

LEEF TIJDS DISCRIMINATIE BEDREIGT ARBEIDSVOORWAARDEN

Hoe demonteer ik de tijdbom van leeftijdsdiscriminatie?

340 Mr drs Mark Heemskerk

Mark Heemskerk is promovendus Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht. Hij is tevens werkzaam als juridisch medewerker bij een Amsterdams advocatenkantoor.

Er tikt een tijdbom onder arbeidsvoorwaarden met leeftijdsgrenzen. Niets doen is bij een tijdbom niet verstandig. Daarom is actie geboden. Met het juiste gereedschap kan deze tijdbom buiten werking worden gesteld.

Sinds op 1 mei 2004 de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, beroep en beroeps- onderwijs (WGBL) in werking is getreden, ligt er een tikkende tijdbom onder arbeidsvoorwaarden met leeftijdsgrenzen.¹ Het gevaar van leeftijdsdiscriminatie begint al bij de werving en selectie (par. 3). Ook de in vrijwel elke CAO voorkomende leeftijdsvakantiedagen liggen onder vuur (par. 4). Het regent eveneens oordelen over pensioenregelingen met leeftijdsgrenzen. Een actueel vraagstuk is of sociale partners de (fiscaal toegestane) handhaving van VUT en prepensioen voor 55-plussers mogen opnemen in hun arbeidsvoorwaarden (par. 5). In deze bijdrage signaleer ik het gevaar van leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid en ga ik in op de mogelijkheid om leeftijdsdiscriminatie te bestrijden. Daarbij bespreek ik enkele valkuilen waar omheen gelopen moet worden. Tenslotte geef ik enkele vingerwijzingen om de tijdbom van leeftijdsdiscriminatie te demonteren.

1. DE IMPACT VAN LEEF TIJDS DISCRIMINATIE

De impact van leeftijdsdiscriminatie valt nauwelijks te overschatten. Hoewel de regering het in de Kamerstukken bestrijdt, betekent de wet dat alle leeftijdsge- relateerde arbeidsvoorwaarden verdacht zijn.² Bijna alle arbeidsvoorwaarden zijn doordrenkt van leeftijds- grenzen. Neem een willekeurige CAO, pensioenrege- ling of sociaal plan en de kans is levensgroot dat er op meerdere plaatsen leeftijdsgrenzen in staan.

Onderzoek van het ministerie van SZW uit juli 2005 naar leeftijdsdiscriminatie in CAO's wijst uit dat in 99% van de CAO's (121 van 122 onderzochte CAO's) leeftijdsdiscriminatie wordt gemaakt.³ Doordat de CAO's geen informatie verschaffen over de redenen voor het maken van leeftijdsdiscriminatie is onduidelijk of de betrokken partijen zich bij het maken van CAO-afspraken ervan bewust zijn (geweest), dat onderscheid alleen is toegestaan wanneer daar een objectieve rechtvaardiging voor is.⁴ Vermeldenswaardig is dat minister De Geus voornemens is de Stichting van de Arbeid (STAR) in overweging te geven om CAO-partijen die leeftijdsdiscriminatie maken in de CAO te verzoeken de reden van het gemaakte onderscheid op te nemen in de CAO. Zo wordt de motivering voor het gebruik van leeftijdsdiscriminatie voor een ieder duidelijk, aldus de minister.⁵

De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) maakt intussen overuren om leeftijdsdiscriminatie te beoordelen. Meer dan één derde van alle CGB-oordelen in 2005

betrof leeftijdsdiscriminatie. De arbeidsrechtelijke inkt over dit onderwerp vloeit ook rijkelijk.⁶

2. WGBL

De WGBL geeft ten aanzien van de discriminatiegrond leeftijd uitvoering aan de op artikel 13 van het EG-Verdrag gebaseerde EG-Richtlijn 2000/78.⁷ Uitgangspunt is dat leeftijdsdiscriminatie in arbeidsvoorwaarden verboden is tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Zonder goede reden maken sociale partners verboden leeftijdsdiscriminatie. Bedingen in strijd met de WGBL zijn nietig.⁸

De 'goede reden' heeft juridisch vorm gekregen in de objectieve rechtvaardigingstoets. Het leeftijdsdiscriminatie is objectief gerechtvaardigd wanneer er (1) een legitiem doel is (2) het middel voor het bereiken van dat doel passend is en (3) het middel noodzakelijk is. Dit is vastgelegd in artikel 7 lid 1 sub c WGBL. Overigens kent de wet uitzonderingen op het verbod van leeftijdsdiscriminatie. Een voorbeeld daarvan is de beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de AOW-leeftijd.⁹ Met betrekking tot pensioen- voorzieningen zijn de pensioenleeftijd, de toetredings- leeftijd en actuariële factoren uitgezonderd (zie art. 8 WGBL).

Opmerking verdient nog de regeling van de bewijslastverdeling, neergelegd in artikel 12 WGBL. Indien de- gene die meent dat in zijn nadeel leeftijdsdiscriminatie is of wordt gemaakt in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, moet de weder- partij bewijzen dat er geen sprake is van leeftijdsdiscriminatie. De werknemer die een CAO-bepaling of vacature met leeftijdsgrens overlegt, voldoet aan de vereisten van artikel 12 WGBL. Daarmee zal de be- wijslast – en het bewijsrisico – rusten op de werkge- ver. Hij moet bewijzen dat er een objectieve rechtvaar- diging is om leeftijdsdiscriminatie te maken.

In de volgende paragrafen beschrijf ik het gevaar van leeftijdsdiscriminatie voor vacatures, leeftijdsvakantie- dagen en overgangsregelingen.

3. VACATURES

3.1 Leeftijdsdiscriminatie vereist motivering in advertentie

Vanaf 1 mei 2004 is het achterwege laten van een reden voor leeftijdsdiscriminatie in vacatures strijdig met artikel 9 WGBL. Dat is goed nieuws voor verkopers van advertentieruimte. Motivering betekent grotere teksten en extra inkomsten voor hen. Een blik op per- soneelsadvertenties in kranten, tijdschriften en web- sites leert dat de wet niet strikt wordt nageleefd.

Leeftijdsgrenzen in vacatures leveren dan ook veel 'ju- risprudentie' op van de CGB.¹⁰ Ook de media besteed- den er dit jaar aandacht aan, getuige bijvoorbeeld de uitzending van het TV-programma Netwerk van 27 juni 2005.¹¹ In de top tien van meest gestelde vragen aan de CGB staat op de tweede plaats een vraag over leef- tijdsdiscriminatie bij vacatures.¹² Niet alleen werkge-

De 'truc' om in plaats van een harde leeftijdsgrens begrippen als aankomend, jong, ervaren of senior in vacatures te hanteren, is niet zonder gevaar.

vers zijn gebonden aan de WGBL; ook uitzendbureaus en bemiddelingsorganisaties zoals het Centrum voor Werk en Inkomen (CWI) moeten zich eraan houden. Zo oordeelde de CGB dat CWI in strijd handelde met de WGBL door op haar website een vacature te plaatsen voor een transportplanner van maximaal 35 jaar zon- der motivering van deze leeftijdsgrens.¹³ In oordeel 2005-81 bepaalde de CGB – na een klacht van een 62- jarige chauffeur – dat een bureau dat zich gespeciali- seerd had in arbeidsbemiddeling voor senioren niet uitsluitend voor 65-plussers mocht bemiddelen. De wet heeft ook gevolgen voor de positie van 65-plus uit- zendbureaus of studentenuitzendbureaus. Advertentie- ties als 'Gezocht: 65-plussers' of 'Studenten gezocht' vereisen een motivering. Duidelijk is dat 'kale' leef- tijdsdiscriminatie in vacatures ('leeftijd <30') niet zijn toe- gestaan zonder reden. Ook de 'truc' om in plaats van een harde leeftijdsgrens begrippen als aankomend, jong, ervaren of senior te hanteren, is niet zonder ge- vaar. Dit kan indirect leeftijdsdiscriminatie meebrengen. Ook in dat geval moet de reden vermeld worden. Om werkgevers meer duidelijkheid te verschaffen heeft de CGB eind 2005 het advies 'Leeftijdsdiscriminatie in advertenties' uitgebracht. Het expertisecen- trum LEEFTijd heeft een checklist ontwikkeld als lei- draad bij het vaststellen van advertenties.¹⁴

3.2 CGB-oordelen

Er is volgens de CGB sprake van onderscheid op grond van leeftijd, 'indien de bewoordingen in een perso- neelsadvertentie, al dan niet in combinatie met het gebruikte beeldmateriaal en/of taalgebruik, kunnen

1. Wet van 17 december 2003, Stb. 2004, 30. Inwerkingsetreden op 1 mei 2004, Stb. 2004, 90.

2. Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr 3, p. 12.

3. J.J.H. Schrama, C. Klaassen, E.C. Junger-van Hoorn, *Onderscheid naar leeftijd in CAO's*, SZW juli 2005.

4. *Persbericht SZW 26 oktober 2005, nr 05/180.*

5. Kamerstukken II 2004/05, 28 170, nr 40, p. 3-4.

6. Bijvoorbeeld M.M. van der Burg, 'Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid', *Actualiteiten Sociaal Recht nr 19, Deventer: Kluwer 2004*; K. van Kranenburg-Hanspians, 'Leeftijdsdiscriminatie en ontslagrecht', *AR 2005/12*, p. 3-7.

7. EG-Richtlijn 2000/78, PbEG 2000, L 303/16.

8. Art. 13 WGBL.

9. Art. 7 lid 1 sub b WGBL.

10. Bijvoorbeeld CGB 2005-32/33; 2005-36/37; 2005-106/107; 2005-149 en 2005-198.

11. http://www.netwerk.tv/index.jsp?p=items&r=deze_week&a=179427.

12. www.cgb.nl.

13. CGB 2005-32.

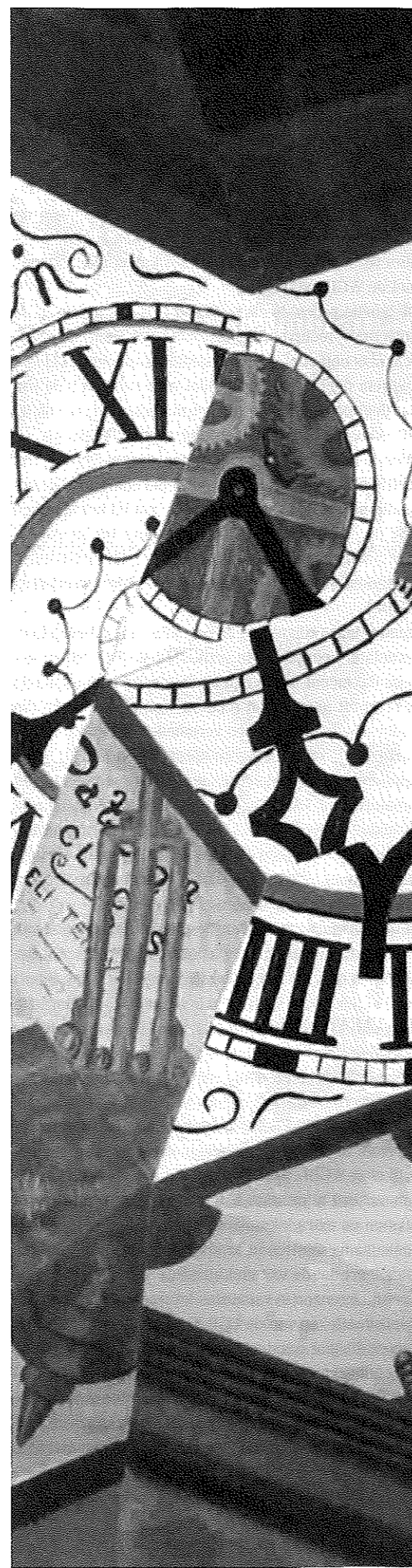
14. <http://www.leeftijd.nl/cgi-bin/checklist.cgi>.

wijzen op een voorkeur voor een bepaalde leeftijds-categorie.¹⁵

Enkele oordelen en genoemd advies van de CGB geven het volgende beeld. Een link in de advertentie naar de persoon of leeftijd van de kandidaat is gevaarlijk. Teksten als 'passen binnen het team', 'passen binnen het dynamische bedrijf' en 'een niet al te hoge gemiddelde leeftijd' lijken leeftijdsonderscheid op te leveren. Om bij het laatste voorbeeld te blijven: 'In deze woorden (...) kan immers een negatief oordeel van verweerster over een hoge gemiddelde leeftijd binnen het bedrijf worden gelezen. Sollicitanten met een hoge leeftijd kunnen daar uit begrijpen dat zij minder welkom bij opdrachtgeefster zijn omdat zij de gemiddelde leeftijd binnen het bedrijf waarschijnlijk zullen verhogen.' De commissie oordeelde dat hier sprake was van leeftijdsonderscheid.¹⁶ Voor de duidelijkheid: dat betekent niet dat deze teksten niet zijn toegestaan. Het betekent wél dat er (1) een reden in de advertentie moet staan en (2) dat deze reden een objectieve rechtvaardiging moet opleveren. Ten slotte een voorbeeld van een volgens de CGB toegestane advertentietekst. Op 19 december 2005 oordeelde de CGB dat aanduidingen als 'je komt te werken in een relatief jong en enthousiast team' en 'in staat te werken in een jonge organisatie', geen enkele aanleiding voor leeftijdsonderscheid meebrachten.¹⁷ Ook de vraag naar een minimumwerkervaring van 24 maanden vormde geen leeftijdsonderscheid, aldus de CGB. De wet trekt het noemen van een reden en de beoordeling daarvan uit elkaar. Is er sprake van leeftijdsonderscheid dan schrijft artikel 9 WGBL slechts voor dát er een reden in de advertentie moet staan. Het zegt nog niets over de waarde of inhoud van die reden, de beoordeling daarvan loopt via de objectieve rechtvaardigingstoets. Dat blijkt uit artikel 3 onder a WGBL jo artikel 7 lid 1 sub c WGBL.

4. LEEFTIJDVAKANTIEDAGEN

Een tweede veel voorkomende verdachte arbeidsvoorwaarde is het fenomeen van de leeftijdsvakantiedagen. Het al genoemde SZW-onderzoek naar leeftijdsonderscheid in CAO's laat zien dat in 93% van de CAO's (114 van de 122 CAO's) bij verlof leeftijd een criterium is. De meeste van deze CAO's (89%) bevatten één of meerdere leeftijdsgerelateerde afspraken over extra verlofdagen voor oudere werknemers (ook wel senioren-dagen genoemd).¹⁸ Deze dagen zijn al sinds jaar en dag in talloze CAO's opgenomen: aan werknemers vanaf een bepaalde leeftijd worden extra vrije dagen toegekend. In de al gememoreerde top tien van meest gestelde vragen aan de CGB staat de vraag over de toelaatbaarheid van (afgeschafte) leeftijdsvakantiedagen op plaats vijf.



Naar aanleiding van vragen van de fracties van CDA, PvdA en Groenlinks in hoeverre leeftijdsvakantiedagen nog zijn toegestaan meldde de regering dat een legitiem doel kan zijn het rekening houden met de mogelijke afname van de belastbaarheid van oudere werknemers.¹⁹ Daaronder verstaat de regering onder meer het voorkomen van ziekteverzuim en WAO-instroom (tegenwoordig WIA) door oudere werknemers.²⁰ Dit is in sommige sectoren en bij sommige functies eerder dan in andere sectoren en functies aan de orde.

4.1 Objectieve rechtvaardiging

Het ligt voor de hand om – in aansluiting op de parlementaire geschiedenis – de reden voor extra vakantiedagen te zoeken in preventie van ziekteverzuim en het geven van meer hersteltijd aan oudere werknemers wegens hun afnemende belastbaarheid. Ik signaleer twee complicaties bij deze argumenten.

Het extra verlof moet *aantoonbaar* helpen om ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid te voorkomen en belastbaarheid te reguleren.²¹ Niet elke organisatie heeft haar ziekteverzuimcijfers en de belastbaarheid per leeftijdscategorie van haar werknemers op een rijtje. Het is moeilijk om een algemeen geldende uitspraak te doen over de belastbaarheid bij een toenemende leeftijd. Vanaf welke leeftijd neemt de belastbaarheid af? Is dat aantoonbaar in de sector of organisatie? De belastbaarheid zal in de metaalindustrie anders liggen dan in de bancaire sector, lijkt mij. Ik kan mij ook voorstellen dat de belastbaarheid van productiepersoneel anders is dan die van de human resources afdeling.

De CGB verwijst inzake de belastbaarheid in enkele oordelen naar onderzoek van TNO-arbeid uit 2004 (zie 4.2).²² Ander onderzoek toont aan dat vanaf 45 jaar verouderingsverschijnselen zichtbaar worden en de belastbaarheid afneemt. Dit geldt met name voor blauwe boorden, lager opgeleiden en functies met een geringe regelcapaciteit.²³ Onderzoek naar de belasting van brandweermannen laat zien dat ouderen (>50 jaar) in het algemeen een grotere kans hebben op aan taakeisen gerelateerde gezondheidsrisico's dan jongeren. Deze gezondheidsrisico's zijn individueel bepaald en ontstaan soms al vanaf het 40ste jaar.²⁴ De verschillende onderzoeken geven dus geen eenduidig beeld.

Een tweede complicatie is dat de *noodzaak* van de leeftijdsvakantiedagen moet worden aangetoond in organisaties. Is er een alternatief om de (afnemende) belastbaarheid van oudere werknemers te verhelpen? Een veel geslaakte kreet in dit kader is 'leeftijdsbewust personeelsbeleid'. Dit begrip wordt echter zelden toegelicht en de benaming riekt naar leeftijdsdiscriminatie. Ook intrigerend is de vraag hoe de commissie vaststelt of er een volwaardig alternatief is. Behoort het beoordelen van een alternatief tot de discretionaire bevoegdheid van de CGB of zijn er nog checks and balances?²⁵

De Commissie oordeelde dat de 'ouwelullendagen' niet waren toegestaan.

4.2 CGB-oordelen

In 2004 leidden twee oordelen van de CGB tot consternatie over de houdbaarheid van leeftijdsvakantiedagen. De Commissie oordeelde namelijk dat de 'ouwelullendagen' niet waren toegestaan (oordelen 2004-118 en 2004-150).²⁶ Saillant detail was dat in beide gevallen de werkgever de regeling via een 'oordeel omtrent eigen handelen' ter beoordeling aan de CGB had voorgelegd. Het ontbreken van een 'tegenstander' bij een oordeel omtrent eigen handelen vereist een actieve opstelling van de commissie. Dat wil zeggen dat de Commissie mijns inziens niet te snel – bijvoorbeeld bij gebrek aan informatie van de werkgever – een streep mag halen door arbeidsvoorwaarden die een bepaalde leeftijdsgroep beschermen.

Hoe dan ook, in beide gevallen was het verlichten van de werkdruk van oudere werknemers geen objectieve rechtvaardiging. Aangezien een lager ziekteverzuim en WAO-instroom niet aantoonbaar waren – bij gebrek aan cijfers van werkgeverszijde – greep de CGB terug naar het hierboven aangehaalde TNO-rapport waaruit blijkt dat andere factoren dan leeftijd, zoals leefstijl, functieduur en langdurige fysieke belasting een grotere rol spelen bij de gezondheid en inzetbaarheid van oudere medewerkers.²⁷ Daar wil ik enkele kanttekeningen bij plaatsen. Het TNO-rapport baseert zich op onderzoek onder werknemers. Veel oudere werknemers hebben het arbeidsproces al verlaten. De WW en de WAO hebben jarenlang als verkapte uitredingsregelingen voor afvloeiing van oudere werknemers gediend. Dit aspect van de 'verborgen, reeds afgevloede ouderen' zit volgens mij niet besloten in het onderzoek. Ten tweede zijn andere rapportages denkbaar (zie 4.1). Daar komt nog bij dat het werkgevers die afwillen van hun leeftijdsvakantiedagen kan stimuleren om niet met cijfers aan te komen. Zij 'vertrouwen' op het TNO-rapport om goedkoop van de dagen af te komen.

19. Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr 4.

20. Kamerstukken II 20 0304, 28 170, nr 7, p. 6.

21. Persbericht SZW 26 oktober 2005, nr 05/180.

22. A. Nauta, M.R. de Bruin en R. Cremer, *De mythe doorbroken, gezondheid en inzetbaarheid van oudere medewerkers*, TNO Arbeid 2004.

23. IVA, *De wenselijkheid van het maken van onderscheid naar leeftijd*, Tilburg februari 2005, vergelijk bijlage Kamerstukken II, 28 170, 2005/06, nr 44.

24. J.K. Sluiter, H.M.W. Frings-Desen, *Brandweeronderzoek. De gezondheidkundige onderbouwing van (vervroegde) uitreding op basis van leeftijd bij brandweerpersonnel*, Coronel Instituut, oktober 2004, p. 7.

25. Beantwoording valt buiten het bestek van deze bijdrage.

26. M.S.A. Vegter, *Extra vakantiedagen voor oudere werknemers*, SR 2004/11, p. 379-380.

27. A. Nauta (noot 22).

15. CGB 2005-107.

16. CGB 2005-107.

17. CGB 2005-240.

18. Schrama (noot 3).

Ook de Commissie (b)lijkt te worstelen met de vraag wanneer er sprake is van een goede reden voor de leeftijdsvakantiedagen. In 2005 heeft de CGB namelijk drie oordelen over leeftijdsvakantiedagen aangehouden.²⁸ Zij merkte op niet voldoende informatie te hebben om te beoordelen of het leeftijds onderscheid objectief is gerechtvaardigd. Daarom heeft zij de Organisatie voor Strategisch Arbeidsmarktonderzoek verzocht een instrument te ontwikkelen waarmee de belasting van functies kan worden gemeten en op objectieve wijze de relatie kan worden gelegd met de belastbaarheid die volgens verzoeker afneemt naarmate de leeftijd vordert.

Handhaving van de regeling voor 55-plussers (en niet voor 55-minners) kan leiden tot een solidariteits- en generatieconflict, jong versus oud.

In afwachting van de resultaten van dit onderzoek houdt de Commissie haar oordelen aan en is onzeker of de leeftijdsvakantiedagen houdbaar zijn. Ook met het onderzoek in de hand zal niet zonder meer duidelijk zijn in welke branche of organisatie leeftijdsvakantiedagen zijn toegestaan, al is het maar omdat de rechter de CGB (en het onderzoek) niet hoeft te volgen of er discussie kan ontstaan over de exacte leeftijdsgrens en het aantal dagen. Daarbij merk ik op dat sociale partners een idee kunnen krijgen van de toelaatbaarheid door te kijken naar de belastbaarheid en het ziekteverzuim in de organisatie of de branche. Ook de leeftijd waarop de dagen worden toegekend en het aantal extra vakantiedagen spelen een rol. In zijn algemeenheid zal het op relatief jonge leeftijd toekennen van extra leeftijdsvakantiedagen minder snel geoorloofd zijn.²⁹

5. OVERGANGSREGELINGEN

Veel CAO's en pensioenregelingen kennen overgangsregelingen met leeftijdsgrenzen. Bij wijziging van wetgeving worden bestaande regelingen voor oudere werknemers vaak gehandhaafd. Zo hebben veel pensioenregelingen overgangsregelingen met leeftijdsgrenzen (VUT-prepensioen of eindloon-middellood). Uit de voorjaarsrapportage CAO-afspraken 2004 van de Arbeidsinspectie blijkt dat ongeveer 2,5 miljoen werknemers destijds onder een overgangsregeling van VUT naar prepensioen viel.³⁰ Vanaf 1 mei 2004 moeten zowel bestaande (na mei 2004 doorlopende) als nieuwe overgangsregelingen met leeftijdsgrenzen objectief gerechtvaardigd zijn.

Een actueel voorbeeld van een overgangsregeling vormen de afspraken van sociale partners over de fiscale VPL-wetgeving, het fiscaal handhaven van VUT en prepensioen voor werknemers die op 1 januari 2005 55 jaar of ouder zijn. Handhaving van de regeling voor 55-plussers (en niet voor 55-minners) kan leiden tot een solidariteits- en generatieconflict, jong versus oud.³¹ Jonge werknemers willen niet meebetalen aan (VPL-)overgangsregelingen voor ouderen, waarvan zij zelf nooit gebruik zullen maken. Dat uitte zich bijvoorbeeld in krantenkoppen als 'Jongeren weigeren solidariteit als eenrichtingsverkeer' en 'Bonden richten zich vooral op babyboomers'.³² Het leidde ook tot de oprichting van Alternatief voor Vakbond (AVV) en een klacht bij de AFM.

5.1 Handhaven VUT en prepensioen voor 55-plussers

Een veelgehoorde – maar onjuiste – opmerking is dat handhaving van VUT en prepensioen voor 55-plussers is toegestaan omdat het is neergelegd in fiscale wetgeving (zie 6.3). Sociale partners die er vanuit gaan dat het overnemen van de fiscale VPL-overgangsregeling – handhaving van de regeling voor 55-plussers – geen leeftijdsdiscriminatie kan opleveren, komen bedrogen uit. In de parlementaire behandeling van de wet VPL is meermalen nadrukkelijk gevraagd of de leeftijdsgrens van 55 jaar juridisch houdbaar is. De regering heeft herhaaldelijk aangegeven dat de leeftijdsgrens geoorloofd is.³³ Hier is een waarschuwing op haar plaats. De regering heeft het over de grens van 55 jaar in de fiscale wetgeving. Daardoor zijn sociale partners op het verkeerde been gezet. De regering wekt ten onrechte de indruk dat het gebruik maken van het overgangsrecht voor sociale partners geen probleem vormt. Zij geeft aan dat gebruikmaking van overgangsrecht een beoogd effect is en dat zij sociale partners de mogelijkheid biedt om de regelingen voort te zetten.³⁴ Wanneer sociale partners het fiscale overgangsrecht vastleggen in hun arbeidsvoorwaarden doet het gevaar van leeftijdsdiscriminatie echter levensgroot op.³⁵

5.2 CGB-oordeel ABP-overgangsregeling

Werkgevers en werknemers binnen de sector overheid en onderwijs waren tot een Hoofdlijnenakkoord geko-

Er zijn argumenten denkbaar om leeftijd anders te benaderen dan bijvoorbeeld ras of geslacht. Zo heeft leeftijd een dynamisch karakter, waar ras en geslacht een statisch karakter hebben.

men over aanpassing van de (pre)pensioenregeling aan de Wet VPL. Sociale partners legden de ABP-overgangsregeling ter toetsing voor aan de CGB om meer zekerheid te verkrijgen over de juridische houdbaarheid van de leeftijdsgrenzen in het overgangsrecht. Op 8 november 2005 besliste de CGB dat de overgangsregeling bij ABP geen verboden leeftijds onderscheid bevatte.³⁶ Het doel – de objectieve rechtvaardigingsgrond – van het Hoofdlijnenakkoord bestaat uit meerdere onderdelen: het streven naar een betaalbaar en stabiel pensioensysteem, dat binnen bepaalde leeftijdsgrenzen flexibel inzetbaar is, voorziet in een inkomensniveau dat in redelijke verhouding staat tot het inkomen tijdens het arbeidsleven en de duur daarvan, gerechtvaardigde verwachtingen binnen de fiscale grenzen zoveel mogelijk respecteert en de lasten redelijk verdeelt over alle deelnemers.

Een andere pensioenvoorziening voor jong dan voor oud is toegestaan. Met andere woorden, de pensioenvoorzieningen voor jong en voor oud zijn niet gelijk maar wel gelijkwaardig. 'Alhoewel door toepassing van het Hoofdlijnenakkoord niet ieder afzonderlijk onderdeel van het doel voor de deelnemers in gelijke mate zal kunnen worden bereikt, wel zal het doel in zijn totaliteit worden bereikt. De Commissie acht het middel daarom passend.'³⁷ De combinatie van argumenten die ABP aanvoert vindt de commissie een goede reden voor leeftijds onderscheid. Zij oordeelt dat de overgangsregeling bij ABP een evenwichtige verdeling van lasten en lusten is. De CGB lijkt daarmee pakketvergelijking te accepteren (zie 5.3.1).³⁸

5.3 De betekenis van het CGB oordeel

Oordeel 2005-219 betekent niet dat handhaving van VUT en prepensioen voor 55-plussers in elke sector is toegestaan. Ten eerste zijn de oordelen van de commissie – met alle respect voor het vele werk van de commissie – zeker belangwekkend maar juridisch niet bindend. Er blijven enkele fundamentele rechtsvragen over, waardoor niet zeker is of de rechtspraak de commissie zal volgen. Ten tweede kan handhaving van VUT en prepensioen voor 55-plussers in de sector overheid en onderwijs (ABP) zijn toegestaan en in een andere sector discriminerend zijn. Sociale partners kunnen niet met een gerust hart achterover leunen omdat de CGB de ABP-regeling heeft geaccordeerd. Zij zullen met goede argumenten over de brug moeten komen om het leeftijds onderscheid te rechtvaardigen.

5.3.1 Enkele vraagtekens bij (pakket)vergelijking en leeftijd

Mag de CGB een andere pensioenvoorziening voor jong dan voor oud accepteren door te stellen dat deze niet gelijk maar wel gelijkwaardig is? Het is vaste jurisprudentie van het HvJ EG bij onderscheid naar geslacht dat het beginsel van gelijke beloning moet worden verzekerd op ieder afzonderlijk deel van de beloning.³⁹ Betekent dit niet dat het beloningsonderdeel pensioen – of misschien wel de pensioenregeling zelf – voor jong en oud gelijk moet zijn? Onzeker blijft of het HvJ EG net als de CGB 'pakketvergelijking' (een andere beloning voor jong en oud) bij leeftijd zal toestaan. Interessant in dat kader is de interpretatie die aan het Jörgensen-arrest moet worden gegeven.⁴⁰ In dit arrest oordeelde het HvJ EG dat de vergelijking per onderdeel van de beloning in beginsel geldt voor *alle* aspecten van het beginsel van gelijke behandeling. Doordat het arrest in april 2000 gewezen is, betekent dit niet automatisch dat ook leeftijd daaronder valt. Richtlijn 2000/78 dateert immers van 27 november 2000, dus van ná het Jörgensen arrest. Anderzijds zou leeftijd de eerste gelijkebehandelingsnorm zijn waarvoor een andere opvatting geldt. Daar moet het HvJ EG dan wel van overtuigd worden.

Er zijn argumenten denkbaar om leeftijd anders te benaderen dan bijvoorbeeld ras of geslacht. Ten eerste heeft leeftijd een dynamisch karakter, waar ras en geslacht een statisch karakter hebben. Simpel gezegd, een man wordt geen vrouw en iemand met een zwarte huidskleur wordt niet blank. Voor leeftijd geldt dit niet. Zoals de Hoge Raad opmerkte: 'Wie nu oud is, was eens jong'.⁴¹ Ten tweede zijn er bij leeftijd twee meetproblemen. Het vergelijken van een man met een vrouw is eenvoudig. Bij leeftijd is niet duidelijk of een 54-jarige met een 55-jarige vergeleken mag worden of dat per leeftijdsc cohort vergeleken moet worden. Ten tweede is het bij langdurende arbeidsvoorwaarden als pensioen lastig meten omdat voor jongeren nog niet de gehele solidariteit kan worden gemeten.

28. CGB 2005-66; CGB 2005-69; CGB 2005-110. In 2005-110 achtte de CGB extra vakantiedagen voor werknemers met een aantal dienstjaren toegestaan voor productiemedewerkers maar niet voor kantoorpersoneel. Omdat het zo'n zeven jaar duurde voordat een productiemedewerker de functie volledig beheerste, had het bedrijf er belang bij deze medewerkers te belonen voor trouwe dienst.

29. Kamerstukken II 2003/04, 28 170, nr 5, p. 32.

30. SZW, Voorjaarsrapportage 2004, juni 2004.

31. A.G. Veldman, 'Gevecht der generaties', SR 2005, 10, p. 323-324.

32. De Volkskrant 20 juli 2005; Haagsche Courant 19 juli 2005.

33. Kamerstukken II 2004/05, 29 760 nr 10, p. 5.

34. Kamerstukken II 2004/05, 29 760 nr 10, p. 78.

35. Zie M. Heemskerk, *Leeftijds onderscheid bij pensioen. De gevaren van overgangsrecht en de solidariteit tussen generaties*, Vrije Universiteit 2005, p. 104; www.vuexpertisecentrumpensioenrecht.nl.

36. CGB 2005-219.

37. CGB 2005-219.

38. Meer uitgebreid, zie M. Heemskerk (noot 35), p. 98-99.

39. HvJ EG 17 mei 1990, NJ 1992, 436 (Barber); HvJ EG 26 juni 2001, NJ 2002, 10 (Brunnhofner); HvJ EG 27 mei 2004, C-285/02 (Elsner-Lakeberg).

40. HvJ EG 6 april 2000, C-226/98 (Jörgensen).

41. HR 8 oktober 2004, JAR 2004/258.

Deze argumenten kunnen een reden vormen om voor leeftijdsonderscheid een andere lijn te kiezen dan voor onderscheid naar ras of geslacht. Opvallend is dat de commissie met geen woord rept over pakketvergelijking of de jurisprudentie van het HvJ EG.⁴²

6. VALKUILEN BIJ HET RECHTVAARDIGEN VAN LEEFTIJDSONDERSCHIED

Wat is een objectieve rechtvaardiging voor leeftijdsonderscheid? Sociale partners (en hun juristen) breken zich hierover het hoofd. Zoals wel vaker met (juridische) problemen is het lastig om een oplossing (de objectieve rechtvaardiging) uit de hoge hoed tevoorschijn te toveren. Eenvoudiger is het om aan te geven wat géén objectieve rechtvaardiging oplevert. Toch is ook dat nuttig omdat in de praktijk regelmatig de plank wordt misgeslagen. Partijen denken dan een objectieve rechtvaardiging te hebben maar komen vervolgens van een koude kermis thuis.

leeftijd geen selectie criterium is geweest. Verweerster maakt derhalve verboden onderscheid op grond van leeftijd.⁴⁵ Ook de kale stelling dát er een objectieve rechtvaardiging is – zonder daar nader op in te gaan – levert geen succes op.⁴⁶

6.2 Misverstand 2: Collectieve afspraak of maatschappelijk draagvlak dekt discriminatie

Een tweede veelgehoord misverstand is het argument, dat een regeling niet discriminerend is omdat sociale partners deze samen hebben afgesproken: 'Het staat immers in de CAO'. Een variant daarop is de stelling dat een regeling een groot maatschappelijk draagvlak heeft. Van deze argumenten maken CGB en HvJ EG gehakt.⁴⁷ Het feit dat werkgevers en werknemers hun handtekening hebben gezet onder een discriminatoire bepaling, maakt de regeling niet acceptabel. Sterker nog, de rechter heeft de plicht om een discriminatoire CAO buiten toepassing te laten, zo heeft het HvJ EG

bepaald.⁴⁸ Het discriminatieverbod is van dwingend recht en daar kan niet bij (collectief) contract van worden afgeweken.

Is het argument dat sprake is van een collectieve afspraak dan helemaal zonder betekenis? Nee, uit jurisprudentie van het HvJ EG volgt dat een rechter deze omstandigheid mede in aanmerking mag nemen. Uitgangspunt is en blijft echter dat een CAO-afpraak niet discriminatoir mag zijn.⁴⁹ Met andere woorden, de CAO-afpraak alleen vormt geen rechtvaardigingsgrond, al kan zij wel meewegen bij de beoordeling door de rechter van een andere rechtvaardigingsgrond. Het enkele feit dat leeftijdsvakantiedagen ook maatschappelijk aanvaard zijn – ik heb niet de indruk dat 'jongere' werknemers zich daardoor benadeeld achten – en in een CAO zijn opgenomen, maken de vakantiedagen niet toelaatbaar. Maatschappelijk aanvaarde discriminatie is nog steeds discriminatie.

6.3 Misverstand 3: Wij sluiten aan bij de fiscale wetgeving

Het hardnekkige misverstand dat aansluiting bij fiscale wetgeving vrijwaart van discriminatie heerst vooral in het kader van de handhaving van VUT en prepensioenregelingen voor 55-plussers (zie 5.1). De stelling is, dat de wetgever leeftijdsonderscheid maakt en dat sociale partners dat daarom ook mogen. Hierboven gaf ik al aan dat die vlieger niet opgaat.⁵⁰ Zoals

NRC Handelsblad op 23 november kopte: 'VUT-regeling is mogelijk discriminatie'.⁵¹ Fiscale wetgeving valt buiten het bereik van de WGBL omdat zij geen arbeidsvoorwaarden betreft. Op het moment dat sociale partners de pensioenregeling aanpassen conform de fiscale wetgeving – de 55-jaarsgrens – vallen zij wél binnen de lange arm van de WGBL. Pensioen is namelijk een (belangrijke) arbeidsvoorwaarde. Het leeftijdsonderscheid kan echter worden gerechtvaardigd; namelijk door een objectieve rechtvaardigingsgrond.⁵²

6.4 Misverstand 4: Financiële belangen

Vaak voeren werkgevers financieel-economische argumenten en bedrijfsbelangen aan om niet voor iedereen dezelfde (dure) arbeidsvoorwaarden te laten gelden. Deze argumenten vormen in beginsel geen goede reden. Dit is vaste jurisprudentie van het HvJ EG wanneer het onderscheid naar geslacht betreft.⁵³ Ook de CGB heeft als vaste oordeel lijn dat financiële overwegingen geen objectieve rechtvaardiging vormen voor onderscheid.⁵⁴ Het fundamentele beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen prevaleert boven de financiële gevolgen van dat onderscheid. In andere woorden: gelijke behandeling is belangrijker dan geld. Dat geldt in beginsel ook voor leeftijdsonderscheid. Het moet wel zeer zwaarwegende financiële belangen betreffen, wil het beginsel van gelijke behandeling terzijde geschoven worden door de rechter.

7. AANBEVELINGEN

Het inzetten van een objectieve rechtvaardiging voor leeftijdsonderscheid is maatwerk. Ter afsluiting geef ik een aantal aanbevelingen aan sociale partners en pensioenuitvoerders die te maken hebben met leeftijdsonderscheid bij de arbeid.⁵⁵

1. Inventariseer alle arbeidsvoorwaarden met leeftijdsgrenzen

Maak een overzicht van arbeidsvoorwaarden, CAO's en pensioenreglementen die een leeftijd bevatten. Let daarbij niet alleen op harde leeftijdsgrenzen maar ook op indirect leeftijdsonderscheid. Ik denk daarbij aan begrippen als senior (advertenties), anciënniteit of diensttijd, (zoals extra vakantiedagen op basis van anciënniteit/dienstjaren). Vergeet niet overgangsregelingen en advertentieteksten mee te nemen. Aangezien de WGBL onmiddellijke werking heeft, vallen ook bestaande overgangsregelingen onder de WGBL.

2. Controleer of er een objectieve rechtvaardiging bestaat voor het leeftijdsonderscheid

Controleer of de arbeidsvoorwaarden WGBL-proof zijn. Met het overzicht in de hand kunt u nalopen welke bepalingen uitgezonderd zijn van de wet. Voor de overige arbeidsvoorwaarden met leeftijdsonderscheid dient u een objectieve rechtvaardiging te hebben. Betrek de vraag naar de reden voor leeftijdsonderscheid in het overleg van soci-

Maatschappelijk aanvaarde discriminatie is nog steeds discriminatie.

ale partners. Ik raad aan om de objectieve rechtvaardigingstoets uit te voeren vóór implementatie van leeftijdsgrenzen in nieuwe arbeidsvoorwaarden. Door vooraf na te denken over de rechtvaardiging kan de regeling nog worden aangepast of anderszins worden ingericht.

3. Vermijd de valkuilen en kies de juiste rechtvaardiging

Bij het bepalen van de objectieve rechtvaardiging moeten sociale partners zich bewust zijn van de validiteit van hun argumenten. Valkuilen zijn onder meer het niet aanvoeren van een rechtvaardiging, het CAO-argument en het financiële argument. Het handhaven van VUT en prepensioen voor 55-plussers wordt ondanks de fiscale wetgeving bedreigd door leeftijdsdiscriminatie.

Bedenk welke argumenten er zijn voor het leeftijdsonderscheid. Het is mogelijk om meerdere argumenten aan te voeren of ondersteunende argumenten. Leg de gekozen objectieve rechtvaardiging vast in de arbeidsvoorwaarden. Dit maakt het mogelijk de gelijke behandeling te controleren en het voorkomt, dat achteraf de objectieve rechtvaardigingsgrond nog moet worden achterhaald.

4. De tijdbom onschadelijk gemaakt?

Er tikt een tijdbom onder arbeidsvoorwaarden met leeftijdsgrenzen. Niets doen is bij een tijdbom niet verstandig. Daarom is actie geboden. Met het juiste gereedschap kan deze tijdbom buiten werking worden gesteld.⁵⁶ Bij twijfel kunnen werkgevers en werknemers een 'oordeel omtrent eigen handelen' vragen aan de Commissie Gelijke Behandeling over de vraag of het onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Het is evenwel altijd de rechter die het laatste woord heeft. ■

Een veelgehoord misverstand is het argument, dat een regeling niet discriminerend is omdat sociale partners deze samen hebben afgesproken.

6.1 Misverstand 1: Geen objectieve rechtvaardiging nodig

Dat het niet verstandig is om te vertrouwen op het oordeel dat er geen sprake is van leeftijdsonderscheid, volgt uit talloze oordelen. De commissie of de rechter is dan snel klaar: zonder objectieve rechtvaardiging voor leeftijdsonderscheid is er verboden onderscheid. Dat lijkt een open deur. Toch komt het in de praktijk – vaker dan ik verwachtte – voor dat er geen reden is aangevoerd voor leeftijdsonderscheid. Dat is de uitkomst van een onderzoek dat ik in 2005 samen met Pauline Bakker heb uitgevoerd.⁴³ Daarin werd in maar liefst 14% (8 van de 57 onderzochte gevallen) geen reden aangevoerd voor leeftijdsonderscheid.⁴⁴ Bij de Commissie ziet dat er als volgt uit: 'Verweerster heeft geen objectieve rechtvaardiging aangevoerd voor het gemaakte onderscheid. Zij heeft immers zowel in haar verweer als ter zitting volstaan met de stelling dat

42. M. Heemskerk (noot 35), p. 97.

43. Pauline Bakker is student-assistente pensioenrecht aan de Vrije Universiteit.

44. M. Heemskerk (noot 35), p. 77.

45. CGB 2005-122; CGB 2005-106.

46. Ktr. Rotterdam 15 juni 2005, AT 7822.

47. CGB 2003-102.

48. HvJ EG 7 februari 1991, C-184/89 (Nimz).

49. HvJ EG 31 mei 1995, NJ 1996, 67 (Royal Copenhagen).

50. Vergelijk E. Lutjens, 'Leeftijdsonderscheid bij pensioen: een tikkende tijdbom bij grenspaal 55?', P&P 2005, 12.

51. NRC Handelsblad 23 november 2005, VUT-regeling is mogelijk discriminatie.

52. NRC Handelsblad 14 december, Leeftijdsonderscheid bij pensioen kan worden gerechtvaardigd.

53. HvJ EG 24 februari 1994, NJ 1995, 1 (Roks).

54. Zie CGB 2002-165; CGB 2001-139; CGB 2004-16.

55. Vergelijk M. Heemskerk (noot 35), p. 101-102.

56. Lutjens (noot 50).