

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
De heer mr. A.J. de Geus

Onderwerp

Vrijstelling sollicitatieplicht in de WW

Uw brief van

19 september 2005

Uw Kenmerk

Datum

28 januari 2006

Ons kenmerk

2006/0017/AGC/TdW

Geachte heer De Geus,

In antwoord op uw brief van 19 september 2005 bericht ik u als volgt.

De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) stelt het op prijs dat u haar heeft gevraagd te adviseren over de objectieve rechtvaardiging voor de leeftijdsgrens van 57,5 jaar in een structurele, categorale vrijstellingsregeling voor vrijwilligers en mantelzorgers die op de eerste werkloosheidsdag 57,5 jaar en ouder zijn en tenminste één jaar werkloos zijn. Die vrijstelling geldt nu voor werknemers die op 31 december 2003 57,5 jaar of ouder waren en tenminste één jaar werkloos zijn.

Op grond van artikel 16 van de Richtlijn tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep¹ dienen de lidstaten van de Europese Unie maatregelen te nemen om er voor te zorgen dat alle wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die met het beginsel van gelijke behandeling in strijd zijn, worden afgeschaft. De Richtlijn zelf is echter niet van toepassing op uitkeringen van welke aard dan ook die worden verstrekt door wettelijke of daarmee gelijkgestelde stelsel, met inbegrip van de stelsels van sociale zekerheid.² De uitdrukkelijk op leeftijd toegespitste normen zijn dus niet van toepassing op de door u voorgelegde kwestie.

De vraag of en in hoeverre de opheffing van de sollicitatieplicht is strijd is het beginsel van gelijke behandeling kan wel worden beantwoord aan de hand van artikel 1 Grondwet (Gw), artikel 14 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) in verbinding met artikel 1 van het Eerste Protocol en artikel 26 Internationaal Verdrag inzake burger- en politieke rechten (IVBPR). Deze bepalingen ontberen de uitzonderingsgrond die in uw vraag aan de orde wordt gesteld. Niettemin mag voor artikel 26 IVBPR worden aangenomen dat objectief te rechtvaardigen onderscheid geen strijd met

¹ Nr. 2000/78/EG van 27 november 2000 (Pb EG 2000, L303); Gelijkebehandelingsrichtlijn.

² Art. 3 lid 3 Gelijkebehandelingsrichtlijn; zie hierover de Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 2001/03, 28170, nr. 3, p. 6. In CGB 24 januari 2005, oordeel 2005-3k heeft de CGB zich onbevoegd geacht te oordelen over een verzoek over de weigering van UWV een vrijstelling van de sollicitatieplicht te verlenen.

genoemde bepaling oplevert.³ In dezelfde zin heeft de Hoge Raad overwogen, met verwijzing naar zowel artikel 1 Grondwet als artikel 26 IVBPR en artikel 14 EVRM in verbinding met artikel 1 van het Eerste Protocol.⁴

De vraag is hoe de objectieve rechtvaardigingstoets moet worden ingevuld. Niettegenstaande het feit dat de Gelijkebehandelingsrichtlijn en de WGBL niet van toepassing zijn, hanteert de CGB in het kader van dit advies de maatstaf van artikel 7 lid 1 aanhef en onder c WGBL. Er is sprake van een objectieve rechtvaardiging indien het leeftijdonderscheid een legitiem doel dient, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.⁵ Daarbij is van belang dat de WGBL is ingevoerd om vooroordelen en stereotyperingen met betrekking tot leeftijd in verband met arbeid uit te bannen en uitsluiting van groepen op grond van leeftijd tegen te gaan. Voorts is van belang dat bij de toepassing van genoemde verdragsbepalingen scherper wordt gekeken naar de grond en de mate waarin de grond verdacht is en welke beoordelingsvrijheid de overheid ter zake toekomt. De toets die bij de toepassing van artikel 1 Gw, artikel 26 IVBPR en artikel 14 EVRM in verbinding met artikel 1 van het Eerste Protocol wordt toegepast is - zeker als het niet-verdachte gronden betreft - minder systematisch en minder strikt.⁶ Er wordt gekeken of er "objectieve en redelijke gronden" zijn voor het onderscheid en dat is in de regel voldoende.⁷

Vrijstelling sollicitatieplicht voor 57,5 plussers in de overgangsregeling

De uitkering op grond van de werkloosheidswet is bestemd voor een tijdelijke overbrugging tussen periodes van betaald werk. Activering - gericht op het verkrijgen van betaalde arbeid - staat daarom voorop. Dit geldt ook voor ouderen. Om die reden is per 1 januari 2004 de algemene vrijstellingsplicht van de sollicitatieplicht voor 57,5 plussers vervallen. Er was evenwel aanleiding voor een uitzondering op de sollicitatieplicht voor degenen die op 31 december 2003 57,5 of ouder was en al een jaar vruchteloos heeft gesolliciteerd. De leeftijdsgrens is getrokken, omdat: werknemers die op 31 december 2003 57,5 jaar of ouder waren, mochten verwachten dat zij bij werkloosheid vrijgesteld zouden zijn van de sollicitatieplicht; vrijwilligerswerk en mantelzorg zijn in de Nederlandse samenleving van groot belang zijn; de huidige conjunctuur ruimte laat voor de vrijstelling.⁸

³ Human Rights Committee 9 april 1987, Communication No. 172/1984, CCPR/C/D/192/1984. Over leeftijd (in het bijzonder het gedwongen ontslag van verkeersvliegers bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd) HRC 28 april 2003, Love, Bone, Craig en Ivanoff t. Australië, no. 983/2001, CCPR/C/77/D/983/2001, NJCM-Bulletin 2004, p. 1038, m.nt. S. Carmelia en R. de Groot; zie met name overweging 8.2.

⁴ HR 8 oktober 2004, NJ 2005, 117. Zie ook HR 8 mei 1998, NJ 1998, 496, rov. 3.3.1. Voor de toepassing van artikel 14 EVRM geldt de zogenaamde Belgische taal-zaak als standaardarrest: EHRM 23 juli 1968, Series A, vol. 6; een uitbreiding van de desbetreffende toets is gegeven in EHRM 13 juni 1979, Series A, vol. 31.

⁵ Conform artikel 6 lid 1 Gelijkebehandelingsrichtlijn.

⁶ Zie onder meer voor het IVBPR de noot van Carmelia en De Groot, a.w., p. 1046. Voor de toetsing aan het EVRM door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens - uitgebreid - J.H. Gerards, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, diss. Maastricht 2002, Den Haag 2004, p. 120 e.v. en - met het oog op de toepassing door de Centrale Raad van Beroep - T. Loenen, Gelijke behandeling na *Van Raalte*: geen revolutie in de sociale zekerheid, in: 50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, NJCM-bulletin 2000, p. 301 - 312.

⁷ Vergelijk HR 8 oktober 2004, NJ 2005, 117, rov. 3.4.2: De Raad overwoog dat het bij het maken van onderscheid naar leeftijd niet gaat om een bij voorbaat verdacht onderscheid zoals bijvoorbeeld op grond van ras en geslacht. Hij paste in deze zaak het recht van vóór de inwerkingtreding van de WGBL toe.

⁸ Zie de toelichting op de Wijziging Regeling vrijstelling verplichtingen WW en Vakantieregeling WW, Stcrt. 10 mei 2005, nr. 88, p. 14.

Het doel van de vrijstellingsregeling roept een vraag op die verband houdt met de oude situatie, waarin 57,5-plussers in het algemeen waren vrijgesteld van de sollicitatieplicht. De algemene vrijstelling leek te bevestigen dat een oudere werknemer niet de meest aangewezen persoon is om in dienst te nemen, of dat er ruimte is voor mantelzorg of vrijwilligerswerk in verband met de bestaande slechte perspectieven op de arbeidsmarkt. De vrijstelling leek te impliceren dat men zich hierbij mocht neerleggen. Door de vrijstelling te handhaven – ook al is dit voor een beperkte groep – met expliciete verwijzing naar de huidige conjunctuur, is het de vraag of het doel legitiem kan worden geacht. De CGB beantwoordt deze vraag positief. Zij heeft verschillende malen geoordeeld dat een regeling die beoogt rekening te houden met de kwetsbare arbeidsmarktpositie van oudere werknemers een legitiem doel is, ook al kan het bijdragen aan het beeld dat ouderen in het algemeen minder kansrijk zijn op de arbeidsmarkt.⁹

Hoewel vóór 1 januari 2004 al jaren in de lucht hing dat een einde zou komen aan de algemene vrijstelling van de sollicitatieplicht voor 57,5 plussers, was het lange tijd onzeker of en zo ja, in hoeverre de vrijstelling zou vervallen. Het honoreren van de verwachtingen van hen die op 31 december 2003 de leeftijd hadden bereikt is dan ook legitiem te achten.

Gelet op het doel de verwachtingen van betrokkenen te honoreren, is de vrijstelling van de sollicitatieplicht een passend en noodzakelijk middel. De beperking tot 57,5-plussers die mantelzorg of vrijwilligerswerk verrichten, behoeft in dit verband uit het oogpunt van gelijke behandeling geen bespreking.

Structurele vrijstelling sollicitatieplicht voor 57,5-plussers in de overgangsregeling

De Tweede Kamer heeft u verzocht de vrijstellingsregeling uit te breiden naar alle werknemers die tenminster één jaar werkloos zijn en op de eerste werkloosheidsdag 57,5 jaar of ouder waren.¹⁰ De redenen hiervoor zijn summier aangeduid. Dit wreekt zich bij de beoordeling van de regeling. Uitvoering van de motie zou vergen dat u het doel van de regeling en het daarin gemaakte leeftijdonderscheid nader uitwerkt. Die uitwerking ontbreekt in uw brief van 19 september 2005. Voor het doel van de regeling zal de CGB aansluiting zoeken bij het doel van de huidige overgangsregeling, met dien verstande dat het doel is beperkt tot het belang van het vrijwilligerswerk en mantelzorg in de Nederlandse samenleving enerzijds en het bieden van compensatie voor de kwetsbare positie van ouderen op de arbeidsmarkt.¹¹ Het element van de gerechtvaardigde verwachtingen van hen die op 31 december 2003 57,5 of ouder waren, ontbreekt.

Uitgangspunt van de beoordeling kan wederom zijn dat een regeling die beoogt een tegemoetkoming te bieden aan ouderen in verband met hun kwetsbare positie op de arbeidsmarkt, een legitiem doel dient. Bij de beoordeling van de passendheid en de noodzakelijkheid weegt de CGB mee dat het in feite zal gaan om mensen van 58,5 jaar en ouder, gelet op de eis dat iemand één jaar werkloos moet zijn om voor vrijstelling in aanmerking te komen.

Het gehanteerde middel is passend. De CGB is niet bekend met onderzoek waaruit blijkt dat het hanteren van een sollicitatievrijstelling negatief effect heeft op de kansen op de arbeidsmarkt. Integendeel, sinds de invoering van de sollicitatieplicht voor 57,5 plussers per 1 januari 2004 lijken de kansen op werk voor ouderen er niet beter op te zijn geworden. Uit het CBS kwartaaloverzicht arbeidsmarkt 2005/2 blijkt dat in het tweede kwartaal van 2005 vergeleken met dat kwartaal in 2004 het aantal werklozen in de categorie 45-65-jarigen is gestegen, terwijl het aantal werklozen in de lagere leeftijdsgroepen daalde.

⁹ CGB 31 oktober 2005, oordeel 2005-209, overweging 5.6; CGB 14 juli 2005, oordeel 2005, 228, overweging 5.7.

¹⁰ Motie Smilde/Noorman-Den Uyl, Kamerstukken II 2004/05, 28 862, nr. 46.

¹¹ Het laatste element is afgeleid uit de verwijzing naar de huidige conjunctuur in de motie die aanleiding was voor de Wijziging Regeling vrijstelling verplichtingen WW en Vakantieregeling WW; motie Smilde/Noorman-Den Uyl, Kamerstukken II 2003/04, 28 862, nr. 32.

Alternatieven om de positie van 58,5-plussers op de arbeidsmarkt te versterken zijn denkbaar. Zolang echter moet worden aangenomen dat de arbeidsmarkt minder toegankelijk is voor ouderen dan voor jongeren, is de noodzakelijkheid van het middel, mede gelet op de aard van het onderscheid, verdedigbaar.

Een alternatief zou kunnen zijn dat de leeftijdsgrens wordt verhoogd. Naar mate de periode van vrijstelling korter is, zal het bezwaar tegen het onderscheid geringer zijn. Immers, hoe dichter een werknemer bij de algemeen gebruikelijke pensioengerechtigde leeftijd is, hoe lastiger het zal zijn een passende vacature te vinden. Om wel te begrijpen redenen, zoals de continuïteit van het bedrijf, zal een werkgever eerder een maximumleeftijdsgrens mogen stellen aan een vacature naar mate deze dichter tegen de pensioengerechtigde leeftijd aan zit, aangenomen dat de leeftijden van het personeel hoog is.¹² Langs deze lijn redenerend kan dan ook worden gesteld dat een leeftijdsgrens aan de vrijstelling eerder is gerechtvaardigd naar mate de grens hoger ligt. Bij de voorliggende keuze, 58,5 of ouder, is de keuze naar het oordeel van de CGB – mede gelet op artikel 2 lid 2 van de Gelijkebehandelingsrichtlijn, de aard van het onderscheid en de wijze waarop de toepasselijke verdragsbepalingen worden toegepast – aan de regelgever.

Gelet op het vorenstaande komt de CGB ook in dit verband niet toe aan de beperking tot 57,5-plussers die mantelzorg of vrijwilligerswerk verrichten.

Samenvatting

Gelet op het doel van de huidige vrijstellingsregeling acht de CGB het leeftijdsonderscheid, mede gelet op artikel 3 lid 3 van de Gelijkebehandelingsrichtlijn, de aard van het onderscheid en de wijze waarop de toepasselijke verdragsbepalingen worden toegepast – niet in strijd met grondwet of verdragen. Het doel van de voorgestelde structurele regeling behoeft uitwerking. De CGB ziet goede mogelijkheden laatstgenoemde regeling zo in te kleden dat er geen sprake is van verboden leeftijdonderscheid.

Hoogachtend,

A.G. Castermans,
voorzitter

¹² Vergelijk Kamerstukken II 2001/02, 28.170, nr. 3, p. 34-35 en het advies van de CGB van 1 december 2005 inzake Leeftijdonderscheid in advertenties, par. 3.2.3.