

## Oordeel 2011-109

### Waarom zou functioneel leeftijdsontslag onder 65 jaar geen leeftijdsdiscriminatie zijn?

Noot: mr. dr. M. Heemskerk

#### 1 Procesverloop

**1.1** Bij verzoekschrift van 21 januari 2011, dat op 21 januari 2011 is ontvangen, heeft verzoeker de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, gevraagd te onderzoeken of verweerder jegens hem verboden onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt door verzoeker met toepassing van artikel 97 van het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) ontslag te verlenen.

**1.2** Daarna zijn de volgende stukken gewisseld:

- brief van verzoeker van 28 februari 2011;
- brief van verweerder van 10 mei 2011.

**1.3** De Commissie heeft de zaak ter zitting behandeld op 17 mei 2011, waar verzoeker in persoon en verweerder, vertegenwoordigd door [. . .], senior juridisch adviseur, zijn verschenen.

#### 2 Feiten

**2.1** Verzoeker, geboren op 25 december 1949, is met ingang van 1 oktober 2009 geplaatst bij de Dienst Justitiële Inrichtingen in de functie van plaatsvervangend vestigingsdirecteur van de Penitentiaire Inrichting Zuid-Oost.

**2.2** Op 25 december 2009 heeft verzoeker de leeftijd van 60 jaar bereikt. Op grond van artikel 97, tweede lid, ARAR wordt aan een ambtenaar met een substantieel bezwarende functie, zoals de functie van verzoeker, eervol ontslag verleend bij het bereiken van de leeftijd van 60 jaar. Verzoeker heeft toestemming gekregen om na 1 januari 2010 door te werken tot 1 januari 2011 en is bovenformatief geplaatst in de functie van plaatsvervangend vestigingsdirecteur.

**2.3** Sinds 2009 vindt de reorganisatie van de sector Gevangeniswezen plaats. Naar verwachting zal deze reorganisatie in augustus 2011 worden afgerond.

**2.4** Bij brief van 19 april 2010 heeft verweerder aan verzoeker bevestigd dat met hem een ontslagdatum van 1 januari 2011 is overeengekomen. Verder staat in deze brief dat in september 2010 aan de hand van een gesprek

wordt bepaald of het ontslag op deze datum daadwerkelijk ingaat. Ten slotte staat er dat met hem is afgesproken dat hij per 1 januari 2011 met functioneel leeftijdsontslag (FLO) zal gaan, indien blijkt dat er geen werkzaamheden zijn voor verzoeker in 2011.

**2.5** In september 2010 heeft verzoeker verzocht om nog een jaar langer door te mogen werken. Verweerder heeft dit verzoek bij brief van 25 oktober 2010 afgewezen. Verzoeker heeft op 31 oktober 2010 tegen dit besluit bezwaar gemaakt. Op 21 februari 2011 heeft in het kader van het bezwaar een hoorzitting plaatsgevonden. Verweerder heeft ten tijde van de zitting nog geen besluit genomen op het bezwaar van verzoeker.

**2.6** Verzoekers aanstelling is met ingang van 1 januari 2011 beëindigd. Hoewel verzoeker formeel niet meer in dienst is van verweerder, verricht hij voor hem nog wel werkzaamheden. Daarbij gaat het om nagenoeg dezelfde werkzaamheden als in 2010.

#### 3 Beoordeling van het verzoek

**3.1** Ter beoordeling ligt de vraag voor of verweerder verboden onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt door verzoeker met toepassing van artikel 97 ARAR ontslag te verlenen. Bij deze beoordeling betreft de Commissie mede de procedure die verweerder heeft gevolgd bij de totstandkoming van het besluit om verzoeker ontslag te verlenen.

*Artikel 97 Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR)*

**3.2** Op grond van artikel 97, eerste lid, ARAR worden functies die als substantieel bezwarend zijn aangemerkt uit hoofde van de aard van de aan die functies verbonden werkzaamheden, onderverdeeld in twee categorieën A en B. De functie van verzoeker is aangemerkt als substantieel bezwarend volgens categorie A.

**3.3** In het tweede lid van artikel 97 ARAR is bepaald dat de ambtenaar die belast is met een functie die is ingedeeld in categorie A, eervol ontslag wordt verleend op de eerste dag van de maand volgend op die waarin hij de leeftijd van 60 jaar bereikt.

**3.4** Ingevolge artikel 97, vierde lid, ARAR kan het bevoegd gezag van het verlenen van ontslag, bedoeld in het tweede lid, telkens voor de duur van één jaar afzien, indien het dienstbelang zich daar niet tegen verzet, de

ambtenaar zulks heeft aangevraagd of daarmee instemt en hij blijkens de uitslag van een door de deskundige persoon of de Arbodienst ingesteld arbeidsgezondheidskundig onderzoek lichamelijk en psychisch in staat kan worden geacht zijn functie te blijven vervullen. In artikel 97, vijfde lid, ARAR is bepaald dat eervol ontslag plaatsvindt indien niet meer wordt voldaan aan één of meer van de in het vierde lid genoemde voorwaarden.

#### *Onderscheid op grond van leeftijd*

**3.5** Op grond van artikel 3, aanhef en onderdeel d, van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (WGBL), in samenhang met artikel 1 WGBL, is het verboden onderscheid op grond van leeftijd te maken bij de beëindiging van de arbeidsverhouding.

**3.6** Verzoeker stelt dat verweerder onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt door zich bij het besluit over de verlenging van verzoekers dienstverband niet te houden aan de termijnen die voor een dergelijke beslissing staan en door hem onvolledig te informeren. Tevens heeft verweerder volgens verzoeker verboden onderscheid op grond van leeftijd gemaakt door hem functioneel leeftijdsontslag te verlenen en zijn verzoek om verlenging van het dienstverband niet te honoreren.

**3.7** Verzoeker heeft zijn stelling ten aanzien van de onjuiste termijnen die zijn gehanteerd en de onvolledige informatie die hem is verstrekt door verweerder, als volgt toegelicht. Op 21 oktober 2008 heeft verzoeker aan verweerder aangegeven dat hij nog een aantal jaren langer wil werken en dat hij bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd nog niet met functioneel leeftijdsontslag (FLO) wil gaan. Pas op 9 maart 2009 ontvangt hij een ontvangstbevestiging en tevens een afwijzing van zijn verzoek. Hij heeft hiertegen bij brief van 4 april 2009 bezwaar aangetekend. Omdat hij niets meer hoorde van verweerder, heeft hij op 13 oktober 2009 een hernieuwd verzoek ingediend. Vervolgens wordt verzoeker er pas op 31 maart 2010 mondeling van op de hoogte gebracht dat hij in 2010 nog een jaar mag doorwerken en dat in september 2010 een gesprek zal plaatsvinden over 2011. Verweerder heeft derhalve pas in maart 2010 aan verzoeker laten weten dat hij nog een jaar mag blijven, terwijl hij per 1 januari 2010 eigenlijk al met FLO zou hebben moeten gaan.

**3.8** Vervolgens vond in september 2010 het gesprek plaats over de vraag of verzoeker ook in 2011 bij verweerder kon blijven werken. Verzoeker kreeg in dit gesprek te horen dat

verweerder had besloten dat hij per 1 januari 2011 met FLO moest gaan. Dit gesprek werd op 25 oktober 2010 schriftelijk bevestigd. Verzoeker heeft hiertegen op 31 oktober 2010 bezwaar gemaakt. Op 8 december 2010 werd verzoeker schriftelijk uitgenodigd voor een hoorzitting op 21 februari 2011. Op 8 december 2010 heeft verzoeker voor het eerst gehoord dat de brief van 25 oktober 2010 geen opschortende werking had en dat het ontslag derhalve per 1 januari 2011 zou ingaan. Verzoeker was hierdoor zeer aangeslagen. Hij had nog geen financiële regeling aangevraagd bij het ABP en het ontslag zou wel ingaan, waardoor de bezwaarprocedure volgens hem een wassen neus was. Vervolgens heeft verzoeker in december 2010 geprobeerd bij verweerder en het ABP informatie te krijgen over zijn ontslag, zodat hij de aanvraag bij het ABP zou kunnen regelen. Het verkrijgen van deze informatie verliep erg moeizaam, omdat medewerkers elkaar tegenspraken.

**3.9** Verzoeker is geraakt door de wijze waarop verweerder hem heeft behandeld. Verweerder heeft de termijnen niet in acht genomen en verwacht van verzoeker dat hij een ontslagformulier tekent, terwijl niemand hem kan informeren over de gevolgen die de ontslagaanvraag heeft. Verzoeker meent dat verweerder met deze gang van zaken onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt. Als hij niet vanwege zijn leeftijd met functioneel leeftijdsontslag had hoeven, was deze behandeling door verweerder hem niet ten deel gevallen.

**3.10** Verweerder heeft ter zitting erkend dat het lang heeft geduurd voor hij verzoeker duidelijkheid heeft gegeven omtrent zijn verzoek om langer door te werken. De oorzaak hiervan is er volgens verweerder in gelegen dat hij juist zorgvuldig met de kwestie wilde omgaan en hierover een goed besluit wilde nemen.

**3.11** Ten aanzien van de procedure die bij de beëindiging van het dienstverband met verzoeker is gevolgd, overweegt de Commissie als volgt. De Commissie stelt vast dat er een samenhang bestaat tussen de leeftijd van verzoeker en het feit dat verweerder een procedure heeft gevolgd om het functioneel leeftijdsontslag van verzoeker te bewerkstelligen. Immers, als verzoeker niet de leeftijd van 60 jaar zou hebben gepasseerd, zou een procedure met betrekking tot functioneel leeftijdsontslag niet aan de orde zijn geweest. Dit betekent echter niet zonder meer dat er ook een samenhang bestaat tussen de leeftijd van verzoeker en de gestelde en niet weersproken onvolkomenheden in de procedure. Die samenhang is er naar het oordeel van de Commissie niet,

.....

waardoor dit in het onderhavige geval ook niet kan leiden tot het oordeel dat verweerder jegens verzoeker onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt bij de beëindiging van het dienstverband. Daaraan doet niet af dat het wellicht wenselijk was geweest dat verweerder verzoeker eerder duidelijkheid had verschaft over zijn positie en meer informatie had gegeven over de gevolgen van zijn beslissing.

**3.12** Ten aanzien van de beëindiging van het dienstverband als zodanig, heeft verzoeker niet gesteld dat artikel 97 ARAR op zichzelf in strijd is met de WGBL. Hij meent echter dat verweerder het artikel onjuist heeft toegepast. Verzoeker ziet het verlenen van ontslag op de leeftijd van 60 jaar namelijk als een recht en niet als een plicht, mits de betrokkene gezond van lijf en leden is.

**3.13** Op dit punt stelt de Commissie vast dat in het tweede lid van artikel 97 ARAR is bepaald dat aan een werknemer bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd eervol ontslag wordt verleend. Het vierde lid van artikel 97 ARAR bepaalt dat het bevoegd gezag van het ontslag kan afzien als aan bepaalde voorwaarden is voldaan.

Uit het bepaalde in artikel 97 ARAR volgt naar het oordeel van de Commissie dat in beginsel eervol ontslag wordt verleend. Anders dan verzoeker meent heeft de werknemer dus niet zonder meer een recht om door te werken. Het bevoegd gezag heeft wel de mogelijkheid om af te zien van het ontslag, maar dan moet wel aan de wettelijke voorwaarden (zoals in 3.4 genoemd) zijn voldaan.

**3.14** De Commissie zal in het hierna volgende beoordelen of verweerder verboden onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt door het verzoek om verlenging van het dienstverband, in welke mogelijkheid het vierde lid van artikel 97 ARAR voorziet, niet te honoreren.

**3.15** Verzoekers aanstelling is op grond van hetgeen is bepaald in artikel 97 ARAR beëindigd vanwege zijn leeftijd. Jegens verzoeker is derhalve onderscheid op grond van leeftijd gemaakt bij de beëindiging van zijn dienstverband.

#### *Objectieve rechtvaardiging*

**3.16** Ingevolge artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel c, WGBL geldt het verbod van onderscheid niet indien het onderscheid objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en het middel voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk is. Ten aanzien van deze

uitzondering geldt dat de partij die mogelijk onderscheid heeft gemaakt feiten dient aan te dragen ter rechtvaardiging hiervan. Of in een bepaald geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte van de organisatie. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt ingezet moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel. Als aan deze voorwaarden is voldaan, levert het leeftijdsonderscheid geen strijd op met de WGBL.

**3.17** Ter onderbouwing van zijn besluit om verzoeker functioneel leeftijdsontslag te verlenen en diens verzoek om langer door te werken niet te honoreren, heeft verweerder het volgende naar voren gebracht.

**3.18** Als gevolg van een reorganisatie is sprake van boventaligheid in de functiecategorie van verzoeker. Gelet hierop verzet het dienstbelang zich er tegen dat verzoeker (nog) langer doorwerkt.

**3.19** De reorganisatie waarop verweerder doelt, is de reorganisatie van de sector Gevangeniswezen in verband met de invoering van de vestigingsstructuur. Het betreft een formele reorganisatie, waarvoor toestemming is verkregen van de ondernemingsraad. In deze nieuwe structuur zijn bij de inrichtingen de nieuwe functies van vestigingsdirecteur en plaatsvervangend vestigingsdirecteur ontstaan. De functies van algemeen directeur, locatiedirecteur en unit directeur zijn vervallen. Door deze wijziging is het aantal formatieplaatsen dat beschikbaar is voor directieleden, zoals verzoeker, teruggelopen. De reorganisatie houdt concreet in dat van de 178 directiefuncties die in de oude structuur bestonden, nog slechts 115 directiefuncties over zijn. Deze ingrijpende reorganisatie heeft dan ook ernstige consequenties voor de personele bezetting. Dit geldt nog sterker nu de betreffende directiefuncties zich in de top van de organisatie bevinden. Uit de aard van de zaak is er weinig ruimte om personeelsleden uit deze groep in een nieuwe functie te plaatsen. Wanneer zoveel functies worden opgeheven

is het voor alle betrokkenen van groot belang dat deze groep zo snel mogelijk in omvang wordt teruggebracht. Een van de middelen die verweerder daarbij ter beschikking staan, is het verlenen van ontslag aan medewerkers die de leeftijd van 60 jaar bereiken. De beëindiging van een dergelijk dienstverband heeft een gunstig effect op de overcapaciteit in de groep van personeelsleden met een directiefunctie. Voortzetting van een dergelijk dienstverband zou daarentegen de overcapaciteit bestendigen. Verweerder meent dan ook dat hij het dienstbelang ten grondslag heeft mogen en moeten leggen aan het afwijzen van verzoeken om voortzetting van het dienstverband.

**3.20** Uit enkele oordelen (2007-42, 2008-38) blijkt volgens verweerder dat de Commissie het dienstbelang bij het besluit om het verzoek om door te werken af te wijzen, restrictief uitlegt. De Commissie miskent volgens verweerder met deze oordelen dat de wetgever de regeling uit artikel 97 ARAR heeft geaccepteerd als objectieve rechtvaardiging van het onderscheid op grond van leeftijd. Los daarvan biedt de Memorie van Toelichting bij de WGBL volgens verweerder voldoende grond om te oordelen dat een werkgever het bedrijfsbelang mag en moet betrekken bij de beoordeling van het verzoek om langer door te mogen werken (*Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 34-35*): 'Onder zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang kunnen belangen van verschillende aard worden gevat. Daarbij moet bijvoorbeeld gedacht worden aan belangen zoals de continuïteit van het bedrijf, de bedrijfsvoering en de werkgelegenheid voor andere werknemers. Financiële belangen kunnen daarbij mede een rol spelen.'

**3.21** Gelet op de wetsgeschiedenis dient volgens verweerder te worden vastgesteld dat het de bedoeling van de wetgever is dat bij een reorganisatie een zwaarwegend dienstbelang aan de orde is. Wanneer de werkgever op grond van dit dienstbelang afwijzend beslist op een verzoek om iemand in een substantieel bezwarende functie na diens 60e verjaardag te laten doorwerken, is dit onderscheid volgens verweerder objectief gerechtvaardigd. Daarbij geldt dat de maatregelen die verweerder in het kader van de reorganisatie moet nemen alle leeftijdsgroepen treffen. In dit verband wijst verweerder de Commissie op de uitspraak van de rechtbank Alkmaar van 6 mei 2010, zaaknummer 10/759 en 10/760.

Verweerder wordt gesterkt in zijn oordeel dat het oplossen van boventaligheid onder dienstbelang in de zin van artikel 97, vierde lid, ARAR mag worden verstaan, nu dit in lijn is

met de criteria die voor het begrip dienstbelang in de Wet aanpassing arbeidsduur worden gehanteerd. In de Wet aanpassing arbeidsduur staat immers dat in ieder geval onder zwaarwegend dienstbelang moet worden verstaan ernstige problemen vanwege het niet voorhanden zijn van voldoende werk, of vanwege de omstandigheid dat de vastgestelde formatieruimte of personeelsbegroting ontoereikend is.

**3.22** De Commissie stelt op grond van het voorgaande vast dat het doel van het gemaakte onderscheid op grond van leeftijd jegens verzoeker, is gelegen in de bescherming van het dienstbelang, meer in het bijzonder in het voorkomen/oplossen van boventaligheid van medewerkers in directie functies. Door de reorganisatie is het aantal functies binnen de gehele organisatie van verweerder, maar zeker ook in de functiecategorie van verzoeker, aanzienlijk teruggebracht. Binnen de functiecategorie van verzoeker (directiefunctie) is het aantal functies teruggebracht van 178 naar 115 functies. Verweerder heeft hiermee voldoende aangetoond dat het doel, te weten het oplossen van boventaligheid, in het onderhavige geval voldoende zwaarwegend is en voldoet aan een werkelijke behoefte. Het gemaakte onderscheid jegens medewerkers die de FLO-gerechtigde leeftijd hebben bereikt, heeft niet als oogmerk om oudere werknemers te ontslaan. Er is derhalve geen sprake van een discriminerend oogmerk. De Commissie oordeelt op grond van het voorgaande dat het doel legitiem is.

**3.23** Ten aanzien van de geschiktheid van het middel oordeelt de Commissie dat door het verlenen van functioneel leeftijdsontslag het aantal boventalige medewerkers in directie functies kan worden beperkt. Het middel is daarom geschikt om het doel te bereiken.

**3.24** Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van het middel dient te worden bezien of het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is (subsidiariteit) en of het middel in evenredige verhouding staat tot het doel (proportionaliteit).

**3.25** Verzoeker meent dat zijn ontslag niet noodzakelijk is. Het argument dat verweerder aanvoert voor het niet verlengen van zijn dienstverband, te weten dat hij bovenformatief geplaatst is en dat hij boventalig is, is volgens verzoeker onjuist. Hij meent dat de werkzaamheden die hij thans in 2011 uitvoert niet anders zijn dan de werkzaamheden die hij in 2010 uitvoerde. Hij heeft een volwaardig takenpakket. Er liggen volgens verzoeker nog veel werkzaamheden die op uitvoering wach-

ten. Volgens verzoeker verschilt de feitelijke situatie in 2011 dan ook niet noemenswaardig van de situatie in 2010 en kan dit daarom geen argument zijn om zijn dienstverband niet te verlengen.

Ten aanzien van de boventalligheid wijst verzoeker er op dat er momenteel vijf vacatures voor directiefuncties zijn, waardoor er volgens hem van boventalligheid in die functiecategorie geen sprake is.

Verweerder wist op het moment dat hij besloot verzoekers dienstverband niet te verlengen (september/oktober 2010) precies wat het verloop van het personeel in de nabije toekomst zou zijn en of er vacatures zouden ontstaan op directieniveau en of verzoeker derhalve in dienst zou kunnen blijven. Boventalligheid van personeel is volgens verzoeker van voorbijgaande aard en op enig moment zou verweerder weer personeel op directieniveau moeten gaan werven. Het past volgens verzoeker niet in deze tijd, waarin het streven is om de pensioengerechtigde leeftijd omhoog te brengen van 65 jaar naar 67 jaar, dat het een gemotiveerde en goed functionerende werknemer niet is toegestaan om zijn ontslag uit te stellen. Verzoeker vindt daarom dat er geen objectieve rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid is.

**3.26** Verweerder heeft verklaard dat hij verzoeker bij wijze van uitzondering heeft toegestaan in 2010 een jaar langer bovenformatief door te werken. Bovenformatief houdt in dat verweerder geen plek had voor verzoeker. In aanvulling op zijn werkzaamheden ter ondersteuning van het lokale management bij de invoering van het vestigingsmodel richtte verzoeker werkzaamheden in het kader van het Masterplan Gevangeniswezen. Deze werkzaamheden kunnen volgens verweerder onder de andere leden van het kaderpersoneel worden uitgezet.

**3.27** Ten tijde van het besluit van 25 oktober 2010 waren er geen vacatures voor verzoeker en was ook niet te voorzien of er op korte termijn vacatures zouden ontstaan waarvoor verzoeker in aanmerking zou kunnen komen. De peildatum van 25 oktober 2010 is de datum die in deze procedure van belang is. De omstandigheid dat die vacatures er wel waren op een later moment, te weten het moment dat verzoeker zijn verzoek bij de Commissie indiende, doet daaraan volgens verweerder niet af. Er is een aantal mensen uitgestroomd, waardoor vacatures zijn ontstaan. Dit was destijds niet te voorzien. Ter zitting heeft verweerder verklaard dat deze vacatures inmiddels zijn ingevuld door herplaatsingskandidaten. Herplaatsingskandidaten zijn kandidaten die geen functievolger zijn,

dat wil zeggen dat zij na de reorganisatie niet in hun oude functie kunnen worden geplaatst en derhalve elders geplaatst moeten worden. Herplaatsingskandidaten hebben bij vacatures voorrang boven andere interne kandidaten en externe kandidaten.

**3.28** De Commissie overweegt ten aanzien van de vraag of er een alternatief middel is waarmee het doel ook kan worden bereikt, dat andere medewerkers binnen de functiecategorie van verzoeker boventallig zouden zijn verklaard indien verweerder werknemers die de FLO-leeftijd hebben bereikt, had laten doorwerken. Ten aanzien van de stelling van verzoeker dat hij in 2010 en 2011 dezelfde werkzaamheden heeft verricht en dat er nog voldoende werkzaamheden liggen die op uitvoering wachten, overweegt de Commissie dat tussen partijen niet in geschil is dat deze werkzaamheden ook door anderen kunnen worden verricht. Dat er nog voldoende werkzaamheden zijn, betekent bovendien niet dat er ook extra formatieruimte is. Indien verzoeker een formatieplaats inneemt, kan het gevolg zijn dat een andere medewerker binnen de functiecategorie van verzoeker boventallig moet worden verklaard.

**3.29** Ten aanzien van de stelling van verzoeker dat er thans weer vacatures zijn en er op een zeker moment een einde komt aan boventalligheid van personeel, waardoor er weer geworven zal moeten worden, overweegt de Commissie als volgt.

Ongetwijfeld zal aan de boventalligheid van personeel, onder andere binnen de functiecategorie van verzoeker, op enig moment een einde komen.

De Commissie acht het echter aannemelijk dat in september/oktober 2010 verweerder niet wist, althans niet met voldoende zekerheid wist, wanneer dat moment zou aanbreken. De uitstroom van personeel is in veel gevallen niet geheel te voorzien. Niet gebleken is dat er nu al een einde is gekomen aan de boventalligheid binnen de functiecategorie van verzoeker. Immers, de vacatures op directieniveau die verzoeker noemt, zijn ingevuld met herplaatsingskandidaten.

Op grond van het voorgaande oordeelt de Commissie dat er geen alternatief middel is waarmee het doel (in gelijke mate) kan worden bereikt.

**3.30** De Commissie is verder van oordeel dat het middel in evenredige verhouding tot het doel staat. Bij de afweging van de belangen van verzoeker en andere medewerkers, heeft verweerder mee mogen wegen dat de (financiële) consequenties voor verzoeker bij

ontslag minder groot zijn dan de consequenties voor andere medewerkers die de FLO-leeftijd niet hebben bereikt. Zo zal verzoeker pensioen ontvangen en geen sollicitatieplicht hebben. Voor andere medewerkers geldt dit niet.

**3.31** Nu er geen alternatief middel voorhanden is waarmee het doel in gelijke mate kan worden behaald en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel, oordeelt de Commissie dat het middel noodzakelijk is.

**3.32** Op grond van het voorgaande oordeelt de Commissie dat het door verweerder gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd is en verweerder jegens verzoeker derhalve geen verboden onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt bij de beëindiging van het dienstverband.

#### 4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat de Minister van Veiligheid en Justitie jegens [...] geen verboden onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt bij de beëindiging van het dienstverband.

Aldus gegeven te Utrecht op 12 juli 2011 door mr. D. Ghidei, voorzitter, mr. dr. J.C.J. Dute en dr. M. de Blois, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. A.H. Pranger, secretaris.

mr. D. Ghidei mr. A.H. Pranger

#### Noot door mr. dr. M. Heemskerck

1. Bovenstaand oordeel van de Commissie, dat gaat over het zogenaamde functioneel leeftijdsontslag van een plaatsvervangend vestigingsdirecteur van de gevangenis Zuid-Oost verrast. De CGB oordeelt dat dit leeftijdsontslag vóórdat betrokkene 65 jaar wordt geen discriminatie oplevert. Zijn werkgever mocht het leeftijdsontslag hanteren. In deze noot beargumenteer ik waarom het oordeel mijns inziens onjuist is.

2. In het Algemeen rijksambtenarenreglement (ARAR) staat dat sommige functies als substantieel bezwarend worden aangemerkt (artikel 97 ARAR). Plaatsvervangend locatie- of vestigingsdirecteur van een gevangenis is zo'n substantieel bezwarende functie (zie artikel 1 Regeling aanmerking substantieel bezwarende functies, Stcrt. 2011, 18 785). Aan dergelijke ambtenaren wordt eervol ontslag verleend op de eerste dag van de maand na het bereiken

van de leeftijd van 60 jaar. De overheidswerkgever (het bevoegd gezag) kan dat ontslag met telkens één jaar uitstellen indien (1) het dienstbelang zich daar niet tegen verzet (2) de ambtenaar daarmee instemt of dat verzoekt en (3) hij op grond van arbeidsgezondheidskundig onderzoek in staat blijkt om zijn functie te blijven vervullen.

3. Op 25 december 2009 wordt de plaatsvervangend directeur van de gevangenis 60 jaar. Dat is de leeftijd waarop hij volgens artikel 97 lid 2 ARAR in aanmerking komt voor functioneel leeftijdsontslag. Op zijn verzoek wordt zijn aanstelling in 2010 met een jaar verlengd. Wanneer hij voor het jaar 2011 opnieuw om verlenging verzoekt aan de minister van Veiligheid en Justitie, krijgt hij nul op het rekest. Zijn aanstelling eindigt met ingang van 1 januari 2011. De plaatsvervangend gevangenisdirecteur legt de zaak voor aan de Commissie en claimt dat sprake is van leeftijdsdiscriminatie. CGB stelt hem in het ongelijk.

4. De WGBL bepaalt dat pensioenontslag bij de AOW-gerechtigde leeftijd van (nu nog) 65 jaar geen verboden leeftijdsontslag vormt (artikel 7 lid 1 onder b WGBL). Gelet op de vaste jurisprudentielijn van het HvJ EG (onder meer de arresten Palacios, Age Concern, Rosenblatt) lijkt dat toelaatbaar. Anders is dat voor pensioenontslag onder de 65 jaar. In beginsel vormt dat verboden leeftijdsontslag tenzij sprake is van een valide reden (de objectieve rechtvaardiging als bedoeld in artikel 7 lid 1 sub c) voor het functioneel leeftijdsontslag.

5. De overheidswerkgever beroept zich onder meer op het dienstbelang. Meer specifiek wordt een aantal gevangenisdirecteuren boventallig verklaard. De reorganisatie van de sector Gevangeniswezen reduceert de 178 directiefuncties tot 115 functies. Herplaatsing naar andere functies is gelet op het hoge functieniveau niet goed mogelijk. Het leeftijdsontslag behoudt werkgelegenheid voor andere vestigingsdirecteuren. Oud moet plaatsmaken voor jong en er is voorzien in een pensioen, zo luidt het betoog van de werkgever.

6. De CGB ziet in de reorganisatie een zwaarwegend bedrijfsbelang dat een objectieve rechtvaardiging vormt. Het voorkomen/oplossen van boventalligheid van medewerkers is een legitiem doel. Het leeftijdsontslag is passend omdat het leidt tot minder boventallige directiefuncties. Ten aanzien van de noodzakelijkheid en proportionaliteitstoets merkt de CGB op dat er geen alternatief is waarmee het doel kan worden bereikt. Bottom line is dat

zonder het leeftijdsontslag een ander persoon boventallig zou worden.

7. In eerdere oordelen (CGB 2007-42 en 2008-38) oordeelde de CGB samengevat dat leeftijdsontslag bij 60 jaar voor gevangenispersoneel wel leeftijdsdiscriminatie opleverde. Zo werd het werkgelegenheidsargument mijns inziens terecht afgeschoten in oordeel 2007-42 over een penitentiair inrichtingsmedewerker (zie voor het bestuursrechtelijke vervolg Rb. Amsterdam 22 augustus 2007, LJN: BB 2290). Bij reorganisaties moet het ontslagrecht worden gevolgd (vergelijk artikel 49a-q ARAR voor rijksambtenaren), hetgeen de Commissie ook overwoog in dat oordeel. Selecteren op basis van leeftijd is ontduiking van de regels die bepalen wie boventallig is (vergelijk de afspiegingsregel uit het Ontslagbesluit in het civiele ontslagrecht en het LIFO beginsel in artikel 49e lid 2 ARAR).

8. Werknemers verplicht op grond van hun leeftijd het prepensioen induwen onder de noemer dat zij maar moeten plaatsmaken voor jongeren (solidariteit) druist in tegen de essentie van het verbod van leeftijdsdiscriminatie. In oordeel 2005-73 kwam de CGB nog tot de conclusie dat het discriminatoir was om een oudere postbezorger overcompleet te verklaren omdat zij recht hadden op prepensioen. Dit oordeel staat daar haaks op. Ook daarom kan ik bovenstaand oordeel van de CGB – en de vraag waarom de Commissie is omgegaan – niet goed plaatsen. Het doel is voorkoming van gedwongen ontslagen. Het middel is verplicht ontslag van ouderen via hun prepensioen. Dat lijkt mij een redenering waar een gat in te schieten valt of op zijn minst vraagtekens bij te plaatsen vallen omtrent de passendheid.

9. Het toestaan van individueel werkgelegenheidsbeleid – gericht op een enkel bedrijf/organisatie – als instrument om bij reorganisaties ouderen bij voorkeur boventallig te verklaren zou de deur openzetten voor een massale exit via gedwongen vervroegde pensionering. Ik voorzic dat werkgevers (en de arbeidsrechtpraktijk) daar gretig gebruik van zou maken. Bij het gevraagde solidariteitsoffer van ouderen vraag ik mij af of men voldoende oog heeft voor de potentieel aanzienlijke pensioenschade van betrokkenen. Een jaar eerder stoppen leidt over de duim gemeten (actuariële factoren zijn beslissend) tot een lager ouderdomspensioen van zo'n 7% en dat levenslang. Eerder stoppen leidt tot een lager pensioen (vergelijk ook artikel 18a lid 6 Wet op de Loonbelasting) omdat het pensioen eerder ingaat en er dus langer een pensioenuitkering moet worden betaald. Bovendien stopt de pensioenopbouw eerder

en rendeert het pensioenkapitaal niet langer. Verplicht stoppen op 61 jaar in plaats van 65 jaar – zoals in het geval van de gevangenisdirecteur – betekent financieel nogal wat, zeker omdat de pensioenuitkering exponentieel daalt (d.w.z. niet  $4 \times 7 = 28\%$  maar een veel hoger percentage). Een permanente inkomensverlaging van bijvoorbeeld 30 tot 40% vraagt nogal wat van de solidariteit en de belangenafweging die gemaakt moet worden. Of daarvoor compensatie wordt geboden bij de afvloeiing c.q. in de rechtspositieregeling is mij niet bekend.

10. Het reorganisatie- en werkgelegenheidsargument werd bij het Hof 's-Gravenhage 4 augustus 2009, PJ 2009/149; JAR 2009, 231 eveneens vergeefs bepleit, nota bene door het UWV als werkgever. Bij het UWV vond een grootschalige reorganisatie plaats en werd een beroep gedaan op de solidariteit van oudere werknemers die – populair gezegd – toch een prepensioen hadden. Daarom achtte het UWV het pensioenontslag op 61 jaar gerechtvaardigd. Het Hof maakte, mijns inziens terecht, korte metten met die argumentatie. Waarom de CGB afwijkt van haar eerdere oordelenlijn ten opzichte van functioneel leeftijdsontslag (zie oordeel 2007-42) – verweerder had daar toch nadrukkelijk om gevraagd – het niet de prepensioen induwen van ouderen bij reorganisaties (CGB 2005-73) of de jurisprudentielijn dat pensioenontslag onder 65 jaar vrijwel nooit toelaatbaar is, blijft helaas onduidelijk. Dat acht ik een motiveringsgebrek.

11. Fundamentele is de vraag of een bedrijfsbelang van de werkgever (hier: reorganisatie) wel een legitiem doel kan zijn. In het Prigge arrest van het HvJ EU van 13 september 2011, JAR 2011/263, EHRC 2012/1 oordeelde het Hof kort gezegd dat verplicht pensioenontslag van piloten bij Lufthansa bij 60 jaar leeftijdsdiscriminatie vormde. Met die uitspraak kon de CGB natuurlijk geen rekening houden. Het arrest Prigge is van later datum (13 september 2011) dan het oordeel (12 juli 2011). Dat neemt niet weg dat Europese rechtspraak de koers grotendeels bepaalt in gelijkebehandelingszaken. De uitkomst van die rechtspraak kan verstrekkende gevolgen hebben voor de onhoudbaarheid van bedrijfsreorganisaties als werkgeversargumenten.

12. Het arrest Prigge veronderstelt dat een rechtvaardiging voor leeftijdsonderscheid in de nationale wetgeving (voor Nederland de WGBL) gebaseerd moet zijn in een doelstelling van *nationaal* sociaal beleid als bedoeld in artikel 6 Richtlijn 2000/78. Eerder was die overweging al inleesbaar in de arresten Hütter

(HvJ EG C-88/08, r.o. 41) en met name Age Concern, NJ 2009, 299 r.o. 46):

‘Uit artikel 6, lid 1, van richtlijn 2000/78 blijkt dat de doelstellingen die als ‘legitiem’ in de zin van die bepaling zijn te beschouwen en bijgevolg kunnen rechtvaardigen dat wordt afgeweken van het principiële verbod van discriminatie op grond van leeftijd, doelstellingen zijn van sociaal beleid, zoals die in verband met het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding. *Door hun karakter van algemeen belang onderscheiden die legitieme doelstellingen zich van louter individuele beweegredenen die eigen zijn aan de situatie van de werkgever, zoals de vermindering van de kosten of de verbetering van het concurrentievermogen (onderstreping MH), zonder dat echter valt uit te sluiten dat een nationale regel, bij het nastreven van die legitieme doelstellingen, de werkgever een zekere mate van flexibiliteit toekent.*

13. Bovenstaand citaat maakt mijns inziens duidelijk dat een rechtvaardiging voor leeftijdsonderscheid het nationaal beleid/algemeen belang moet betreffen. Individueel werkgeversbeleid dat daarvan afwijkt is verdacht. Het

bedrijfsbelang als objectieve rechtvaardiging botst met de Europese lijn, tenzij kan worden betoogd dat de objectieve rechtvaardigingstoets van artikel 7 lid 1 sub c WGBL de grondslag biedt voor het nationale beleid waarin juist bewust ruimte wordt gelaten voor bedrijfsbelangen. Bij een strikte uitleg – waarin geen ruimte is voor bedrijfsbelangen als objectieve rechtvaardiging – kan het Prigge-arrest wel eens de bijl aan de wortel van het functioneel leeftijdsontslag zijn, als ik op deze plaats die steen in de vijver mag gooien. Mij dunkt dat een reorganisatie op bedrijfsniveau met leeftijdsontslag onder de pensioengerechtigde leeftijd van (nu nog) 65 jaar geen doelstelling van nationaal beleid is. Alle kabinetsstukken zijn gericht op langer doorwerken. Ook de KLM-rechtspraak, waarbij KLM tot nu toe met succes het doorstromingsargument inzet als rechtvaardiging voor pensioenontslag van piloten bij 56/58 jaar, is dan niet in lijn met de Europese rechtspraak. Ik ben benieuwd of de volgende ambtenaar die zijn FLO aanvecht de CGB (of kantonrechter) met deze of andere argumenten kan verleiden tot een nieuw oordeel over functioneel leeftijdsontslag onder de 65 jaar.