

ANNOTATIE

# Beëindiging van rechtswege: tóch geen *contradictio in terminis*?

**F.M. Dekker**

## 1. Inleiding

Stel: aan uw bureau verschijnt een vrouw die stelt dat haar derde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet is verlengd omdat zij zwanger is. Zij vraagt u, als arbeidsrechtsspecialist, of daar iets tegen te doen is. Uw antwoord zal vermoedelijk luiden dat het handelen van de werkgever strikt genomen discriminatie oplevert, maar dat het lastig zal worden daar actie tegen te ondernemen. Bij het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College) zult u, geholpen door de gunstige bewijslastverdeling, wellicht nog een heel eind komen. Maar daar is deze vrouw nog niet mee geholpen. Het College kan immers niet meer doen dan constateren dát sprake is van verboden onderscheid. Voor een remedie zal de gang naar de civiele rechter moeten worden gemaakt. Daar wordt het direct een stuk lastiger. De enige optie is een actie in te stellen uit onrechtmatige daad. In die procedure werpen het schadeleerstuk (hoe groot is de schade?) en het causaliteitsleerstuk (hoe om te gaan met het *mixed motive*-verweer?) evenwel hoge drempels op (A.G. Veldman, 'Zwangerschap en de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', *ArA* 2002/2, p. 65). Het is daarom nog maar de vraag óf de vrouw in kwestie enige schadevergoeding zal krijgen, laat staan dat valt te voorspellen hoeveel (vgl. J. van Slooten, 'De sanctionering van het discriminatoir niet-verlengen van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', in: M.S. Houwerzijl en S.S.M. Peters (red.), *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Deventer: Kluwer 2009, p. 475-484). Van een echt effectieve remedie kan derhalve niet worden gesproken. Mogelijk biedt het recente *Kuso*-arrest echter aanknopingspunten om de aan het begin van deze alinea gestelde vraag anders te beantwoorden.

## 2. *Kuso* in het kort

*De feiten*

Anneliese Kuso was sinds 1 maart 1967 in dienst van de Niederösterreichische Landes-Landwirtschaftskammer (hierna: NÖ-LLWK). Ingevolge de op haar van toepassing zijnde Dienst- und Besoldungsordnung der Niederösterreichischen Landes-Landwirtschaftskammer (hierna: DO), eindigde de arbeidsovereenkomst aan het einde van het jaar waarin de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd bereikt. Deze leeftijd verschilt in Oostenrijk nog

altijd naargelang de werknemer een man of een vrouw is. Mannen komen namelijk in aanmerking voor pensioen op hun 65ste, terwijl dit voor vrouwen reeds vijf jaar eerder het geval is.

In 2008 bereikte Kuso de leeftijd van 60 jaar. Zij verzocht haar werkgever na de pensioengerechtigde leeftijd werkzaam te mogen blijven. Op 18 juli 2008 deelde het hoofd van de personeelsafdeling Kuso evenwel telefonisch mee dat haar verzoek was afgewezen. Volgens het bestuur liep de arbeidsovereenkomst eind 2008 af. Bij brief van 25 juli 2008 werd een en ander schriftelijk bevestigd.

Van mening dat NÖ-LLWK zich schuldig maakt aan verboden onderscheid op grond van geslacht, stapte Kuso naar de rechter. In eerste aanleg had zij geen succes, in tweede aanleg wel. Het Oberste Gerichtshof stelde daarop een prejudiciële vraag.

#### *Oordeel Hof*

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) moest zich allereerst buigen over de vraag of Richtlijn 76/207/EG *ratione temporis* wel van toepassing is. Oostenrijk is namelijk pas in 1995 tot de – wat thans heet – EU toegetreden, terwijl de arbeidsovereenkomst van Kuso van voordien dateert. Deze hobbel neemt het Hof evenwel gemakkelijk. Volgens vaste rechtspraak is een nieuwe regeling namelijk onmiddellijk van toepassing op de toekomstige gevolgen van een onder de oude regeling ontstane situatie. Dat de arbeidsovereenkomst van Kuso vóór 1995 is gesloten doet dus niet ter zake. Doorslaggevend is dat het einde van de arbeidsovereenkomst nadien ligt.

Aldus komt het Hof toe aan een inhoudelijke beoordeling van de zaak. In dat kader doorloopt het Hof de gebruikelijke stappen. Als eerste stelt het vast dat artikel 3 van Richtlijn 76/207 onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is geformuleerd om rechtstreeks door een particulier tegen een staat te worden ingeroepen (r.o. 32). Vervolgens overweegt het Hof dat het eindigen van Kuso's arbeidsovereenkomst moet worden opgevat als een 'ontslag' in de zin van artikel 3 lid 1 sub c van Richtlijn 76/207 en dus binnen het bereik van die richtlijn valt (r.o. 33-40). Ten derde wordt beoordeeld of het ontslag discriminatoir is. In dat kader stelt het Hof om te beginnen vast dat, nu de einddatum van de arbeidsovereenkomst gekoppeld is aan de pensioenleeftijd, die op zijn beurt voor mannen en vrouwen verschilt, sprake is van een verschil in behandeling dat rechtstreeks op geslacht is gebaseerd (r.o. 40-43). Aangezien mannen en vrouwen wat betreft de voorwaarden voor beëindiging van de arbeidsverhouding in een gelijke positie verkeren, levert dit verschil in behandeling direct onderscheid op grond van geslacht op (r.o. 44-49). Direct onderscheid is, zo overweegt het Hof tot slot, niet objectief rechtvaardigbaar. Het onderscheid is dus verboden (r.o. 50-52).

### **3. Van rechtswege ontslag?**

De uitkomst van de zaak verbaast niet. In de eveneens Oostenrijkse zaak *Kleist* (HvJ EU 18 november 2010, *NJ* 2011, 67) liet het Hof al weten dat het aansluiten bij de pensioengerechtigde leeftijd, terwijl deze voor mannen en vrouwen verschillend is

vastgesteld, direct onderscheid op grond van geslacht oplevert. Het gaat mij in dit commentaar met name om de manier waarop het Hof tot zijn oordeel komt. Daarin schuilt namelijk iets bijzonders: het Hof merkte het van rechtswege eindigen van Kuso's arbeidsovereenkomst aan als een 'ontslag' en niet, zoals in Nederland gebruikelijk is, als een weigering tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst (zie bijv. CGB oordeel 2012-26; CGB oordeel 2010-156; CGB oordeel 2009-102; CGB oordeel 2006-251; en CGB oordeel 2005-12). Dit, terwijl het Hof in *Melgar* (HvJ EG 4 oktober 2001, *JAR* 2001/219, m.nt. E. Verhulp) helder oordeelde dat het aflopen van een bepaaldetijdcontract niet als een ontslag kwalificeert. Is het Hof nu van dit oordeel teruggekomen?

In *Melgar* betrof het een vrouw die werkzaamheden had verricht op basis van enkele opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Op een gegeven moment werd haar evenwel geen nieuw contract meer aangeboden. Zij was op dat moment zwanger en haar werkgever was daarvan op de hoogte. *Melgar* meende daarom dat haar 'ontslag' discriminatoir was en stapte naar de rechter. De verwijzende rechter onderzocht of tussen het besluit van de werkgever en de zwangerschap causaal verband bestond, en vroeg zich in dat verband af welke rol artikel 10 van Richtlijn 92/85 (het ontslagverbod gedurende zwangerschap) moest spelen. Het Hof stelde in de eerste plaats vast dat artikel 10 van Richtlijn 92/85 rechtstreekse werking heeft (de werkgever was een gemeente, hetgeen verticale werking net zoals in de onderhavige zaak mogelijk maakt, en art. 10 van Richtlijn 92/85 is onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig geformuleerd). Daarna oordeelde het dat Richtlijn 92/85 gelijkelijk van toepassing is op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde en voor onbepaalde tijd. Het was volgens het Hof dan ook duidelijk dat het ontslagverbod zowel voor bepaalde- als voor onbepaaldetijdcontracten geldt (r.o. 44). Het vervolgde echter:

'45. Het is eveneens duidelijk, dat het niet vernieuwen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na het normale verstrijken ervan niet kan worden gelijkgesteld met ontslag en als zodanig niet in strijd is met artikel 10 van richtlijn 92/85.'

In *Kuso* komt het Hof, als gezegd, tot een diametraal tegenovergesteld oordeel. Het verwijst daarbij overigens wel expliciet naar *Melgar*. Ik geef 's Hof's overwegingen *in extenso* weer:

'35. Het Hof heeft geoordeeld dat het niet-vernieuwen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na afloop van de periode waarvoor zij is aangegaan in beginsel niet kan worden gelijkgesteld met een ontslag (zie in die zin arrest van 4 oktober 2001, *Jiménez Melgar*, C-438/99, *Jurispr.* blz. I-6915, punt 45).

36. Het is evenwel vaste rechtspraak dat het begrip "ontslag" op het gebied van de gelijkheid van behandeling ruim moet worden opgevat (...).

37 Het Hof heeft meer bepaald geoordeeld dat het woord "ontslag" in het kader van de toepassing van richtlijn 76/207 in die zin moet worden opgevat dat het mede betrekking heeft op de beëindiging van het dienstverband tussen de werkgever en zijn werknemer, zelfs in het kader van een vrijwillige vertrekregeling (...), en voorts dat een algemeen ontslagbeleid dat tot gevolg heeft dat een vrouw wordt ontslagen op de enkele grond dat zij de leeftijd heeft bereikt

of overschreden waarop zij recht op een overheidspensioen heeft en die ingevolge de nationale wetgeving verschillend is voor mannen en vrouwen, een door deze richtlijn verboden discriminatie op grond van geslacht vormt (...).

38. Zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen beklemtoont, is de arbeidsvoorwaardenregeling die in het hoofdgeding aan de orde is, gelet op het bindende karakter ervan en op het feit dat een verschillende pensioenleeftijd voor mannelijke en vrouwelijke werknemers is vastgesteld, te vergelijken met die welke het Hof heeft onderzocht in het reeds aangehaalde arrest Kleist.

39. De in het hoofdgeding aan de orde zijnde beëindiging van de arbeidsverhouding van Kuso op grond van § 25, lid 2, sub a, van de DO staat dus gelijk aan een ontslag in de zin van artikel 3, lid 1, sub c, van richtlijn 76/207.'

Het eerste dat bij lezing van deze overwegingen opvalt, is dat het Hof bij de weergave van zijn oordeel uit *Melgar* de woorden 'in beginsel' heeft ingevoegd (r.o. 35). Deze woorden komen in het originele arrest niet voor. Daarin was het Hof stellig en liet het geen ruimte voor uitzonderingen: 'Het is eveneens duidelijk, dat het niet vernieuwen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na het normale verstrijken ervan niet kan worden gelijkgesteld met ontslag (...)' Het Hof doet het daarmee voorkomen alsof het gebruik maakt van een in *Melgar* reeds voorziene uitzonderingsmogelijkheid. Dat lijkt mij echter niet het geval. Het oordeel uit *Melgar* staat volgens mij nog recht overeind.

Een eerste mogelijke verklaring voor het feit dat het Hof anders oordeelde dan in *Melgar* zou kunnen zijn dat in *Melgar* duidelijk sprake was van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en dat de situatie in *Kuso* meer leek op een pensioenontslag c.q. een functioneel leeftijdsontslag, dus een van rechtswege aflopend contract voor *onbepaalde* tijd (sinds HR 13 juli 2012, *JAR* 2012/209 (KLM/Vliegers) weten we dat dit in Nederland mogelijk is). Ik denk echter niet dat het Hof een dergelijk onderscheid heeft willen maken. In *Kuso* is er door de verwijzende rechter namelijk de nadruk op gelegd dat de overeenkomst in kwestie er één voor bepaalde tijd was (zie r.o. 16-17). De door hem gestelde prejudiciële vraag is ook op die gedachte gestoeld. Het Hof lijkt evenzeer als uitgangspunt te hebben genomen dat het met een bepaaldetijdcontract te maken had. In de rechtsoverweging direct vóór de hierboven geciteerde overwegingen oordeelde het Hof namelijk:

'34. Er zij aan herinnerd dat het einde van de *arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd* die in het hoofdgeding aan de orde is, wordt bepaald door een arbeidsvoorwaardenregeling, de DO, die integrerend deel uitmaakt van die overeenkomst en voorziet in een verschillende pensioengerechtigde leeftijd voor mannelijke en vrouwelijke werknemers' [cursivering toegevoegd, FMD].

Dat werd uitgegaan van een overeenkomst voor bepaalde tijd is begrijpelijk wanneer wordt bedacht dat de DO niet alleen bepaalde dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigde in het jaar van de pensioenleeftijd, maar tevens ontslag tot die tijd – op enkele uitzonderingen na – verbood. Partijen waren dus, zoals dat bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

hoort, voor zekere tijd aan elkaar gebonden.

Het verschil tussen *Melgar* en *Kuso* kan volgens mij worden gevonden in het ‘rechtsgebied’ dat aan de orde was. In *Melgar* ging het namelijk om Richtlijn 92/85, een richtlijn die een uitwerking is van de Arbo-kaderrichtlijn (Richtlijn 89/391) en derhalve niet behoort tot de familie van gelijkebehandelingsrichtlijnen. De doelstelling van Richtlijn 92/85 is het beschermen van de veiligheid en welzijn van moeder en kind. Vanuit die gedachte geldt gedurende zwangerschap in principe een ontslagverbod. Dat het Hof in *Melgar* het van rechtswege eindigen niet onder het ontslagverbod wilde scharen, acht ik begrijpelijk. Consequentie daarvan zou immers zijn dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd plotseling niet meer van rechtswege zouden aflopen als de werkneemster op de einddatum toevallig zwanger is. Dat gaat te ver. Een dergelijke bescherming is ook niet nodig. De werkneemster weet immers bij het aangaan van de overeenkomst al dát en wanneer deze gaat eindigen. De werkgever die een contract niet verlengt vanwege de zwangerschap van een werkneemster is discriminatoir bezig en dient via het gelijkebehandelingsrecht te worden aangepakt. En dat is precies wat in *Kuso* gebeurde. R.o. 36 doet vermoeden dat het Hof daarin het onderscheid met *Melgar* ziet. Het Hof overwoog immers: ‘Het is evenwel vaste rechtspraak dat het begrip “ontslag” op het gebied van de gelijkheid van behandeling ruim moet worden opgevat’ [cursivering toegevoegd, FMD]. Kennelijk geldt op gelijkebehandelingsgebied een ander ontslagbegrip dan op het terrein van de arbeidsomstandigheden. In Nederland hebben wij ons dus wellicht ten onrechte op een arboarrest gebaseerd voor de beoordeling van gelijkebehandelingsissues. *Melgar* lijkt overigens überhaupt wel erg ruim te zijn geïnterpreteerd in Nederland. Anders dan vaak wordt voorgesteld (zie bijv. CGB oordeel 2012-26), heeft het Hof daarin namelijk niet geoordeeld dat het niet-verlengen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd *altijd* als een niet-aangaan daarvan moet worden beschouwd. Volgens het Hof kan ‘het niet vernieuwen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd *in sommige omstandigheden* echter als een weigering tot aanwerving worden uitgelegd’ [cursivering toegevoegd, FMD].

Waarom het Hof in gelijkebehandelingszaken het niet-verlengen van een bepaaldetijdcontract niet aanmerkt als een weigering tot aanwerving maar als een ontslag, wordt helaas niet duidelijk. Gelet op zijn oordeel in *Melgar* was daar geen noodzaak toe. Het Hof had ook simpelweg kunnen herhalen dat het niet-verlengen in bepaalde omstandigheden als een niet-aangaan moet worden opgevat en het vervolgens aan de nationale rechter kunnen overlaten om te beoordelen of daar ook in dit geval aanleiding toe was en of het niet-aangaan werd ingegeven door een verboden reden. ’s Hof’s motivering om dat niet te doen is zachtst gezegd dun te noemen. Verder dan de stelling dat het begrip ontslag op het terrein van de gelijke behandeling nu eenmaal ruim moet worden uitgelegd, komt het Hof niet. Vanuit Europeesrechtelijk perspectief maakt de kwalificatie overigens ook maar weinig verschil. Discriminatie is bij het aangaan van de arbeidsverhouding immers even verboden als bij het beëindigen daarvan. Naar Nederlands recht daarentegen is dat anders.

De vergelijking die het Hof op het punt van de kwalificatie met *Kleist* maakt, ontgaat mij overigens (r.o. 38). Ik denk dat deze overweging letterlijk moet worden gelezen. Wat betreft

'het bindende karakter (...) en (...) het feit dat een verschillende pensioenleeftijd voor mannelijke en vrouwelijke werknemers is vastgesteld' lijkt de DO op de arbeidsvoorwaardenregeling uit *Kleist*. Voor het overige gaat een vergelijking naar mijn mening evenwel mank. In *Kleist* ging het namelijk om een bij cao vastgesteld ontslagverbod, dat zijn gelding verloor bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd (dus: mannen verloren hun ontslagbescherming op hun 65ste en vrouwen op hun 60ste), en had de werkgever het beleid om op dat moment ook daadwerkelijk tot opzegging (dus: een actieve (rechts)handeling) over te gaan. Er was dus sprake van een 'echt' ontslag. In *Kuso* was dit laatste nu juist niet het geval. De DO heeft inderdaad een bindend karakter en knoopt ook aan bij de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer, maar – en daarin schuilt het verschil met *Kleist* – voorziet er tevens in dat de arbeidsovereenkomst op dat moment van rechtswege eindigt. Hoewel in *Kuso* niet sprake was van een arbeidsovereenkomst voor *onbepaalde* tijd (tussentijdse opzegging was immers niet mogelijk), had een vergelijking met pensioenontslagzaken als *Palacios de la Villa* (HvJ EG 16 oktober 2007, *JAR* 2007/288) en *Fuchs en Kohler* (HvJ EU 21 juli 2011, *NJ* 2011, 522) mij meer voor de hand gelegen. In die zaken heeft het Hof tot op heden in het midden gelaten hoe het einde van rechtswege te kwalificeren. In *Fuchs en Kohler* oordeelde het Hof bijvoorbeeld dat sprake was van ongelijke behandeling, omdat de betrokken regeling gevolgen had 'voor de werkgelegenheid en de arbeidsvoorwaarden in de zin van artikel 3, lid 1, sub c, van Richtlijn 2000/78'.

#### 4. Noopt *Kuso* tot een herziening van de Nederlandse benadering?

Volgens de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving is onderscheid onder meer verboden bij het 'aangaan' en het 'beëindigen' van een arbeidsovereenkomst. De term 'beëindigen' lijkt de Nederlandse evenknie te zijn van het Europeesrechtelijke 'ontslag'. De vraag die zich opdringt is of het *Kuso*-arrest noopt tot een herziening van de Nederlandse benadering. Moet het om een discriminatoire reden niet verlengen van een bepaaldetijdcontract of het anderszins van rechtswege eindigen voortaan worden opgevat als onderscheid bij het *beëindigen* van een arbeidsovereenkomst? Dat strookt in ieder geval niet met de opvatting van de regering ten tijde van de invoering van de AWGB. Vanuit de Tweede Kamer is er destijds op aangedrongen het niet verlengen van een bepaaldetijdcontract afzonderlijk in de wet te regelen door onderscheid tevens te verbieden bij het 'verlengen' van een arbeidsovereenkomst. De regering achtte dit echter overbodig, omdat 'het aangaan van een overeenkomst ook het verlengen daarvan omvat' (*Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 89. Zie ook *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 3, p. 16, en nr. 10, p. 31.).

Nu is deze opvatting van de regering uiteraard niet dwingend. Hoewel het taalkundig wat gekunsteld overkomt, zie ik geen bezwaar om een niet-verlenging juridisch gelijk te stellen met een beëindiging in de zin van bijvoorbeeld artikel 5 lid 1 onder c AWGB (of art. 3 onder c WGBL of art. 4 onder b WGBH/CZ). Er rijzen dan echter wel enkele praktische vragen. Men moet dan namelijk consequent zijn en het einde van rechtswege ook vatten onder de beëindiging uit artikel 8 AWGB, alwaar is bepaald dat een beëindiging in strijd met artikel 5 AWGB vernietigbaar is. Vernietiging veronderstelt evenwel de aanwezigheid van een (rechts)handeling (anders is er immers niets te vernietigen) en die is er bij een einde van

rechtswege nu juist niet. Dat is ook wat de werkgever in wezen wordt verweten: hij had wél een (rechts)handeling moeten verrichten, namelijk het sluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst. De vraag rijst ook wat de consequenties zouden zijn van de vernietiging van een einde van rechtswege. Indien een opzegging wordt vernietigd, is de arbeidsovereenkomst achteraf gezien steeds doorgelopen. Is dat ook het gevolg van de vernietiging van een einde van rechtswege? Bepleitbaar is dat de arbeidsovereenkomst naar analogie van artikel 7:668 lid 1 BW geacht moet worden opnieuw te zijn aangegaan onder dezelfde voorwaarden en voor dezelfde duur, met een maximum van een jaar. En als het niet verlengde contract het derde was, converteert de vierde overeenkomst die door de vernietiging ontstaat via de band van artikel 7:668a lid 1 BW doorgaans in één voor onbepaalde tijd. Toegegeven: het is een *long shot*, maar persoonlijk voel ik wel voor een dergelijke benadering.

Dwingt het *Kuso*-arrest ook tot een herziening als hiervoor bedoeld? Dat denk ik niet. De gelijkebehandelingsrichtlijnen maken wat de sanctie betreft immers geen onderscheid tussen de weigering tot aanwerving en een ontslag. Het staat de lidstaten daarbij vrij 'om voor de opschending van het discriminatieverbod te stellen sanctie een keuze te maken uit de verschillende oplossingen die geschikt zijn om het doel van de richtlijn te bereiken'. Als de lidstaat in dat verband kiest voor een schadevergoedingssanctie, moet de vergoeding echter wel in een passende verhouding staan tot de geleden schade en dus meer zijn dan een zuiver symbolische vergoeding. Dit om de doeltreffendheid en het afschrikwekkend effect van de schadevergoeding te verzekeren (HvJ EG 10 april 1983, C-14/83 (Von Colson)). Vanuit Europees perspectief maakt het dus niet uit wat de kwalificatie naar nationaal recht is, mits een discriminatoire niet-verlenging maar onder de gelijkebehandelingswetgeving wordt geschaard en er een afschrikwekkende sanctie op staat. Indien het College zijn vaste oordelenlijn zou handhaven, is dat naar mijn mening dan ook niet richtlijnconform. Toch zou dat voor mij iets onbevredigends hebben. Daar waar het Hof eenvoudigweg had kunnen voortborduren op eerdere jurisprudentie en had kunnen oordelen dat bij *Kuso* sprake was van een weigering tot aanwerving, koos het daar nadrukkelijk niet voor. Juist onder verwijzing naar die eerdere rechtspraak komt het Hof tot een diametraal tegengestelde uitspraak. Dit zonder duidelijke aanleiding. Helaas is de zaak berecht zonder voorafgaande conclusie van een A-G, zodat ook daar niet uit kan worden opgemaakt waarom voor de gevolgde route is gekozen. Maar dat zal toch niet voor niets zijn gedaan? Dat kan ik mij tenminste moeilijk voorstellen.

In dit verband is het – in dit geval – jammer dat het Hof prejudiciële vragen dikwijls herformuleert en deze niet beantwoordt zoals ze zijn gesteld. Het Oberste Gerichtshof stelde namelijk precies de vraag die ik aan het begin van deze paragraaf ook stelde. Hij vroeg:

'Verzet artikel 3, lid 1, sub a en c, van richtlijn 76/207 [...] zich tegen een nationale regeling volgens welke de vraag of de beëindiging van een arbeidsverhouding die uitsluitend het gevolg is van het verstrijken van de duur van een individuele arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die vóór de inwerkingtreding van deze richtlijn (in casu vóór de toetreding van de Republiek Oostenrijk tot de Europese Unie) is gesloten, discriminatie op grond van geslacht oplevert, niet op basis van de vóór de toetreding gemaakte contractuele afspraak tot beperking van de

duur van de overeenkomst als zijnde een “ontslagvoorwaarde” moet worden onderzocht, maar uitsluitend in het kader van de afwijzing van het verzoek tot verlenging van de overeenkomst als zijnde een “aanwervingsvoorwaarde” moet worden onderzocht.’

In mijn woorden: verbiedt Richtlijn 76/207 een nationale regeling die het van rechtswege aflopen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, voor de vraag of van discriminatie sprake is, kwalificeert als een weigering tot aanwerving in plaats van als een ontslag? Anders geformuleerd: mag het van rechtswege aflopen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de vraag of sprake is van discriminatie worden beschouwd als een weigering tot aanwerving, of moet dit *per se* worden aangemerkt als een ontslag? Interessant in dit verband is ook een van de opmerkingen die het Oberste Gerichtshof maakte in het kader van de vergelijking met de zaak *Kleist*. Het wees erop dat de voorliggende kwestie met die zaak gelijkenissen vertoonde, maar dat er minstens twee verschillen waren aan te wijzen:

‘15. Voorts merkt het Oberste Gerichtshof op dat het hoofdgeding weliswaar zekere gelijkenissen vertoont met de zaak die tot het arrest van 18 november 2010, *Kleist* (C-356/09, Jurispr. blz. I-11939), heeft geleid, maar dat het op ten minste twee punten ervan verschilt.

(...)

17. In de tweede plaats eindigde de arbeidsverhouding in de zaak *Kleist* door ontslag. In het geval van *Kuso* is er geen sprake van ontslag. De arbeidsverhouding in het hoofdgeding is gebaseerd op een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en is geëindigd door het verstrijken van de duur waarvoor deze overeenkomst is aangegaan. Aangezien dergelijke arbeidsovereenkomsten normalerwijs aflopen door het verstrijken van de duur ervan zonder dat daartoe enige verklaring hoeft te worden afgelegd, vraagt de verwijzende rechter zich dus af of er een onderscheid moet worden gemaakt tussen de omstandigheden van het hoofdgeding en die welke het Hof hebben gebracht tot zijn uitspraak in het reeds aangehaalde arrest *Kleist*, dan wel of de door het Hof geboden oplossing in het arrest *Kleist* kan worden toegepast op het hoofdgeding.’

Uit r.o. 17 kan worden opgemaakt dat het Oberste Gerichtshof eraan twijfelde of het de redenering uit *Kleist* een-op-een op de casus van *Kuso* kon toepassen, nu daarin niet sprake was van een ontslag. Kennelijk – ik leid dit af uit de formulering van de prejudiciële vraag – wordt het om een discriminatoire reden niet verlengen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in Oostenrijk, net als in Nederland, gezien als een discriminatoire weigering tot aanwerving. Het Hof formuleert de hem gestelde vraag echter op zodanige wijze dat de essentie ervan verloren gaat. Volgens hem wilde het Oberste Gerichtshof in wezen namelijk weten ‘of artikel 3, lid 1, sub a en c, van richtlijn 76/207 aldus moet worden uitgelegd dat een nationale regeling zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, (...) volgens welke de arbeidsverhouding eindigt bij het bereiken van de pensioenleeftijd, die verschilt naargelang de werknemer een man of een vrouw is, een door de richtlijn verboden discriminatie oplevert (...)’. Deze herformulering is – vanuit Nederlands perspectief – jammer, omdat daardoor niet wordt ingegaan op de kwalificatie die het van rechtswege aflopen naar nationaal recht moet



hebben. Of ligt het antwoord op de werkelijk gestelde vraag misschien juist verscholen in de herformulering? Uit de herformulering zou wellicht kunnen worden afgeleid dat het in de visie van het Hof niet ter zake doet op welke wijze het van rechtswege aflopen van een arbeidsovereenkomst wordt gekwalificeerd.

Afgevraagd kan overigens worden of het verschil in sanctie tussen een vernietigde beëindiging (arbeidsovereenkomst loopt door) en een discriminatoire niet-verlenging (volledige schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad) wel zo groot is. Formeel moet het antwoord ontkennend luiden. De schade die in geval van een discriminatoire niet-verlenging moet worden vergoed, is stikt genomen immers gelijk aan het loon dat de werknemer misloopt doordat hem geen contract is aangeboden. Dit is en blijft evenwel moeilijk vast te stellen. Bovendien verkeert de werknemer die om een discriminatoire reden is ontslagen in een gunstigere bewijsspositie. Hij kan volstaan met het invoeren van de vernietigbaarheid van het ontslag (waarvoor 'enkel' verboden onderscheid hoeft te worden aangetoond) en de arbeidsovereenkomst loopt vervolgens door. De werknemer die een arbeidsovereenkomst is geweigerd, zal naast het feit dat dit om een discriminatoire reden gebeurde, tevens de omvang van de schade moeten aantonen. Het causaliteitsleerstuk dwingt hem er ook nog eens toe aan te tonen dat hij bij wegedenking van de discriminatoire reden de arbeidsovereenkomst wel zou hebben gekregen. Als de werkgever in dit kader aanvoert dat hij in dat geval alsnog de voorkeur aan een ander zou hebben gegeven, omdat die ander over betere diploma's beschikt en meer werkervaring heeft, dient de schade, ook al is discriminatie vastgesteld, op nihil te worden gesteld. Hoewel de sancties op een discriminatoir ontslag en op een discriminatoire niet-verlenging formeel gelijk (behoren te) zijn, is de ontslagen werknemer in de praktijk beter af.

## 5. Slot

Met zijn uitspraak in *Kuso* stelt het Hof Nederlandse arbeidsrechtbeoefenaren voor een interessante vraag. Moeten we voortgaan op de oude lijn of is er reden deze te herzien? Voor diegenen die de huidige situatie onbevredigend vinden, opent het *Kuso*-arrest in ieder geval de mogelijkheid om de notie van een beëindiging van rechtswege ingang te doen vinden. Het wachten is wat mij betreft op de eerste rechter die zich hierover uitlaat. Ik ben benieuwd of die de vernietiging van een einde van rechtswege zal accepteren.