tot 1 januari 2012 art. 7:668a lid 6 BW) destijds geldig was;
ii. of tussen 15 juli 2011 en 1 januari 2012 sprake was van één arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (standpunt EF) dan wel van twee arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (standpunt Roskell)
iii. of Roskell op enig moment een beroep kan doen op het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW (omvang arbeidsovereenkomst) en zo ja, per welk moment en met inachtneming van welke referteperiode.
3. De tweede vraag is in het tussenvonnis beantwoord.
4. De comparitie van partijen heeft zich toegespitst op het eerste en derde vraagpunt. Partijen zijn het daar niet over eens geworden.

Wet tijdelijke verruiming ketenregeling (verder: wet tvk)
5. In het tussenvonnis heeft de kantonrechter uitgesproken op basis van de op dat moment beschikbare informatie van oordeel te zijn dat de wet tvk geen passend en noodzakelijk middel was om de jeugdwerkgelegenheid ten tijde van de economische crisis in 2010/2011 op peil te houden. De nadien door partijen ingebrachte stukken en standpunten brengen de kantonrechter evenwel tot een ander oordeel.
6. De wet tvk maakt onderscheid naar leeftijd. Immers met werknemers jonger dan 27 jaar mogen op grond van de wettekst vier tijdelijke contracten worden afgesloten, die ieder van rechtswege eindigden, terwijl met werknemers ouder dan 27 jaar het vierde tijdelijke contract van rechtswege wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De wet tvk gold van juli 2010 tot 1 januari 2012.
7. Het maken van onderscheid naar leeftijd is verboden, namelijk in strijd met het algemeen beginsel van Unierecht dat leeftijdsdiscriminatie verbiedt, welk algemeen beginsel is geconcretiseerd in richtlijn 2000/78, een en ander tenzij sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond. Om sprake te zijn van een objectieve

rechtvaardigingsgrond dient een legitieme doelstelling met passende en noodzakelijke middelen te worden nagestreefd.
8. Het EU Hof van Justitie heeft volgens bestendige jurisprudentie (Mangold, 22 november 2005, C-144/04, overweging 63; Palacios de la Villa, 16 oktober 2007, C-411/05, overweging 68; Kücükdevici, 19 januari 2010, C-555/07, overweging 38) geoordeeld dat de lidstaten bij de keuze van de maatregelen die geschikt zijn ter verwezenlijking van hun doelstellingen op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheid over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken. De wet tvk streeft naar het vergroten van werkgelegenheid voor jongeren en heeft daarmee een doelstelling die ligt op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheid.
9. De wet tvk strekt er volgens de memorie van toelichting toe om jongeren gedurende de economische crisis langer aan het werk te houden door het tijdelijk mogelijk te maken vier in plaats van drie tijdelijke contracten aan te bieden gedurende een periode van vier in plaats van drie jaar. Door dit mogelijk te maken wordt volgens de memorie van toelichting de kans gecreëerd dat een werkgever de arbeidsrelatie met een jongere die hij al in dienst had zou continueren, in plaats van beëindigen.
10. Tijdens de parlementaire behandeling heeft de verantwoordelijke minister onderkend dat met de wet tvk onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt, doch hij heeft gesteld dat hiertoe een objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Het legitiem doel is het bevorderen van arbeidsparticipatie van jongeren en het bestrijden van jeugdwerkloosheid. Het middel is volgens de minister passend omdat werkgevers naar verwachting met deze wetsbepaling jongeren langer in dienst zullen houden. Het middel is ook noodzakelijk omdat er gelet op de doelstelling om jeugdwerkloosheid te bestrijden geen alternatieven zijn waarbij geen leeftijdonderscheid wordt gemaakt.
11. De minister heeft voorafgaand aan de invoering van de wet tvk geen advies gevraagd aan de Commissie Gelijke Behandeling over de vraag naar de aanwezigheid van een objectieve rechtvaardigingsgrond. De minister wees er daarbij op dat voorafgaand aan de invoering van een andere, vergelijkbare wet, te weten de wet investeren in jongeren (verder te noemen: WIJ) wel advies is gevraagd. Dat advies luidde dat voor het leeftijdsonderscheid in die wet een objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig was.
12. Enkele senatoren trokken de redenering van de minister in twijfel en stemden om die reden tegen het wetsvoorstel tvk.
13. Bij de beoordeling of sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor genoemd leeftijdonderscheid stelt de kantonrechter de ruime beoordelingsvrijheid die lidstaten hebben bij de keuze van de maatregelen die geschikt zijn ter verwezenlijking van hun doelstellingen op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheid voorop. Welke maatregel objectief het beste is om een doelstelling zoals het bestrijden van jeugdwerkloosheid te bereiken, valt in het algemeen niet op voorhand te zeggen. Welke maatregel naar verwachting het beste zal werken kan onderwerp van discussie zijn, en kan afhankelijk zijn van maatschappelijke of politieke opvattingen. Bij het oordeel dat geen sprake is van een passend en noodzakelijk middel op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheid past daarom terughoudendheid. Deze terughoudendheid vormde voor het EU Hof van Justitie in de Kücükdevici-zaak geen belemmering te oordelen dat aldaar die grens was overschreden. De wet tvk verschilt echter in zoverre van de situatie van Kücükdevici dat in laatst genoemde zaak sprake was van een wet uit 1926, die in 2010 nog steeds gold, en bij de wet tvk sprake is van een tijdelijke wet. Verder was de doelstelling van de wetgever in de Kücükdevici-zaak het vergroten van de arbeidsparticpatie van jongeren, maar had de wet tot effect dat iemand die op 20 jarige leeftijd in dienst was getreden en op 45 jarige leeftijd ontslagen werd, nog steeds last had van het niet meetellen van de arbeidsjaren voor het bereiken van de 25-jarige leeftijd voor het berekenen van de jegens de werknemer in acht te nemen opzegtermijn. Van zo'n nawerking is bij de wet tvk geen sprake.
14. Tijdens de parlementaire geschiedenis van de wet tvk is aangevoerd dat de effectiviteit van de wet slechts op een veronderstelling van de minister was gebaseerd, en niet op degelijk onderzoek. Daarop heeft de minister geantwoord dat het ministerie navraag had gedaan bij een aantal individuele werkgevers en sectoren en daarbij de veronderstelling van de minister bevestigd had gekregen.
15. Aan de critici van de minister kan worden toegegeven dat dat laatste een magere grondslag is. Daar staat tegenover dat ook waar is het standpunt van de minister dat het effect van een nog in te voeren wet niet met zekerheid kan wor-

den vastgesteld. Het zou echter van een grotere zorgvuldigheid hebben getuigd indien de Commissie Gelijke Behandeling voorafgaand aan de invoering van de wet tvk om advies zou zijn gevraagd, aangezien de doelstelling van de WIJ en de wtk niet dezelfde is. De WIJ richt zich immers op werkloze jongeren en het uiteindelijk aan het werk krijgen van hen; de wtk richt zich op jongeren die al geruime tijd aan het werk zijn.

16. Uit het feit dat de wet tvk na 1 januari 2012 niet is verlengd kan niet zonder meer de conclusie worden getrokken dat het middel dat de wet nastreefde niet passend dan wel niet noodzakelijk was. Bij nadere bestudering van het rapport waarop het niet verlengen van de wet tvk (mede) was gebaseerd – op welk rapport ook Roskell bij comparitie gewezen heeft – blijkt dat de wet tvk een beperkt positief effect heeft gehad. Door de wet zijn, naar verwachting, ongeveer 19.000 extra contracten aan jongeren aangeboden. In ongeveer 60% daarvan overwoog de werkgever op het moment van het onderzoek de jongere een vast contract aan te bieden; dat zijn dus ongeveer 11.400 jongeren. Daar staat tegenover dat volgens de ondervraagde werkgevers zonder invoering van de wet tvk ongeveer 9.000 van de betreffende 19.000 jongeren direct een vast contract was aangeboden. Afgaande op de informatie van deze ondervraagde werkgevers en gebaseerd op de door hen uitgesproken verwachtingen zullen er op grond van de wet tvk ongeveer 2.400 extra vaste contracten zijn afgesloten (namelijk 11.400 minus 9.000), als ook hebben de jongeren die naar verwachting geen vast contract hebben gekregen een jaar lang een extra contractsverlenging gehad. De minister kon daarom aan de het parlement melden dat de wet een beperkt positief effect had gehad. Geheel onduidelijk is of een andere maatregel een groter positief effect zou hebben gehad.

17. EF heeft er op gewezen dat een evaluatie achteraf niet het gevolg behoort te hebben dat een maatregel met terugwerkende kracht als niet-passend of niet-nodig kan worden verklaard. Dat is op zich zelf juist, en dat betekent dat op grond van een evaluatie ook niet achteraf kan worden geconcludeerd dat een maatregel wel passend of nodig was. Wel kan een evaluatie achteraf een bevestiging vormen van een veronderstelling die vooraf aanwezig was. Dat is hier het geval. De veronderstelling dat de wet kon bijdragen tot het verruimen van werkgelegenheid van jongeren is achteraf, zij het in bescheiden mate, bevestigd. In dit kader acht de kantonrechter tenslotte van belang dat de wet tvk de uitwerking was van een kamerbreed aangenomen motie tot verruiming van de werkgelegenheid van jongeren, en dat de wet tvk in de Tweede Kamer met vrijwel algemene stemmen en in de Eerste Kamer met overgrote meerderheid is aangenomen.

18. De kantonrechter is gelet op het bovenstaande van oordeel dat het invoeren van de wet tvk daarmee binnen de ruime beoordelingsvrijheid ligt, die een lidstaat heeft om de betreffende doelstelling op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheid, te weten het bestrijden van jeugdwerkloosheid, te bereiken. De wet is dus niet in strijd met het algemeen beginsel van Unierecht, verboden leeftijdsdiscriminatie. De wet tvk dient daarom te worden toegepast.

19. Het voorgaande betekent dat EF rechtsgeldig een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kon afsluiten ingaande 15 juli 2011. Zoals in het tussenvonnis is overwogen betrof dit een arbeidsovereenkomst tot 1 januari 2012, waarbij is overeengekomen dat de omvang tot 1 september 2011 40 uur per week bedroeg en van 1 september 2011 tot 1 januari 2012 een oproepkarakter kende.

20. Roskell heeft bepleit dat de met hem gesloten arbeidsovereenkomst per 15 juli 2011 een omvang heeft van 40 uur per week en dat deze omvang ook vanaf 1 september 2011 is blijven gelden, dan wel, subsidiair, dat tussen partijen in december 2011 een arbeidsomvang van 25 uur per week is overeengekomen, meer subsidiair dat de omvang van de arbeidsovereenkomst moet worden vastgesteld met toepassing van artikel 7: 610b BW.

21. Roskell baseert zijn primaire grondslag (uitsluitend) op het per 15 juli 2011 in vaste dienst van EF zijn gekomen. Dat standpunt wordt, zoals hierboven is overwogen, verworpen. Van een vast dienstverband voor 40 uur per week is dan ook geen sprake.

22. De kantonrechter is met EF van oordeel dat onvoldoende is komen vast te staan dat partijen in december 2011 zijn overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst een omvang zou krijgen van 25 uur per week. Roskell heeft dat standpunt pas bij akte op 14 februari 2013 ingenomen. Uit de door partijen ingebrachte stukken blijkt naar het oordeel van de kantonrechter dat Roskell op 7 december 2011 wel aangaf gedurende 25 uur per week beschikbaar te kunnen zijn voor EF,

maar niet dat EF met een omvang van de arbeidsovereenkomst voor 25 uur per week heeft ingestemd.
23. Roskell heeft voor wat betreft het beroep op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW steeds als ingangsdatum genoemd 1 maart 2012. De in het tussenvonnis genoemde alternatieve peildatum 1 september 2011 ging uit van het mogelijk zijn ontstaan van een vast dienstverband per 1 september 2011. Van een vast dienstverband per die datum is geen sprake zodat, conform het Roskells vordering, beoordeeld moet worden of per 1 maart 2012 een beroep op artikel 7:610b BW kan worden gedaan en zo ja, tot welk resultaat dat leidt.
24. EF heeft bepleit dat Roskell geen beroep op artikel 7:610b BW toekomt, omdat de omvang van de arbeidsovereenkomst met hem duidelijk is overeengekomen omdat sprake is van een oproepcontract.
25. Roskell werkt per 1 september 2011 op basis van een oproepcontract. De kantonrechter is van oordeel dat Roskell per die datum of een latere datum het rechtsvermoeden van de omvang arbeidsovereenkomst, zoals bepaald in art. 7:610b BW kan inroepen. Dat blijkt allereerst uit de tekst van art. 7:610b BW. Deze tekst bepaalt dat indien een arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, de bedongen arbeid vermoed wordt een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid in de drie voorafgaande maanden. Uit het arrest van de Hoge Raad van 27 april 2012 (JAR 2012/149) blijkt dat een werknemer niet beperkt is in het moment waarop het rechtsvermoeden kan worden ingeroepen; dat kan ook met terugwerkende kracht zijn.
26. Dat Roskell een beroep kan doen op genoemd rechtsvermoeden blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:610b BW. In de Memorie van Toelichting van het wetsvoorstel dat tot het huidige artikel 7:610b BW heeft geleid, wetsvoorstel 26 257, is aangegeven dat dit rechtsvermoeden beoogt houvast te bieden in situaties waarin de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is overeengekomen, alsmede in situaties waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur. Het Tweede Kamerlid Hofstra stelde de vraag of dit artikel betekent dat er geen nulurencontracten meer mogelijk zijn (S. W. Kuip en C.G. Scholtens, Flexibiliteit en zekerheid, Parlementaire geschiedenis, pag. 316). Op die vraag kwam geen expliciet antwoord. Vervolgens stelde Tweede Kamerlid Zwerver de volgende vraag: "Er komt een rechtsvermoeden over de omvang van de arbeidsduur van een oproepkracht. Heb je drie maanden voor een werkgever gewerkt, dan werk je in de vierde maand in ieder geval het gemiddelde van de eerste drie maanden. Maar waar heb je recht op als de werkgever contractueel vastlegt dat gezien de onzekere aard van het werk geen aanspraak aan die bepaling kan worden ontleend?" (S. W. Kuip en C.G. Scholtens, a.w, pag. 326). De Minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid antwoordde daarop: "Ik wijs er op dat artikel 610b dwingend recht bevat. Het is dus niet mogelijk dat de werkgever contractueel vastlegt dat op basis van dat artikel geen aanspraken kunnen gelden. (...) Op de vraag van mevrouw Zwerver of het wenselijk wordt geacht dat mensen jaar in jaar uit op een onzeker oproepcontract kunnen werken (...) wil ik het volgende antwoorden. (...) Aan de hand van het rechtsvermoeden met betrekking tot de omvang van de arbeid zal de omvang van de bedongen arbeid worden vastgesteld." (S. W. Kuip en C.G. Scholtens, a.w., pag. 328). Uit deze bepalingen volgt dat de wetgever expliciet bedoeld heeft het rechtsvermoeden omvang arbeidsovereenkomst van toepassing te laten zijn op oproepcontracten.
27. Per 1 maart 2012 dient daarom de omvang van de arbeidsovereenkomst te worden vastgesteld op basis van genoemd rechtsvermoeden. Dit rechtsvermoeden kan door de werkgever worden ontkracht. Tijdens de parlementaire geschiedenis is in dat verband als voorbeeld van het ontkrachten van zo'n rechtsvermoeden genoemd dat de in artikel 7:610b BW genoemde referteperiode van drie maanden niet representatief is, en dat in plaats daarvan een referteperiode van twaalf maanden wordt gehanteerd.
28. EF heeft gesteld dat in de regel van ieder jaar de periode februari tot juli het drukste is. Die periode heeft als seizoenspiek te gelden. Roskell heeft dat niet gemotiveerd weersproken. Er is daarmee aanleiding in plaats van een referteperiode van drie maanden, een referteperiode van een heel jaar te hanteren. Dat immers geeft het beste weer hoeveel er gemiddeld is gewerkt. EF heeft bepleit dat van deze referteperiode moeten worden uitgezonderd de maanden dat er voltijds is gewerkt op basis van een vast overeengekomen urenaantal. De wettekst noch de wetsgeschiedenis geeft aan-

leiding om EF daarin te volgen. De wettekst spreekt over het gemiddeld aantal gewerkte uren in de referteperiode. Daarbij worden geen gewerkte weken uitgezonderd. Het rechtsvermoeden kan worden ontkracht. Daarvoor kan aanleiding zijn wanneer pieken een niet-representatief beeld geven. Zulks kan aanleiding vormen een langere referteperiode dan drie maanden te hanteren. Gelet op de piekperioden die naar zeggen van EF van februari tot en met juli voorkomen is er aanleiding dat te doen. Met het hanteren van een referteperiode van twaalf maanden is een voldoende representatieve periode tot stand gekomen.

29. Roskell stelt dat het in de periode 1 maart 2011 tot 1 maart 2012 gewerkte aantal uren gemiddeld 107,72 uur per maand bedraagt. EF gaat uit van gemiddeld 108 uur per maand. Dat betekent een gemiddelde van 24,85 resp. 24,92 uur per week. Nu EF de door Roskell genoemde bedragen kennelijk (naar boven) heeft afgerond zal de kantonrechter daar ook van uit gaan.

30. EF heeft voorts tegen de loonvordering van Roskell aangevoerd dat Roskell zich niet, althans niet voor het urenaantal als thans door hem gevorderd, beschikbaar heeft gehouden en hem dientengevolge geen nabetaling toekomt.

31. Artikel 7:628 BW bepaalt dat de werknemer het in tijdruimte vastgestelde loon behoudt wanneer hij de overeengekomen arbeid niet verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Hoewel de wettekst zulks niet meer eist, wordt aangenomen dat het voor het slagen van een loonvordering in het algemeen nodig is dat de werknemer bereid is geweest de bedongen arbeid te verrichten. Het is echter niet uitgesloten dat ondanks het ontbreken van die bereidheid toch aanspraak op loon bestaat (Hoge Raad 19 december 2003, JAR 2004/14).

32. Het per 1 maart 2012 voortzetten van een oproepcontract terwijl Roskell gelet op het gemiddeld door hem gewerkte urenaantal het rechtsvermoeden van art. 7:610b BW kon inroepen en ook heeft ingeroepen, ligt in beginsel in de risicosfeer van EF.

33. EF heeft echter ook aangevoerd dat Roskell, gelet op zijn studie, niet in staat was om meer te werken dan hij feitelijk heeft gedaan. Roskell heeft dat weersproken, en daarbij onder andere gewezen op zijn bericht op 7 december 2011 aan EF in de persoon van mevrouw Wicklund, dat hij zich gedurende 25 uur per week beschikbaar kon stellen. De kantonrechter merkt dat aan als een beschikbaarstelling voor 25 uur per week door Roskell. Er hebben zich nadien niet zodanige gebeurtenissen voorgedaan dat moet worden aangenomen dat die beschikbaarstelling door Roskell op enig moment is komen te vervallen. Roskell heeft zich daarmee voor (iets) meer uren beschikbaar gehouden, dan de omvang van zijn arbeidsovereenkomst. Het door EF niet tewerkstellen van Roskell gedurende 24,85/24,92 uur per week ingaande 1 maart 2012 ligt daarom in de risicosfeer van EF. Toewijzing van de loonvordering vanaf 1 maart 2012 leidt tenslotte niet tot een resultaat dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In dat kader acht de kantonrechter van belang dat EF er voor heeft gekozen niet (voorwaardelijk) ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken.

34. Roskell had daarmee vanaf 1 maart 2012 recht op loon over 108 uur per maand. Partijen zijn het er over eens dat het bruto uurloon van Roskell op dat moment € 12,76 bedroeg, exclusief vakantietoeslag. De kantonrechter acht geen redenen aanwezig om ook als overeengekomen salaris mee te tellen de bonus (van € 20,= of € 40,= bruto per maand) die Roskell kon verkrijgen in geval van lage absentie of goede arbeidsprestaties. Deze af en toe toegekende bonussen waren immers niet direct gekoppeld aan gewerkte uren. Zulks resulteert in een toe te kennen maandsalaris van (108 x 12,76 =) € 1.378,08 bruto per maand, exclusief vakantietoeslag.

35. De toegekende loonvordering wordt verhoogd met de wettelijke rente vanaf iedere eerste dag van de kalendermaand waarin de salarisbetaling verschuldigd werd tot de dag der algehele voldoening.

36. De kantonrechter acht aanleiding de wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW te beperken tot nihil, gelet op de aard van het onderhavige geschil, namelijk de juridische kwalificatie van de inhoud van het contract tussen partijen.

37. EF zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten.

Beslissing

De kantonrechter:

I. veroordeelt EF tot betaling aan Roskell van € 1.378,08 bruto per maand exclusief 8% vakantietoeslag vanaf 1 maart 2012 tot het moment dat het dienstverband rechtsgeldig zal zijn geëindigd, een en ander vermeerderd met de wettelijke rente

vanaf iedere eerste dag van de kalendermaand waarin de salarisbetaling verschuldigd werd tot de dag der algehele voldoening;
II. veroordeelt EF in de proceskosten, aan de zijde van Roskell tot op heden begroot op:
- griffierecht: € 73,=
- kosten dagvaarding: € 90,64 (te betalen aan de griffier van de rechtbank)
- salaris gemachtigde: € 1.000,=
Totaal: € 1.163,64
inclusief eventueel verschuldigde BTW;
III. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;
IV. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

De kantonrechter oordeelt, anders dan in zijn tussenvonnis, dat de Wet tijdelijke verruiming ketenregeling ("Wet tvk"), op het moment van het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op 15 juli 2011, kon worden toegepast. De Wet tvk was van 9 juli 2010 tot 1 januari 2012 opgenomen in artikel 7:668a lid 6 BW en bevat de 4x4 regel voor werknemers tot 27 jaar. Bij het oordeel van de kantonrechter zijn kanttekeningen te plaatsen. De heersende opvatting in de literatuur is dat de leeftijdsgrens in de Wet tvk strijdig is met artikel 6 lid 1 van Richtlijn 2000/78 EG (D.J.B. Wolff, "Tien jaar ketenregeling", *TAP* 2009/3, N. Gundt, "Verruiming ketenregeling een dode letter dankzij het Hof van Justitie EU?", *TRA* 2010, 88, afl. 2 en A.R. Houweling, "Wet tijdelijke verruiming ketenregeling tot 27 jaar: haastige spoed is zelden goed", *TAP* 2010/6). Ik sluit mij daarbij aan.
De kantonrechter meent terecht dat sprake is van leeftijdsonderscheid door de 4x4 regel voor werknemers tot 27 jaar. Er is immers sprake van verschillende rechtsgevolgen en verschil in behandeling tussen werknemers jonger en ouder dan 27 jaar.
De vraag of het leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd is, beantwoordt de kantonrechter bevestigend. Aangezien de Wet tvk streeft naar het vergroten van werkgelegenheid voor jongeren en het bestrijden van jeugdwerkloosheid (Kamerstukken II 2008/09, 32 058, nr. 3, p.4) heeft de wet daarmee een doelstelling die ligt op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheid. Gelet op de tekst van artikel 6 lid 1 van de richtlijn is sprake van een legitiem doel. Dat is een terechte overweging. Vervolgens haalt de kantonrechter, in het kader van de vraag of sprake is van een passend en noodzakelijk middel, het Kücükdeveci/Swedex arrest aan, waarin het HVJ EG oordeelde dat geen sprake was van een passend en noodzakelijk middel (HvJ EG 19 januari 2010, «JAR» 2010/42). De kantonrechter meent dat de Wet tvk van die situatie verschilt en (dus?) dat wel sprake is van een passend en noodzakelijk middel. Het arrest is mijns inziens juist een duidelijke aanwijzing dat de Wet tvk geen passend middel is. Het HvJ EG oordeelt in het arrest dat een Duitse regeling (die bepaalt dat voor de berekening van de opzegtermijn geen rekening wordt gehouden met de dienstjaren tot 25 jaar) niet passend is omdat deze geldt voor alle werknemers die vóór het bereiken van de leeftijd van 25 jaar in dienst traden van de onderneming, ongeacht hun leeftijd op het tijdstip van ontslag. Dit leidt tot achterstelling van de werknemer jonger dan 25 jaar ten opzichte van de werknemer ouder dan 25 jaar. Verder is het HvJ EG van mening dat een dergelijke regeling de jongere werknemer op ongelijke wijze treft. Het gaat immers om een regeling die geldt voor jongeren tot 25 jaar waarbij het aannemelijk is dat deze groep op jonge leeftijd zonder of slechts na een korte beroepsopleiding is gaan werken, in tegenstelling tot jongeren die na een langere opleiding gaan werken (r.o. 40, 41 en 42). Beide argumenten gelden voor de Wet tvk ook. Het laatste argument bezigt Houweling ook met de opmerking dat een vroege schoolverlater vooral de dupe lijkt van de Wet tvk, terwijl recente schoolverlaters er niet of nauwelijks hinder van ondervinden (p. 233). Volgens de regering is de Wet tvk een passend middel om het bestrijden van jeugdwerkloosheid te bereiken, aangezien werkgevers naar *verwachting* jongeren eerder en langer in dienst zullen houden (Kamerstukken II 2008/09, 32 058, nr. 3, p. 1). Is dat wel zo? De arbeidsverhouding met de werknemer wordt weliswaar (wellicht) gecontinueerd maar dit is dan waarschijnlijk alleen tijdelijk (alleen de vierde schakel). De keerzijde van de Wet tvk is dat werkgevers hier ook misbruik van kunnen maken doordat minder snel een vast contract zal ontstaan. De jeugdwerkloosheid wordt dan niet voorkomen maar uitgesteld. De door de regering uitgesproken verwachting is bovendien niet gestoeld op enig empirisch gegeven. De door minister Donner gegeven motivering voor

die verwachting, te weten "De effectiviteit van de maatregel is niet te onderzoeken als de maatregel niet in werking is. Het blijft dan een veronderstelling op basis van plausibiliteit" (Handelingen II 2009/10, 32 058, nr. 53, p.34-1436) is wel erg mager. In het Age Concern arrest bepaalde het HvJ EG dat de beoordelingsvrijheid van de lidstaten niet tot gevolg mag hebben dat de bescherming tegen leeftijdsdiscriminatie van haar inhoud wordt beroofd (HvJ EG 5 maart 2009, «JAR» 2009/93). Met de "motivering" van de minister lijkt dat wel het geval te zijn. De kantonrechter gaat bij de vraag over de passendheid in op de uitkomsten van een rapport dat de werknemer ter gelegenheid van de comparitie van partijen heeft ingebracht. Op basis van dat rapport kon de minister achteraf (na 1 januari 2012) melden dat de Wet tvk een *beperkt* positief effect had gehad. De veronderstelling vooraf wordt beperkt bevestigd door een evaluatie achteraf, aldus de kantonrechter. Op basis van die bevestiging achteraf oordeelt de kantonrechter dat het invoeren van de Wet tvk binnen de ruime beoordelingsvrijheid ligt van de lidstaten en dus niet in strijd is met een algemeen beginsel van Unierecht zodat deze wet kan worden toegepast.
De kantonrechter stapt in het vonnis wel erg eenvoudig over de vraag heen of sprake is van een noodzakelijk middel. Houweling verwijst terecht naar het Mangold-arrest (HvJ EG 22 november 2005, «JAR» 2005/289) waarin strenge eisen werden gesteld aan de noodzakelijkheidstoetsing (p. 232). Een algemene leeftijdsgrens als onderscheidend criterium was onvoldoende om de noodzaak van vermindering van ontslagbescherming te legitimeren, zonder dat werd *aangetoond* dat de vaststelling van een leeftijdsgrens als zodanig, los van elke andere overweging ter zake van de structuur van de betrokken arbeidsmarkt en de persoonlijke situatie van de betrokkene, objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het doel. Ook de Wet tvk hanteert leeftijd als enige criterium. Houweling stelt terecht de vraag waarom ook werknemers wier branche niet door de economische crisis wordt getroffen aan ontslagbescherming moeten inboeten. Houweling noemt een aantal alternatieven die inderdaad minder of geen leeftijdsonderscheid opleveren zoals loonsubsidies, leerwerk-subsidies en fiscale voordelen bij indienstneming en dus is niet voldaan aan de noodzakelijkheid. Bovendien miskent de regering dat afwijking van artikel 7:668a (lid 6) BW bij cao mogelijk is. De lopende cao's werden door de tijdelijke maatregel niet aangetast. In een zeer groot aantal cao's is het mogelijk gemaakt om na een kleiner aantal dan drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten te converteren naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (Kamerstukken II, 2006/2007, 30 108 en 29 544, nr. 5, p. 3). Door die afwijkingsmogelijkheid wordt zeer beperkt voorzien in de behoefte die volgens de regering noodzakelijk is om het doel te bereiken. Het HvJ EG heeft in het Mangold-arrest en het Kücükdeveci-arrest bepaald dat het beginsel van nondiscriminatie op grond van leeftijd als een algemeen beginsel van Unierecht moet worden beschouwd, en in het laatstgenoemde arrest is bovendien bepaald dat de nationale rechter een met dit beginsel strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing moet laten. Mijns inziens kon de werkgever dan ook geen beroep doen op de Wet tvk.

E.L.J. Bruyninckx

204

Kantonrechter Den Haag
16 juli 2013, nr. 1223887/12-31860
(mr. Ter Kuile)

Immuniteit internationale organisatie doorbroken. Wachttijd van 15 jaar voor intern beroep geen redelijke termijn.

[EVRM art. 6]

De werknemer is op 1 januari 1988 bij de Europese Octrooi Organisatie (EOO) aangesteld. Laatstelijk was hij werkzaam in Rijswijk. Op de arbeidsovereenkomst van de werknemer zijn de "Service Regulations for Permanent Employees" van toepassing, ook wel aangeduid als "het Ambtenarenreglement". In aanvulling hierop is door het bestuur van de EOO verklaard dat ook algemene juridische beginselen zullen worden nageleefd, met inbegrip van de rechten van de mens. De werknemer ontvangt vanaf 2003 een invaliditeitspensioen vanwege zijn arbeidsongeschiktheid. Hij is sinds die tijd niet meer in dienst. Op 11 maart 2008 heeft de werknemer beroep ingesteld tegen de beslissing