

*Het Hof (Achtste kamer) verklaart voor recht:*

1) De artikelen 1 en 2 van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet van toepassing zijn op een nationale regeling op grond waarvan uitsluitend de docenten van een academische instelling die tevens promotor zijn en die hun beroep na het bereiken van de wettelijke pensioenleeftijd bij die instelling blijven uitoefenen, hun vaste aanstelling als docent kunnen behouden, terwijl de docenten die geen promotor zijn met die instelling enkel arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen sluiten met een beloningssysteem dat inferieur is aan dat van docenten met een vaste aanstelling.

2) Clausule 4, punt 1, van de op 18 maart 1999 gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die is opgenomen in de bijlage bij richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de Unice en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, moet aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan de toepassing van een nationale regeling op grond waarvan uitsluitend de docenten van een academische instelling die tevens promotor zijn en die hun beroep na het bereiken van de wettelijke pensioenleeftijd bij die instelling blijven uitoefenen, hun vaste aanstelling als docent kunnen behouden, terwijl de docenten die geen promotor zijn met die instelling enkel arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen sluiten met een beloningssysteem dat inferieur is aan dat van docenten met een vaste aanstelling, voor zover de eerste categorie docenten bestaat uit werknemers in vaste dienst die vergelijkbaar zijn met de werknemers uit de tweede categorie en het verschil in behandeling – dat met name betrekking heeft op de beloningsregeling – niet wordt gerechtvaardigd door een objectieve reden, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.

#### NOOT

1. Andere arbeidsvoorwaarden voor werknemers *bij of na* de wettelijke pensioenleeftijd in vergelijking met arbeidsvoorwaarden *tot* aan de wettelijke pensioenleeftijd zorgen voor een niet aflatende stroom aan jurisprudentie. De uitsluiting van

AOW-gerechtigden van een transitievergoeding is daarvan een bekend voorbeeld (HR 20 april 2018, «JAR» 2018/129).

2. Centraal bij deze vraagstukken staat de vraag of een andere behandeling bij of na de wettelijke pensioenleeftijd geen verboden onderscheid vormt. Deze Roemeense zaak ging over een lagere beloning na de wettelijke pensioenleeftijd. Ook na de wettelijke pensioenleeftijd moet er getoetst worden of sprake is van discriminatie. Belangrijk is eveneens om de groep van vergelijkbare werknemers vast te stellen. Uit deze zaak blijkt namelijk dat er geen leeftijds onderscheid was: beide groepen werknemers werkten door na de wettelijke pensioenleeftijd.

3. Het vaststellen van eventuele discriminatie van werknemers die langer doorwerken is ook in Nederland groot. Uit onderzoek van SZW uit juni 2020 blijkt dat afspraken over langer doorwerken na de AOW-leeftijd gelden voor 70% van de werknemers met een cao (SZW, *CAO-afspraken 2019*, Den Haag, juni 2020). Er doen zich verschillende conflicten door. Zo zijn er naast procedures over de rechtsgeldigheid van pensioenontslag (vergelijk HR 13 juli 2012, «JAR» 2012/209; HvJ EU 12 oktober 2010, «JAR» 2010/279 (*Rosenblatt*)) zaken over werknemers die langer willen doorwerken na de wettelijke pensioenleeftijd (zie onder 9) en geschillen over minder gunstige behandeling van AOW-gerechtigden, waaronder deze zaak.

4. In de Roemeense zaak kreeg een universitair docente na de wettelijke pensioenleeftijd een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en een lagere beloning. Zij kwam niet in aanmerking voor een vast contract omdat zij niet het *ius promovendi* had. De collega's die dat wel hadden, kregen, indien zij doorwerkten na de pensioenleeftijd, een hogere beloning en konden een vaste aanstelling krijgen. Dat was volgens haar leeftijdsdiscriminatie en discriminatie op grond van tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst.

5. Het HvJ EU oordeelt dat het (belonings)verschil wordt veroorzaakt door de hoedanigheid van promotor, niet door leeftijd. Er is zelfs geen sprake van indirect leeftijds onderscheid. De universitair docente en de collega met het promotierecht vallen namelijk in dezelfde leeftijdscategorie van personen die de wettelijke pensioenleeftijd hebben bereikt (r.o. 32). Deze passage illustreert het belang om te onderkennen met welke referentiegroep vergeleken moet

29

2477

2482

2486

worden. Zonder referentiegroep is discriminatie ver weg. Een andere leeftijdsgroep om mee te vergelijken is een voorwaarde voor een beroep op het verbod van leeftjidsonderscheid.

6. Meer juridische muziek zat er voor de docente in het onderscheid naar type arbeidsovereenkomst. Een lagere beloning voor werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd moet objectief gerechtvaardigd worden. Cruciaal punt daarbij is ook hier dat het moet gaan om vergelijkbare werknemers in vaste dienst. Die vergelijkbaarheid tussen universitair docenten met en zonder promotierecht en de aanwezigheid van een vaste aanstelling is aan de Roemeense rechter. Indien beide groepen docenten vergelijkbare werknemers zijn, moet er een objectieve rechtvaardiging zijn. Het HvJ EU merkt alvast op dat budgettaire overwegingen en doelstellingen over personeelsbeheer geen objectieve redenen/rechtvaardiging zijn (r.o. 52-53).

7. Naar Nederlands recht is andere beloning op grond van functie-onderscheid toegestaan. Voor technisch personeel hoeft niet dezelfde pensioenverzekering te gelden als voor administratief personeel (HR 1 november 2002, *NJ 2002/411 (Souverijn)*). Een andere functie mag anders beloond worden. Niet toegestaan is dat er door andere functiebenamingen formeel onderscheid gemaakt wordt, terwijl de inhoud van de werkzaamheden materieel vergelijkbaar is. Bij gelijke arbeid van gelijke waarde moet er gelijk behandeld worden (HR 24 april 1992, «JAR» 1992/14 (*KLM/Bouma*)). In de Roemeense zaak is de kernvraag of de universitair docent met het ius promovendi een andere functie vervult dan de universitair docent die dat recht niet heeft. Bij gelijkwaardige arbeid is een objectieve rechtvaardiging nodig, anders dan budgettaire redenen.

8. Steeds vaker zijn er werknemers die langer willen doorwerken. Hierboven gaf ik al aan dat in 2019 voor 70% van de werknemers met een CAO er afspraken over langer doorwerken na de wettelijke pensioenleeftijd van toepassing zijn. Zowel nationale wetgeving als Europees recht biedt werkgevers veel ruimte daarvoor. De pensioenopzegging ex art. 7:669 lid 4 BW geeft werkgevers de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst op of na de pensioenleeftijd 'gratis' te beëindigen. Het herhaaldelijk uitstellen van de einddatum van de arbeidsovereenkomst na de pensioenleeftijd was volgens het HvJ EU niet in

strijd met het Unierecht (HvJ EU 28 februari 2018, «JAR» 2018/91 (*John*)).

9. Ook rechtspraak suggereert dat werkgevers veel beleidsvrijheid hebben om doorwerkverzoeken af te wijzen (zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 11 februari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:699 (*NSR*)) of om gebruik te maken van de pensioenopzegging ex art. 7:669 lid 4 BW (Rb. 26 september 2019, «JAR» 2019/283). Toch zijn die afspraken over langer doorwerken niet altijd vrijblijvend. Afspraken waar in staat dat uitgangspunt is dat kan worden doorgewerkt tenzij het bedrijfsbelang zich daartegen verzet, bieden werknemers aanknopingspunten (zie Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2020, «JAR» 2020/49).

10. Ongetwijfeld komen er meer zaken over doorwerken na de wettelijke pensioenleeftijd en de toelaatbaarheid van verschillende arbeidsvoorwaarden. Deze zaak toont aan dat naast het voor de hand liggende leeftjidsonderscheid ook de tijdelijkheid van arbeidsovereenkomsten een juridische basis geeft voor claims na de wettelijke pensioenleeftijd. Voor zover werknemers na de wettelijke pensioenleeftijd op basis van tijdelijke arbeidsovereenkomsten werken en slechtere arbeidsvoorwaarden hebben dan (1) hun collega's in vaste dienst of (2) hun jongere collega's, is er een dubbel discriminatiegevaar. Beide vormen van onderscheid zijn alleen gerechtvaardigd als daarvoor een objectieve grond is die losstaat van de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst respectievelijk leeftijd.

prof. mr. drs. M. Heemskerck  
hoogleraar pensioenrecht Radboud Universiteit Nijmegen, advocaat-partner heldlaw en raadsheer-plaatsvervanger Gerechtshof Den Bosch