

WGBL, geen symbool-wetgeving

Evaluatie van de
Wet gelijke behandeling
op grond van leeftijd bij de arbeid
(2004 - 2008)

CGB-advies/2009/05
februari 2009

Inhoudsopgave

| | |
|--|-----------|
| Afkortingen | 4 |
| Woord vooraf | 5 |
| Samenvatting | 7 |
| 1 Inleiding | 15 |
| 1.1 Aanleiding | 15 |
| 1.2 Achtergrond en doelstelling WGBL en van de evaluatie | 15 |
| 1.3 Onderzoeksverantwoording | 17 |
| 1.4 Globale opzet evaluatie | 18 |
| 2 Maatschappelijke context | 19 |
| 2.1 Maatschappelijke situatie | 19 |
| 2.2 Nationaal overheidsbeleid | 20 |
| 2.3 Internationaal beleid | 22 |
| 2.4 Conclusies | 23 |
| 3 Ervaringen CGB | 25 |
| 3.1 Ervaringen in cijfers (vragen, verzoeken, afdoeningen en follow-up) | 25 |
| 3.1.1 Vragen, verzoeken en oordelen | 25 |
| 3.1.2 Verboden onderscheid en follow-up van oordelen | 26 |
| 3.2 Overige ervaringen (voorlichting, scholing, adviezen, gesprekken en publicaties) | 29 |
| 3.2.1 Voorlichting, scholing en gesprekken | 29 |
| 3.2.2 Adviezen | 29 |
| 3.2.3 Publicaties | 30 |
| 4 Bevindingen CGB - Algemeen | 32 |
| 4.1 Karakter van de grond leeftijd en de gevolgen | 32 |
| 4.2 Werkingsfeer van de WGBL | 35 |
| 4.2.1 Personele werkingsfeer | 36 |
| 4.2.2 Materiële werkingsfeer | 37 |
| 4.3 Normstelling van de WGBL en uitzonderingen | 40 |
| 4.3.1 Leeftijdsonderscheid | 40 |
| 4.3.2 Objectieve rechtvaardiging: algemeen uitzondering op verbod | 44 |
| 4.3.3 Objectieve rechtvaardiging: specifieke uitzonderingen op verbod | 53 |
| 4.3.4 Bewijslast(verdeling) | 56 |
| 4.3.5 Victimisatie | 58 |
| 5 Bevindingen CGB - specifieke terreinen | 59 |
| 5.1 Arbeid | 59 |
| 5.1.1 Werving en selectie van personeel en aangaan van arbeidsverhouding ... | 59 |
| 5.1.2 Arbeidsvoorwaarden | 65 |
| 5.1.3 Pensioenen (arbeidsvoorwaarden) | 70 |
| 5.1.4 Het beëindigen van de arbeidsverhouding | 74 |
| 5.1.5 Defensie | 78 |
| 5.2 Vrije beroep | 79 |
| 5.3 Beroepsonderwijs | 81 |
| BIJLAGE I | 83 |

Afkortingen

| | |
|------------------|--|
| AOW | Algemene Ouderdomswet |
| Arbo-wet | Arbidsomstandighedenwet |
| art. | artikel(en) |
| Art. 1 | landelijke vereniging ter voorkoming en bestrijding van discriminatie op alle gronden |
| Awb | Algemene wet bestuursrecht |
| AWGB | Algemene wet gelijke behandeling |
| BW | Burgerlijk Wetboek |
| cao | collectieve arbeidsovereenkomst |
| CBS | Centraal Bureau voor de Statistiek |
| CGB of Commissie | Commissie gelijke behandeling |
| EG | Europese Gemeenschap(pen) / Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (sinds het Verdrag van Amsterdam) |
| EG-Verdrag | Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (tot het Verdrag van Amsterdam) |
| hof | Gerechtshof |
| HvJ EG of Hof | Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen |
| JAR | Jurisprudentie arbeidsrecht |
| Jur. | Jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (tot 1989) |
| Jur. I | Jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (sinds 1990) |
| Kamerstukken I | Kamerstukken van de Eerste Kamer |
| Kamerstukken II | Kamerstukken van de Tweede Kamer |
| mbo | middelbaar beroepsonderwijs |
| m.nt. | met noot van |
| NJ | Nederlandse Jurisprudentie |
| NJCM-Bulletin | Bulletin van de Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten |
| nr. | nummer(s) |
| nt. | Noot |
| OEH | Verzoek om een oordeel over eigen handelen |
| par. | paragraaf |
| Pb. EG | Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen |
| PJ | Pensioen Jurisprudentie |
| vgl. | vergelijk |
| VWS | ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport |
| WAO | Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering |
| WGB | Wet gelijke behandeling op grond van geslacht |
| WGBL | Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid |
| WGBH/CZ | Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte |

Woord vooraf

De grond leeftijd is geen eenvoudige non-discriminatiegrond. Leeftijd is immers niet zelden een relevant onderscheidend criterium, dat objectief bepaalbaar en praktisch bruikbaar is en dan ook veel voorkomt, met name in arbeidsvoorwaardenregelingen. Toch heeft de wetgever er voor gekozen leeftijd als discriminatiegrond aan te merken en te komen tot de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL), zelfs voordat zij hiertoe verplicht werd op grond van de Kaderrichtlijn (richtlijn 2000/78/EG).

Op 1 mei 2004 is de WGBL in werking getreden. Gezien de complexiteit van de grond leeftijd heeft de wetgever in de WGBL geen absoluut verbod van leeftijdsonderscheid opgenomen. De wet staat in een paar gevallen leeftijdsonderscheid expliciet toe, in alle andere situaties is leeftijdsonderscheid slechts geoorloofd als daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat, hetgeen ter beoordeling is aan de CGB en de rechter. Gelet op dit zogenoemde 'half-opensysteem' is het begrijpelijk dat er aanvankelijk scepsis en onzekerheid bestond over de betekenis en de draagwijdte van de wet, zowel bij werknemers, studenten, leerlingen e.d. (begunstigden), als bij werkgevers, vakbonden, intermediaire organisaties e.d. (normadressaten). Tijdens de parlementaire behandeling van de wet werd zelfs de vrees voor 'symbool-wetgeving' uitgesproken.

De werkelijkheid is anders, zo blijkt uit de navolgende evaluatie.

Leeftijd was de afgelopen jaren 'hofleverancier' voor de CGB met bijna 1900 informatieve vragen en ruim 750 verzoeken om een oordeel, 320 oordelen en 13 adviezen. Daardoor was het mogelijk om in ruime mate invulling en uitwerking te geven aan de norm. Dat was - en is - geen gemakkelijke opgave. Toch heeft de CGB geen grote problemen ervaren bij de uitleg en toepassing van de WGBL in de praktijk. Door een combinatie van oordelen en adviezen - waarin algemene lijnen zijn geschetst - heeft de CGB afgelopen jaren steeds meer 'piketpaaltjes' geslagen, die houvast bieden aan betrokkenen.

Uit de hoge mate waarin de oordelen zijn opgevolgd door werkgevers (gemiddeld 87%) en door de rechter, lijkt te kunnen worden opgemaakt dat het bewustzijn van en het draagvlak voor de wet vergeleken met 2004 is toegenomen, hetgeen is bevestigd door het recente evaluatieonderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut (IHS). Wel behoeven enige wetsartikelen duidelijkheid, met name waar een spanningveld is geconstateerd met ander wetgeving.

Vaststaat: de WGBL is geen symbool-wetgeving!

mr. L.J.L. Koster
voorzitter CGB

Samenvatting

De ervaring die de CGB de afgelopen bijna 5 jaar heeft opgedaan leert dat de WGBL bijdraagt aan het tegengaan en voorkomen van leeftijdsdiscriminatie en mogelijk aan de toename van de arbeidsparticipatie. Daarbij beseft zij terdege dat andere maatregelen, zoals fiscale wetgeving (Wet VPL), arbeidsparticipatiebevorderende maatregelen (Talent 45+, langer doorwerken, werkleerplicht voor jongeren) en de sociaal economische situatie mede van grote invloed zijn geweest op de effectiviteit van de wet.

Uit de cijfers blijkt het volgende:

- Leeftijdszaken maken globaal zo'n 25% tot 30% uit van de activiteiten van de CGB met 1819 vragen over leeftijd, 769 verzoeken om een oordeel, 320 oordelen en 13 adviezen over leeftijd;
- 97% van de verzoeken gaan over arbeid en 3% over beroepsonderwijs;
- 5% van de verzoeken betreffen verzoeken om een oordeel over eigen handelen;
- verzoekers zijn vooral mannen (73%) en qua leeftijd tussen de 55 en 65 jaar;
- de meeste verweerders behoren tot de sector financiële dienstverlening;
- de opvolging door werkgevers en anderen van de oordelen waarin verboden leeftijdsonderscheid is geconcludeerd, ligt hoger (87%) dan gemiddeld bij de overige gronden; rechters volgen de leeftijdsoordelen veelal geheel of ten dele.

De bevindingen zijn globaal:

- Het bijzondere karakter van de grond leeftijd, maakt beoordeling van leeftijdsonderscheid niet eenvoudig;
- Desondanks is de WGBL - inclusief het half open-systeem - in de praktijk hanteerbaar;
- Wel dienen op een aantal punten acties te worden ondernomen om het effect van de wet te versterken en een aantal artikelen in de wet te verduidelijken.

Aanbevelingen zijn in het kort:

- Versterk de voorlichting om het bewustzijn van verboden leeftijdsonderscheid bij mensen en organisaties te vergroten. Hierbij gaat het vooral om het zichtbaar maken van vooroordelen over bepaalde leeftijdsgroepen en het wijzen op vormen van indirect leeftijdsonderscheid, die vaak moeilijk te herkennen zijn;
- Werk- evenals bij handicap en chronische ziekte - aan uitbreiding van de werkingsgebied van de WGBL, internationaal en ook nationaal, met in acht neming van de consequenties. Hierbij gaat het om de terreinen onderwijs, goederen en diensten en huisvesting;
- Doorbreek, resp. voorkom spanningsveld tussen de WGBL en andere wetgeving. Het betreft hier de Pensioenwet en de Wet op de loonbelasting, en de uitwerking van de Wet invoering flexibel personeelssysteem voor de krijgsmacht;
- Verhelder de wettelijke uitzonderingsbepalingen betreffende arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid en de rol van de CWI (UWV WERKbedrijven);
- Dring ter voorkoming van leeftijdsdiscriminatie bij de bepaalde groepen aan op de volgende specifieke maatregelen:
 - bij sociale partners: op het vastleggen van het doel van het onderscheid naar leeftijd indien in een cao leeftijdsgrenzen zijn/worden opgenomen;
 - bij opdrachtgevers (werkgevers) en intermediairs: op het vastleggen van duidelijke afspraken over benodigde kwaliteiten en competenties van te werven personeel in plaats van het kiezen op leeftijden;
 - bij vrijwilligersorganisaties: op het afsluiten van vrijwilligerscontracten met mensen ouder dan 65 jaar en op het zorgvuldig omgaan met beëindiging van arbeidsrelaties;

- bij organisaties voor vrije beroepsoefenaars: waar nodig op introductie van een leeftijdsonafhankelijk kwaliteitssysteem, ter waarborging van de veiligheid van derden, ter behoud van contractanten van 65 jaar en ouder.

Samenvattende conclusies en aanbevelingen

I. Algemeen

Karakter van grond leeftijd en het half open-systeem

De grond leeftijd heeft een bijzonder karakter. In tegenstelling tot de andere non-discriminatiegronden, zoals geslacht en ras, is leeftijd geen bij voorbaat verdachte grond. Ook is leeftijd geen constante (persoons)eigenschap, maar dynamisch (iedereen die oud is, is ooit jong geweest) en per definitie relatief (je bent oud in relatie tot een jongere en jong ten opzichte van oudere persoon). De wetgever heeft vanwege deze bijzondere eigenschap van leeftijd geen harde (gesloten) norm in de wet opgenomen, maar een half open-norm. Dat betekent dat leeftijdsonderscheid - op een enkele uitzondering na - altijd objectief gerechtvaardigd kan zijn, of er nu sprake is van direct of indirect leeftijdsonderscheid. Voor de wetgever was het niet goed mogelijk om in zijn algemeenheid aan te geven wanneer een leeftijdscriterium gerechtvaardigd is. Daarom heeft de wetgever het aan de CGB en de rechter overgelaten aan de norm verdere invulling en uitwerking te geven. Dat betekent dat in ieder individuele situatie moet worden nagegaan of aan het gemaakte leeftijdsonderscheid goede argumenten ten grondslag liggen. Dit is - mede gelet op het bijzondere karakter van de grond leeftijd - voor de CGB niet altijd eenvoudig te beoordelen. Toch concludeert de CGB dat met het half open-systeem in het algemeen valt te werken. Bij een afweging in individuele gevallen is het niet alleen mogelijk rekening te houden met de eigen aard van de grond leeftijd, maar tevens met ontwikkelingen en veranderende opvattingen in de samenleving. De andere kant van de medaille is dat oordelen een casuïstisch karakter hebben. De CGB heeft er daarom voor gekozen dit nadeel te ondervangen door - waar mogelijk - algemeen werkende adviezen uit te brengen. De ervaring is dat deze combinatie in de praktijk goed werkt. Het vergroot het bewustzijn dat leeftijd niet altijd het juiste criterium is. Vooroordelen en stereotype denkbepelden worden doorgeprikt. Bovendien hebben de adviezen het voordeel dat in brede kring meer duidelijkheid ontstaat over de norm. Inperking van het half open-systeem lijkt overigens (nog) niet aan de orde.

De CGB blijft het uitbrengen van individuele oordelen waar nodig combineren met algemeen werkende adviezen om de norm met betrekking tot de grond leeftijd te verduidelijken.

Uitbreiding werkingsgebied

De werking van de WGBL bestrijkt het terrein van de arbeid, het vrije beroep en het beroepsonderwijs. Iedereen die meent benadeeld te worden door leeftijdsonderscheid op een van deze terreinen, kan een beroep op de wet doen. Gezien de vele vragen per telefoon en e-mail en het relatief grote aantal verzoeken om een oordeel, kan niet anders dan worden geconcludeerd dat veel slachtoffers van leeftijdsonderscheid bekend zijn met de wet en de CGB. Een probleem is dat de materiële werkingssfeer beperkt is tot de drie hiervoor genoemde terreinen. 13% van de vragen en diverse verzoeken, zoals uitsluiting van hypotheekverlening, arbeidsongeschiktheidsverzekering, abonnement op een tijdschrift e.d.) kunnen daarom niet worden behandeld. De CGB acht uitbreiding van de materiële werkingssfeer buiten de arbeid, zoals voorgesteld door de Europese Commissie (juli 2008) wenselijk en ook mogelijk. Deze uitbreiding betreft de terreinen als onderwijs, goederen en diensten en huisvesting. Het beoordelen van de objectieve rechtvaardiging van leeftijdscriteria zal ook op deze terreinen geen gemakkelijke opgave zijn. De ruime ervaring die de CGB de afgelopen jaren heeft opgedaan, biedt hiervoor een stevige basis.

Aanbeveling 1:

De CGB dringt er bij de regering en het parlement op aan zich in Europees verband in te zetten voor de totstandkoming van de Europese richtlijn buiten de arbeid met name op

het gebied van onderwijs, goederen en diensten en huisvesting, bij leeftijd, evenals bij handicap en chronische ziekte.

Mocht dit op Europees niveau niet tot een positief resultaat leiden dan verzoekt de CGB de wetgever uit eigen beweging over te gaan tot uitbreiding van de WGBL met genoemde terreinen, al dan niet gefaseerd.

Voorlichting

Hoewel de termen direct en indirect onderscheid naar leeftijd niet expliciet in art. 1 WGBL zijn gedefinieerd - zoals wel in andere gelijkebehandelingswetgeving en in de Kaderrichtlijn - heeft de CGB altijd beide vormen van onderscheid betrokken in haar beoordeling. Direct onderscheid (leeftijdsgrenzen, kalenderjaren, leeftijdscohorten e.d.) is gemakkelijk waar te nemen, maar indirect onderscheid blijkt vaak moeilijk te herkennen. Mede om die reden verdient het aanbeveling de definities van direct en indirect onderscheid in de WGBL op te nemen. Het kabinet heeft hiertoe inmiddels een wetsvoorstel voorgelegd bij de Tweede Kamer. Voorlichting over indirect onderscheid is nodig om herkenning en bewustzijn hiervan te vergroten. De noodzaak van voorlichting geldt evenzeer ten aanzien van vooroordelen en stereotype beelden over leeftijd die dikwijls ten grondslag liggen aan zowel direct als indirect leeftijdsonderscheid. Uit ervaring blijkt dat zich dit voordoet bij alle onderdelen van de arbeid (werving en selectie, arbeidsvoorwaarden en beëindiging), maar met name bij de werving (advertenties) en selectie van sollicitanten.

Aanbeveling 2:

De CGB beveelt de wetgever aan het wetsvoorstel om de definities van direct en indirect leeftijdsonderscheid in de WGBL op te nemen, te aanvaarden en de minister van SZW om, in het vervolg op deze wetswijziging, extra aandacht te besteden aan de voorlichting over indirect onderscheid op grond van leeftijd.

Aanbeveling 3:

De CGB verzoekt de minister van SZW in haar voorlichtingsuitingen blijvend te wijzen op vooroordelen en stereotype beeldvorming over de verschillende leeftijdsgroepen, met name bij alle verantwoordelijken voor het werven en selecteren van personeel.

Objectieve rechtvaardigingstoets

Leeftijdsonderscheid is verboden tenzij hiervoor een objectieve rechtvaardiging is te geven. Conform de WGBL is hiervan sprake als aan de volgende drie criteria is voldaan: het doel van het onderscheid moet legitiem zijn en het middel geschikt en noodzakelijk om het doel te bereiken. Deze toets, die de CGB in navolging van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) ook bij andere gronden hanteert, veelal alleen in geval van indirect onderscheid, blijkt ook bij leeftijdsonderscheid goed te hanteren. Op deze wijze vindt op zorgvuldige en transparante wijze een beoordeling plaats van argumenten. De belangrijkste argumenten die zijn aangevoerd voor het maken van leeftijdsonderscheid zijn: *financiën, doorstroming en evenwichtige personeelsopbouw*. Zelden hebben deze argumenten geleid tot een objectieve rechtvaardiging, aangezien zij veelal berustten op vooroordelen en niet op objectieve gronden.

Wettelijke uitzonderingen

De wet kent twee uitzonderingen waarbij leeftijdsonderscheid bij voorbaat als objectief gerechtvaardigd wordt beschouwd:

- leeftijdsonderscheid in het kader van arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid dat bij of krachtens wet is vastgesteld (1);
- beëindiging van een arbeidsverhouding op de AOW-gerechtigde leeftijd of op een later moment dat door beide partijen is afgesproken (2);

1. De reikwijdte van de eerste uitzondering levert in de praktijk enige verwarring en onduidelijkheid op, zoals de CGB al in 2001 heeft aangegeven in haar commentaar op het wetsontwerp. Het betreft hier de interpretatie van het begrip 'wet'. De CGB interpreteert

het begrip 'wet' als wet in formele zin. Dit betekent dat naast "normale" wetgeving, ook bijvoorbeeld begrotingswetten hieronder vallen. Anderen menen dat de wetgever hier alleen wetten in formele zin heeft bedoeld die tevens wetten in materiële zin zijn (al dan niet met delegatie en subdelegatie). Hierbij is van belang de vraag of de objectieve rechtvaardiging voor het leeftijdsonderscheid in de wet expliciet is afgewogen. De CGB is immers niet bevoegd om wetgeving te beoordelen aangezien eenzijdig overheidshandelen buiten de beoordelingsruimte van de CGB valt. Het verdient aanbeveling ter zake duidelijkheid te verschaffen ter voorkoming van misverstanden.

2. De tweede uitzondering in de WGBL staat in relatie tot de discussie over langer doorwerken. Aangezien het hier om een bij uitstek politieke besluitvorming gaat, wacht de CGB de uitkomsten af. Wel is een snelle verwerking van het resultaat daarvan in de wet noodzakelijk om geen onduidelijkheid en discrepantie te laten ontstaan tussen verschillende, relevante wetgeving. In dit kader is nog een knelpunt gesignaleerd. Vrijwilligersorganisaties blijken niet altijd even zorgvuldig om te gaan met het beëindigen van arbeidsrelaties met vrijwilligers. Termijnen laat men verlopen of 'ontslag' vindt plaats op onverwachte momenten zonder een (gedegen) onderbouwing.

Aanbeveling 4:

De CGB dringt er bij de wetgever op aan - mede gelet op de verschillende meningen in de literatuur - duidelijkheid te scheppen over de uitleg van het begrip 'wet' in art. 7, lid 1, sub a WGBL, waarbij zij de naar haar mening juiste interpretatie van het begrip 'wet' (alle wetten in formele zin, dus ook Begrotingswetten) aanbeveelt.

Aanbeveling 5:

De CGB beveelt de minister van SZW aan (vrijwilligers)organisaties goed voor te lichten over de inhoud van de WGBL en te wijzen op het zorgvuldig omgaan met contractanten van 65 jaar en ouder.

II. Specifieke terreinen

Werving en selectie

Klachten over advertenties met leeftijdsgrenzen en over afwijzing bij selectie op grond van leeftijd beslaan 40% van alle leeftijdsklachten die bij de CGB de afgelopen jaren zijn ingediend. Klachten over advertenties met leeftijdsgrenzen of advertenties die zonneklaar zijn gericht op bepaalde leeftijdsgroepen, zijn mede het gevolg van acties van diverse antidiscriminatievoorzieningen van de Vereniging Art. 1 (ADV's) en het Meldpunt Discriminatie Amsterdam. In dit project wijzen de ADV's werkgevers of tussenpersonen, zoals bemiddelingsorganisaties, op leeftijdsonderscheid in hun advertenties. Via oordelen en het advies over leeftijd in advertenties (CGB advies 2005-06) heeft de CGB de norm ter zake duidelijk gemaakt voor alle betrokkenen. Deze komt er in grote lijnen op neer dat alleen goed onderbouwde, functiegerelateerde leeftijdsriteria gerechtvaardigd zijn. Hierdoor is het aantal advertenties waarin leeftijdsonderscheid voorkomt, sterk afgenomen. Dit wil echter niet zeggen dat leeftijdsonderscheid in de praktijk bij werving en selectie niet meer voorkomt. Klachten over vermeend leeftijdsonderscheid gedurende het selectieproces blijven binnenkomen bij de CGB. Probleem hierbij is dat leeftijdsonderscheid vaak moeilijk is aan te tonen, hoewel betrokkene overtuigd is van leeftijdsdiscriminatie.

Bemiddelende organisaties

Een extra probleem doet zich in dit kader voor in geval van inschakeling door een werkgever van een bemiddelaar. Het is niet altijd gemakkelijk om er achter te komen of de opdrachtgever leeftijds wensen heeft geuit of dat de bemiddelaar deze zelf heeft ingevuld. Daarom verdient het aanbeveling om, als leeftijd gelet op de functie een relevante eis is, deze expliciet met argumentatie te vermelden in de opdrachtverlening.

CWI/UWV WERKbedrijven

In dit kader heeft zich voorts de vraag voorgedaan of ook beheerders van kranten, van Monsterboard of andere websites kunnen worden aangesproken zonder dat zij enige bemoeienis hebben met vacatures op de site of in de krant. Indien deze beheerder slechts fungeert als doorgeefluik heeft de CGB geoordeeld dat deze niet aanspreekbaar is. Organisaties die naast advertenties op de een of andere wijze een bemiddelingsrol vervullen, kunnen wel worden aangesproken op grond van de WGBL. Een bijzondere positie neemt de CWI (sinds 1 januari 2009 UWV WERKbedrijf) in. Ook al ontbreekt haar bemiddelende rol bij een specifieke vacature, vanwege haar publieke bemiddelende taak heeft de CWI een bredere verantwoordelijkheid, mede gerelateerd aan art. 6:196c BW. Hierover blijken de meningen verdeeld. Duidelijkheid hierover is noodzakelijk.

Aanbeveling 6:

De CGB adviseert de minister van SZW bij intermediairs/bemiddelaars aan te dringen op het vastleggen van duidelijke afspraken bij opdrachtverlening, zodat ten tijde van de werving en selectie van personeel geen misverstanden ontstaan tussen betrokkenen over het al dan niet stellen van leeftijdseisen en de motivering daarvoor.

Aanbeveling 7:

Om duidelijkheid te krijgen over de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van de CWI (UWV WERKbedrijven) beveelt de CGB de minister van SZW aan om (samen met de CGB) juridisch advies in te winnen over de reikwijdte en werking van art. 6:196c BW in relatie tot de aansprakelijkheid van tussenpersonen op grond van de WGBL.

Arbeidsvoorwaarden

Klachten over arbeidsvoorwaarden vormen de een na grootste groep verzoeken (27%). De meeste betreffen pensioenen, seniorenregelingen en sociale plannen. Een enkel verzoek betreft beloning.

Arbeidsvoorwaarden bevatten dikwijls leeftijdscriteria, vanwege haar objectieve bepaalbaarheid (kalenderjaren, geboortedata/-jaren of leeftijdscohorten). Ook doen zich gevallen van indirecte leeftijdsonderscheid voor, bijvoorbeeld wanneer een bepaald aantal dienstjaren als voorwaarde is gesteld voor het verkrijgen van een faciliteit. Beide vormen van leeftijdsonderscheid staan vrijwel nooit ter discussie tussen partijen.

Over de rechtvaardiging van leeftijdscriteria lopen de meningen van de sociale partners vaak uiteen. Het is dan ook de algemene lijn van de CGB om zowel de werkgever(sorganisatie) als de werknemer(sorganisaties) bij de zaak te betrekken. Dit geldt ook bij verzoeken om een oordeel over eigen beleid. De verschillen van opvatting betreffen voornamelijk het doel van de regeling, hetgeen de beoordeling voor de CGB niet eenvoudiger maakt. Het verdient daarom aanbeveling duidelijkheid over het doel van de regeling te verkrijgen. Ook de voormalige minister van SZW heeft betrokkenen destijds hiertoe opgeroepen.

Aanbeveling 8:

De CGB beveelt de minister van SZW aan de sociale partners weer op te roepen om bij de arbeidsvoorwaardenregelingen (zoals cao's) de bepalingen waarin leeftijdsonderscheid wordt gemaakt, te voorzien van een beschrijving van het doel, hetzij in de tekst van de cao, hetzij in de toelichting daarop.

Seniorenregelingen en levensfasebewust personeelsbeleid

Vooraf bij de arbeidsvoorwaarden heeft de CGB ter aanvulling van individuele oordelen, adviezen uitgebracht. Deze betreffen seniorenregelingen en sociale plannen, welke beide na consultatie van sociale partners en anderen zijn opgesteld. Zoals vermeld werkt deze methode goed.

Het advies over seniorenregeling behoeft nadere uitwerking. De lijn van de CGB is dat seniorenregelingen in bredere context worden beoordeeld indien deze regelingen zijn ingebed in leeftijds(of levensfase)bewust personeelsbeleid (LBPB). Niet duidelijk (genoeg) is wanneer hiervan sprake is.

Mede naar aanleiding van een verzoek van Expertisecentrum LEEFTijd komt de CGB met een advies waarin onder meer de voorwaarden worden bepaald waaraan het LBPB moet voldoen om tot beoordeling in bredere context te kunnen overgaan. Is hiervan geen sprake dan vindt immers een strenge beoordeling plaats van de individuele seniorenregelingen.

Pensioenen

Verhoudingsgewijs hebben pensioenuitvoerders en werkgevers veel verzoeken om een oordeel over hun eigen pensioenregelingen ingediend. Deze betreffen vooral zogenoemde beschikbare premiereregelingen. Op grond hiervan lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de normadressaten de WGBL in acht willen nemen (preventieve werking van de wet).

Het begrip 'pensioenvoorziening' wordt strikt gehanteerd overeenkomstig de jurisprudentie van het HvJ EG. Regelingen die een ander doel beogen dan een voorziening op de pensioengerechtigde leeftijd (zoals FPU+ arrangementen en levensloopregelingen) worden dan ook niet onder dit begrip begrepen. Opvallend is dat toetsing van pensioenregelingen - met name Beschikbare Premiereregelingen - aan de WGBL niet eenvoudig is. De belangrijkste oorzaken hiervan liggen enerzijds in de interpretatie van de pensioenbepaling in de WGBL zelf (artikel 8 WGBL) en anderzijds in het spanningsveld dat zich voordoet met de fiscale wetgeving (met name de Wet op de loonbelasting en het zgn. Staffebesluit) en de (nieuwe) Pensioenwet. Dit betreft met name de gevolgen van de verplichte verlaging van de toetredingsleeftijd en de afwijkingen van het toegestane actuaireel verloop en daarbij de verplichte werknemersbijdrage.

Het is tijd voor herbezinning op alle pensioenaspecten in relatie tot genoemde wetten,

Aanbeveling 9:

De CGB beveelt de minister van SZW aan, gelet op het gesignaleerde spanningsveld tussen fiscale regelingen (Wlb en Staffebesluit), de WGBL en de (nieuwe) Pensioenwet, zo spoedig mogelijk in overleg met de minister van Financiën, experts opdracht te geven te adviseren over de gesignaleerde problemen.

Krijgsmacht

De overgangsregeling in de WGBL voor militaire ambtenaren is per 1 januari 2008 komen te vervallen. Vanaf die datum is de WGBL ook van toepassing op militaire ambtenaren. Zoals toegezegd bij de parlementaire behandeling van de WGBL is bij wet een nieuw personeelssysteem (Wet invoering flexibel personeelssysteem (FPS)) ingevoerd. Deze bevat geen leeftijdsgrenzen. De regering is dan ook van oordeel dat het FPS voldoet aan de WGBL. Bij de uitwerking van de wet in een Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) wordt duidelijk hoe het beleid concreet uitpakt en of sprake is van direct of indirect leeftijdsonderscheid. Om een discrepantie tussen deze wet- en regelgeving en de WGBL te voorkomen zou preventieve beoordeling van de betreffende AMvB in de rede liggen.

Aanbeveling 10:

De CGB verzoekt de minister van SZW om bij de minister van Defensie er op aan te dringen de in voorbereiding zijnde AMvB ter uitwerking van de Wet invoering flexibel personeelssysteem voor de krijgsmacht (sub D, 12 quinquies) ter beoordeling aan de CGB voor te leggen, alvorens de betreffende personeelsvertegenwoordiging en/of betrokken vakbonden hierover te raadplegen.

Het vrije beroep

Slechts een tiental leeftijdsoordelen betreft het vrije beroep. Bij het merendeel van deze zaken ging het om zorgverleners (huisartsen, psychologen, psychiaters) boven de 65 jaar met wie zorgverzekeraars weigerden een zorgovereenkomst te sluiten vanwege hun (hoge) leeftijd. Of een vrije beroepsbeoefenaar boven 65 jaar terecht wordt uitgesloten van het uitoefenen van zijn/haar beroep, is niet eenvoudig te bepalen omdat de kwaliteit van de diensten en de veiligheid van patiënten/cliënten in het geding zijn. De afweging tussen het belang van doorwerken en de veiligheidsrisico's voor derden valt negatief uit ten aanzien van de zorgverlener. Alleen indien sprake is van een kwaliteitsbeoordelingssysteem binnen

de beroepsgroep, zou doorwerken mogelijk zijn. Om werken na 65 jaar te stimuleren verdient het daarom aanbeveling aan te dringen op het opstellen van een dergelijk kwaliteitssysteem binnen de beroepsgroep. Dezelfde problematiek heeft zich voorgedaan bij vrijwilligers, zoals amateur-vliegers.

Aanbeveling 11:

De CGB beveelt de regering aan het opzetten van een kwaliteitsbeoordelingssysteem voor vrij beroepen verder te stimuleren met het oog op langer doorwerken dan 65 jaar; zo ook voor andersoortige organisaties waar vrijwilligers werkzaam zijn en waar de veiligheid, met name voor derden in het geding is.

Beroepsonderwijs

Aan de Commissie zijn slechts acht zaken over leeftijdsonderscheid bij het beroepsonderwijs ter beoordeling voorgelegd. Het merendeel betrof het verschil in hoogte van het collegegeld voor studenten jonger en ouder dan 30 jaar. Inmiddels heeft het kabinet het wetsvoorstel ter wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en hoger onderzoek (WHO) aan de Tweede Kamer voorgelegd waarin de leeftijdsgrens van 30 jaar is komen te vervallen.

Alleen het beroepsonderwijs valt onder de reikwijdte van de WGBL. Het primair en voortgezet onderwijs, het voorbereidend middelbaar onderwijs (VMBO) en opleidingen Nederlands als tweede taal (NT2) vallen daarbuiten. Zoals vermeld heeft de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn voor gelijke behandeling buiten de arbeid uitgebracht, waaronder algemeen vormend onderwijs.

In Aanbeveling 1 heeft de CGB er bij de regering en het parlement op aangedrongen om zich in Europees en nationaal verband in te zetten voor de totstandkoming van deze brede richtlijn.

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) is op 1 mei 2004 in werking getreden. De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) is op grond van art. 14 WGBL, in samenhang met art. 20 van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) verplicht om telkens na vijf jaar na de inwerkingtreding van de wet een rapport op te stellen over haar bevindingen van de werking van de wet in de praktijk.

Alhoewel de eerste vijf jaar nog niet voorbij zijn, heeft de CGB in overleg met de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) besloten deze evaluatie te vervroegen.

Aanleiding hiervoor is dat de minister van SZW op grond van art. 15 WGBL verplicht is om - in overeenstemming met de ministers van Justitie, van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksaangelegenheden, en van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap - *binnen vijf jaar* na de inwerkingtreding van deze wet aan het parlement een verslag te zenden over de doeltreffendheid en de effecten van de WGBL in de praktijk. Om dubbel werk te voorkomen is afgesproken beide evaluaties op elkaar af te stemmen. De CGB¹ heeft de juridisch-systematische analyse verricht vanuit haar ervaring en een beperkte analyse van de specifieke sociale werking van de wet. Hier gaat het om de analyse van vragen, verzoeken en afdoeningen van verzoeken en de follow-up van oordelen. Tevens betreft deze evaluatie de effecten van de wet gebaseerd op de ervaring van de CGB. Vanwege de afstemming met de Evaluatie van de minister van SZW is het onderzoek beperkt tot 31 december 2008.

Evaluatie SZW

De evaluatie van de minister van SZW strekt zich verder uit dan het evaluatieonderzoek dat de CGB verricht. Ook de effecten van de WGBL op de mate van doeltreffendheid van de wet en welke effecten de wet in de praktijk heeft, komen aan bod. Aan het Hugo Sinzheimer Instituut Universiteit Amsterdam (HSI) is het onderzoek gegund naar de bijdrage van de WGBL aan het juridisch-maatschappelijk debat over het hanteren van leeftijdsgrenzen en aan een omslag in de opvattingen bij werkgevers en de beroepsbevolking, over de beoordeling van leeftijdsgrenzen. Met name gaat het daarbij om de algemene sociale werking van de WGBL. Bij dit onderzoek wordt, voor zover mogelijk, een relatie gelegd met de zogenoemde nulmeting die in 2005 is verricht door het Instituut voor Arbeidsvraagstukken (IVA)². Daarnaast is het HSI gevraagd op een onderdeel van de WGBL juridisch-systematisch onderzoek te doen: de uitzondering voor werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid in art. 7, lid 1, sub a WGBL.

Voorts is in het kader van de evaluatie van de WGBL in opdracht van het ministerie van SZW onderzocht in hoeverre bij cao-afspraken tussen sociale partners met leeftijdscriteria is omgegaan, en met name met betrekking tot langer doorwerken³. Het laatste onderzoek bevat een beleidsmatige inventarisatie van de eventuele noodzaak tot uitbreiding van de werkingssfeer van de WGBL. Dit onderzoek vindt plaats bij alle departementen.

1.2 Achtergrond en doelstelling WGBL en van de evaluatie

Achtergrond

De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (WGBL) kent een lange voorgeschiedenis. Twee wetsvoorstellen in 1997 en 1999 zijn hieraan voorafgegaan. Daarvoor was er al geruime tijd discussie of leeftijdsonderscheid wel een onredelijk criterium is, dat als non-

¹ De Evaluatie WGBL is voorbereid door Mieke van der Burg, Juliëtte Bonneur, Just van der Hoeven en Mayke Kromhout.

² R. Hermanussen & T. Serail, *Gelijke behandeling in bedrijf*, Tilburg: IVA Beleidsonderzoek en Advies, juni 2005.

³ M. Beeksmas en J. de la Croix "Perspectief op langer doorwerken (2008)". Dit onderzoek is in juni 2008 afgerond.

discriminatiegrond kon worden bestempeld. De vergelijking met andere non-discriminatiegronden (zoals geslacht en ras), ging volgens sommigen niet op, aangezien leeftijd een niet bij voorbaat verdachte grond is. Leeftijd is immers een objectief bepaalbaar, praktisch bruikbaar criterium, dat dan ook niet zelden als een relevant onderscheidingscriterium wordt gebruikt, met name in arbeidsvoorwaardenregelingen. Belangengroeperingen, met name ouderenbonden, zetten zich intensief in voor wetgeving tegen leeftijdsdiscriminatie. De toegenomen levensverwachting⁴, de vergrijzing van de bevolking, de toenemende mondigheid van ouderen en het langer (maatschappelijk) actief blijven van deze groep, hebben bijgedragen aan een andere visie op ouder worden in relatie tot arbeidsparticipatie. Toen tevens de sociaal-economische situatie als gevolg van vergrijzing noopte tot een hogere arbeidsparticipatie, ook van ouderen, heeft de wetgever in 1997 er voor gekozen leeftijd als non-discriminatiegrond in wetgeving vast te leggen. Niet alleen in Nederland, ook elders in Europa voltrokken zich soortgelijke ontwikkelingen. Verhoging van de arbeidsparticipatie, vooral van ouderen, was onontkoombaar. Naast beleid(safspraken) is in Europa de Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 op 1 december 2003 van kracht geworden⁵ (hierna: de Kaderrichtlijn). Ter verwezenlijking van onder meer het werkgelegenheidsbeleid in de gehele gemeenschap dient ingevolge van deze richtlijn discriminatie op grond van godsdienst, of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid in de lidstaten te worden verboden. Het verbod van discriminatie op grond van leeftijd vormt een fundamenteel element om de in de werkgelegenheidsrichtsnoeren van de EG gestelde doelen, te bereiken en diversiteit bij de arbeid te bevorderen. "Niettemin kunnen verschillen in behandeling op grond van leeftijd in bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd zijn en derhalve specifieke bepalingen nodig maken die naar gelang de situatie in de lidstaten kunnen verschillen." (r.o. 25 bij de Kaderrichtlijn).

Doelstelling WGBL

De doelstellingen van de WGBL sluiten aan bij de doelstelling van de Kaderrichtlijn. De WGBL heeft volgens de Memorie van Toelichting (MvT)⁶ en de Nota naar aanleiding van het Verslag⁷ als inhoudelijk doel: het leveren van een effectieve bijdrage aan het waarborgen van gelijke behandeling en het bestrijden en voorkomen van leeftijdsdiscriminatie op het terrein van de arbeid, beroep en het beroepsonderwijs. Daarbij stelde de regering dat de vergrijzing meebrengt dat leeftijdsdiscriminatie vanwege sociaal-economische redenen niet meer wordt geaccepteerd. Wanneer ouderen meer gaan werken of langer blijven werken, kan dit het beslag op de sociale zekerheid doen verminderen. Naast sociaal-economische redenen werd ook de toegenomen mondigheid van ouderen en het langer actief zijn, nadrukkelijk genoemd als reden om de arbeidsparticipatie van ouderen te verhogen. De WGBL sluit dan ook aan bij het regeringsbeleid om de arbeidsparticipatie, met name van ouderen, te vergroten, zo stelde de regering.

Daarnaast is de preventieve werking van de WGBL door de regering sterk benadrukt: "Werkgevers en andere normadressaten zullen op basis van onderhavige regeling (WGBL) kritisch en zorgvuldig moeten beoordelen of het stellen van een leeftijdsgrens is toegestaan." De WGBL heeft volgens de regering dan ook een belangrijke communicatief doel: de WGBL dient door haar normstelling het juridisch-maatschappelijk debat over nut en noodzaak van het hanteren van leeftijdsgrenzen te bewerkstelligen en daarmee een omslag teweeg brengen in de beeldvorming over leeftijd, de stereotype beelden en mythes over leeftijd(sgroepen).

De regering heeft zich hierbij wel gerealiseerd dat wetgeving alléén niet voldoende is om uiteindelijk een inbedding van de gelijke behandelingsnorm betreffende leeftijd in de samenleving te bereiken. Flankerend beleid op vele fronten is hiervoor onmisbaar.

⁴ Bij de invoering van de AOW-gerechtigde leeftijd in 1956 was de levensverwachting 70 jaar.

⁵ Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PbEG 2000, L303).

⁶ Kamerstukken II, 28 170, nr. 3 p. 13 en 16.

⁷ Kamerstukken II, 28 170, nr. 5, p. 8.

Uit voorgaande beschouwing kunnen de volgende doelen van de WGBL worden gedestilleerd:

- het bestrijden en voorkomen van discriminatie op grond van leeftijd;
- het leveren van een bijdrage aan het waarborgen van gelijke behandeling van mensen ongeacht leeftijd;
- het vergroten van de arbeidsparticipatie van ouderen, om sociaal-economische redenen, behoud van het sociale zekerheidsstelsel en vanwege de toegenomen levensverwachting en het langer actief blijven van ouderen;
- het bevorderen van het juridisch-maatschappelijk debat over nut en noodzaak van leeftijdsgrenzen en;
- het bewerkstelligen van een omslag in de stereotype beeldvorming over kenmerken van leeftijd(sgroepen).

Als verwachte effecten van de WGBL worden in de MvT genoemd:

- (geringe) afname van een beroep van ouderen op de sociale zekerheid;
- preventieve werking in de zin van bewustwording van het feit dat onderscheid op grond van leeftijd niet altijd gerechtvaardigd is.

Hierbij merkt de CGB op dat het vergroten van de arbeidsparticipatie van ouderen, eerder als beoogd effect kan worden aangemerkt. Immers, het discriminatieverbod blijft ook gelden als deze (relatieve) achterstand is ingelopen. Of omgekeerd, de WGBL zal niet worden ingetrokken als de beoogde participatiegraad niet is gehaald.

1.3 Onderzoeksverantwoording

De wetevaluatie is er op gericht om na te gaan of de WGBL voldoet aan de bedoeling die de wetgever voor ogen had, zoals hierboven genoemd. Beantwoorden de effecten van de WGBL aan de doelstellingen van de wet en wat zijn de (al dan niet beoogde) neveneffecten van de wet.

Ten behoeve hiervan heeft de CGB onderzoek verricht op twee manieren: juridisch-systematisch⁸ onderzoek en onderzoek naar de sociale werking van de wet. Beide onderzoeken hebben plaatsgevonden op basis van haar eigen bevindingen tot 1 januari 2009 (zie onder 1.1).

1. *Juridisch-systematisch onderzoek*

De CGB heeft zich met name gericht op het juridisch-systematisch onderzoek. Aan de hand van vragen, verzoeken om oordelen die bij de CGB zijn binnengekomen, en de uitgebrachte oordelen en adviezen is vastgesteld of de gehanteerde begrippen, systemen en procedures in de WGBL werkbaar zijn in de praktijk. In geval van onduidelijkheden of onmogelijkheden kunnen wetaanpassingen worden voorgesteld.

2. *Onderzoek naar de specifieke sociale werking*

In het (beperkte) onderzoek dat de CGB heeft uitgevoerd naar de sociale werking van de WGBL, is nagegaan is wat de werking van de wet is in individuele conflictsituaties waarvoor een beroep op de CGB is gedaan en wat het effect van de oordelen. Zeer beperkt wordt aandacht besteed aan de invloed van de wet op personen en organisaties zonder dat sprake was van een voorgelegd conflict over ongelijke behandeling op grond van leeftijd.

⁸ Onderzoek naar de algemene sociale werking van de WGBL en het juridisch-systematisch onderzoek ten aanzien van art. 7, lid 1, sub a WGBL wordt in opdracht van het ministerie van SZW uitgevoerd door het Hugo Sinzheimer Instituut Universiteit Amsterdam (zie par. 2.1).

1.4 Globale opzet evaluatie

In navolgende hoofdstukken wordt eerst ingegaan op de achtergronden van de WGBL, de maatschappelijke context, inclusief het gevoerde (overheids)beleid, nationaal en internationaal (hoofdstuk 2). Daarna volgt een beschrijving van de bevindingen van de CGB ten aanzien van de werking van de WGBL. Hoofdstuk 3 bevat de ervaringen van de CGB in cijfers, zoals een beschrijving van de vragen (per e-mail en telefonisch) en verzoeken (aantal en soort) die zijn binnengekomen en de wijze van afhandeling. Tevens komt hier de follow-up van oordelen aan de orde. Daarnaast wordt verslag gedaan van andere activiteiten die de CGB heeft ondernomen ter versterking van de implementatie van de WGBL en de conclusies die hieruit ten aanzien van de specifieke sociale werking van de WGBL getrokken kunnen worden. Hierna volgen de wetinhoudelijke ervaringen. In hoofdstuk 4 wordt allereerst aandacht besteed aan het bijzondere karakter van de grond 'leeftijd' en daarna aan de algemene aspecten van de normstelling: vormen van leeftijdsonderscheid, de objectieve rechtvaardiging en de bewijslast. Aangezien in de WGBL sprake is van een zogenoemd half open-systeem waarvan de invulling van de norm door de wetgever expliciet is opgedragen aan de CGB en de rechter, is er voor gekozen om de werking van de wet in Hoofdstuk 5 uitgebreid te behandelen, zowel per terrein (arbeid, vrije beroep en beroepsonderwijs), als per aspect van arbeid: werving, selectie, het aangaan van een arbeidsverhouding, de arbeidsvoorwaarden, waaronder seniorenregelingen, sociale plannen en pensioenen) en de beëindiging van een arbeidsverhouding. In dit hoofdstuk wordt tevens aandacht besteed aan de twee (inmiddels verlopen) overgangsbepalingen in de WGBL. Steeds wordt per paragraaf, na een korte inleiding, de bevindingen van de CGB en de aandachtspunten en knelpunten behandeld, eindigend in conclusies en aanbevelingen. Een samenvatting van de conclusies en aanbevelingen zijn aan het begin van deze nota te vinden.

2 Maatschappelijke context

2.1 Maatschappelijke situatie

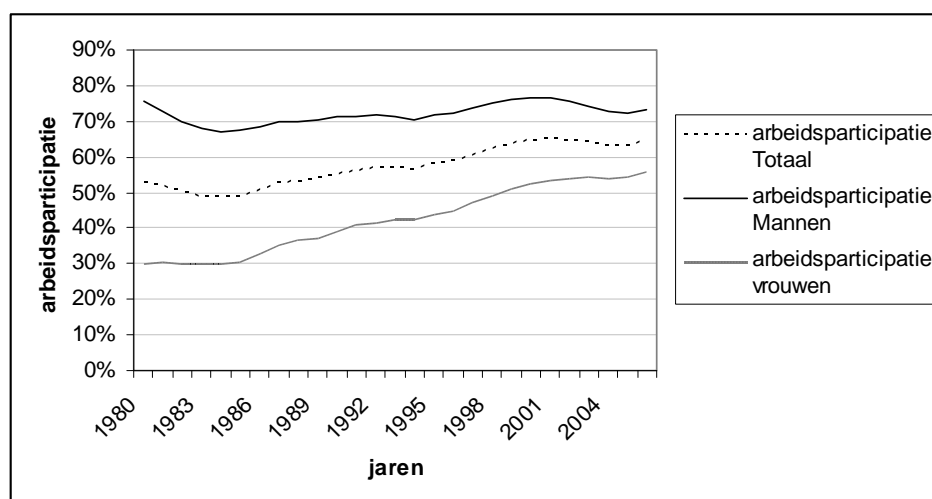
Het afgelopen decennium groeide het besef dat de sociaal-economische gevolgen van de vergrijzing⁹ en ontgroening van de bevolking het draagvlak onder de sociale voorzieningen onder druk zetten en nopen tot verhoging van de arbeidsparticipatie, ook die van ouderen. Niet alleen in Nederland, maar ook elders in Europa is het bewustzijn hiervan sterk toegenomen. Op Europees niveau zijn daarom beleidstargets en activiteiten ontwikkeld ter verhoging van de arbeidsparticipatie.¹⁰ Onder meer is afgesproken maatregelen te nemen ter verhoging van de arbeidsparticipatie in 2010 tot 70%, en voor mensen van 55 jaar en ouder tot 50%. Bovendien heeft de Europese Raad in Barcelona in maart 2002 afgesproken geleidelijk te gaan naar een verhoging van de effectieve uittreedleeftijd met vijf jaar. Ook de Commissie Arbeidsparticipatie (Commissie Bakker) schetst in haar advies *Naar een toekomst die werkt*¹¹ aan de regering dat het arbeidstekort vanwege de hiervoor genoemde ontwikkelingen zal groeien van 375.000 in 2015 tot 700.000 personen in 2040. Het streven van het kabinet is om de arbeidsparticipatie te laten stijgen van 70,3% in 2008 tot 80% in 2016.

Arbeidsparticipatie (cijfers)

De arbeidsparticipatie van de verschillende leeftijdsgroepen is de loop der jaren sterk gewijzigd. Werkte men tot in de jaren 60 in het algemeen nog tot 65 jaar, sinds de jaren 60 is de leeftijd waarop men uit het arbeidsproces stapt gedaald. Een trend die mede het gevolg was van ontwikkelingen op de arbeidsmarkt, maar die in de jaren '80 en '90 werd versterkt door een arbeidsmarktbeleid dat oudere werknemers stimuleerde om op te houden met werken, ten einde plaats te maken voor jongeren.¹²

Grafiek 1 toont de arbeidsparticipatie in de afgelopen jaren. Opvallend is het verschil in arbeidsparticipatie van 55-60 jarigen en de 60-65 jarigen en ook het verschil tussen arbeidsparticipatie tussen mannen en vrouwen (grafiek 2 en 3).

Grafiek 1: Arbeidsparticipatie (>=12 uur per week) 15-65 jaar naar mannen en vrouwen 1980- 2006



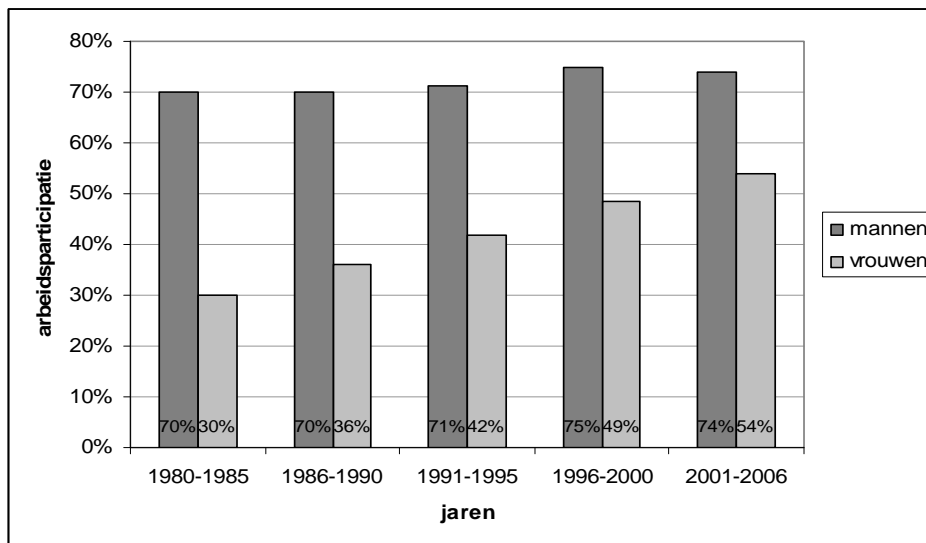
⁹ Volgens demografische berekeningen is in 2050 meer dan 40% van de bevolking ouder dan 65 jaar.

¹⁰ Europese Top van Lissabon (voorjaar 2000) en in Stockholm (2002).

¹¹ Advies Commissie Arbeidsparticipatie ('Commissie Bakker') van 16 juni 2008, 'Naar een toekomst die werkt'.

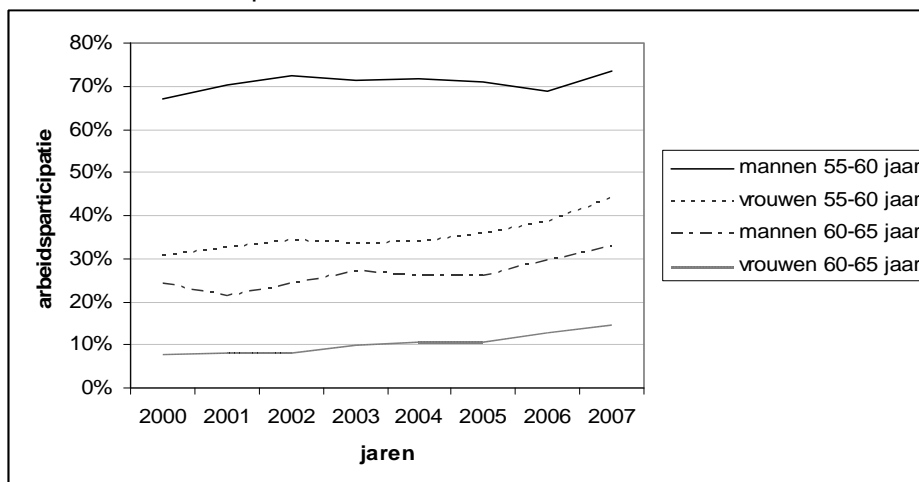
¹² Notitie van minister J.P.H. Donner *Men is zo oud als men zich voelt*, 28 mei 2008.

Grafiek 2: Arbeidsparticipatie (>=12 uur per week) 15-65 jaar naar mannen en vrouwen 1980-2006



Bron: CBS 2009 historische reeksen

Grafiek 3: Arbeidsparticipatie (>=12 uur) van mannen en vrouwen in de periode 2000 en 2007



Deze groei is, zoals hiervoor vermeld, echter onvoldoende om de knelpunten op de arbeidsmarkt op te lossen. De regering achtte en acht dan ook een forse inzet op maatregelen ter verhoging van de arbeidsparticipatie noodzakelijk, zowel voor ouderen als voor jongeren.

2.2 Nationaal overheidsbeleid

Verhoging van de arbeidsparticipatie, met name van ouderen, staat al jaren hoog op de beleidsagenda van de regering. Al vanaf eind van de vorige eeuw hebben achtereenvolgende kabinetten zich hiervoor ingezet. De WGBL past in dit beleidskader. Door het tegengaan van leeftijdsdiscriminatie kan deze wet - zij het in geringe mate - een bijdrage hieraan leveren. Voor een daadwerkelijk effect is echter een sterk flankerend overheidsbeleid onmisbaar, dat ook is ingezet.

Vanaf de invoering van de WGBL heeft het kabinet mede naar aanleiding van het advies van de Taskforce Ouderen en Arbeid in de nota *Stimuleren langer werken van ouderen* (april 2004) een groot aantal maatregelen ontwikkeld om bestaande belemmeringen voor ouderen om langer door te werken, op te heffen. De inzet van het kabinet verloopt globaal langs drie lijnen¹³:

- stimulering van werknemers om langer te blijven werken of weer werk te zoeken;
- bevorderen dat bedrijven in ouder wordende werknemers blijven investeren door middel van opleidingen en ook ouderen aannemen, en;
- beïnvloeding van de (negatieve) beeldvorming over ouderen.

In relatie met het voorgaande zijn er diverse regelingen geïntroduceerd ter stimulering van levensfasebewust personeelsbeleid. Dit beleid beoogt werknemers in verschillende levensfasen zo productief mogelijk in te zetten en te motiveren en in staat te stellen langer te blijven werken. Zo wordt bijvoorbeeld getracht door de 'Tijdelijke subsidieregeling stimuleren leeftijdsbewust beleid' van het ministerie van SZW, belemmeringen weg te nemen die maken dat werknemers eerder ophouden met werken. Ook heeft het kabinet zich uitgesproken voor het omzetten van de zogenoemde 'ontziemaatregelen', die vooral in de jaren '80 van de vorige eeuw zijn ingevoerd om de jeugdwerkloosheid aan te pakken.¹⁴ Ouderen moesten destijds plaats maken voor jongeren. Deze maatregelen blijken nu belemmerend te werken om ouderen aan te nemen. In plaats van het ontzien van werknemers ondersteunt het kabinet een breed, activerend personeelsbeleid.

Ook zijn er fiscale maatregelen genomen, zoals het afschaffen van de fiscale aftrekbaarheid van VUT en prepensioen en invoering van levensloopregeling per 1 januari 2006 (Wet VPL) voor werknemers geboren na 1 januari 1950. De opvolger van de Taskforce Ouderen en Arbeid, de 'Regiegroep Grijs werkt', heeft eveneens diverse maatregelen ter stimulering van langer doorwerken aangedragen. Haar eindrapport dat op 6 februari 2008 aan voormalig staatssecretaris van SZW, dhr. A. Aboutaleb, is aangeboden bevat veel aanbevelingen, welke zijn meegegeven aan de Commissie Arbeidparticipatie (de zogenoemde 'Commissie Bakker'), die deze in haar eindrapport heeft verwerkt. In vervolg daarop zijn recent premiekortingen ingevoerd voor werkgevers die uitkeringsgerechtigden van 50 jaar en ouder in dienst nemen en/of werknemers van 62 jaar en ouder in dienst houden.¹⁵ Binnenkort behandelt de Tweede Kamer een voorstel voor een compensatieregeling voor langdurig zieke werknemers van 50 jaar en ouder die langdurig werkloos zijn geweest. Verder voert het UWV Werkbedrijf (voorheen de CWI) vanaf 2007 een actieplan uit gericht op het terugdringen van de werkloosheid onder 45-plussers. De uitvoering van dit actieplan, met name waar het gaat om gemeenten en uitstroom naar werk van oudere uitkeringsgerechtigden, wordt vanaf 2008 ondersteund door het actieteam Talent 45+.

Aangezien structureel een hogere arbeidparticipatie nodig is en ook langzamerhand de groep die na 65 jaar in het arbeidsproces wenst te blijven deelnemen groeit, verbreedt de aandacht voor langer doorwerken zich langzamerhand naar de groep 65-plussers. In de nota *Men is zo oud als men zich voelt*¹⁶ staat dan ook de positie van werknemers van 65 jaar en ouder centraal, met name de mogelijkheden en belemmeringen om werkelijk langer door te werken. In de lijn van deze nota is binnen de sector Rijk de *plicht* (besluit van 13 sept. 1945) om met 65 jaar met pensioen te gaan bij besluit van 11 mei 2007 (*Stb.* F173) omgezet naar het *recht* om met 65 jaar met pensioen te gaan.¹⁷

¹³ M. Beekma, E.C. Junger en J. de la Croix *Perspectief op Langer Doorwerken* (2006), ministerie van SZW, mei 2007.

¹⁴ Nota *Men is zo oud als men zich voelt* van de beide bewindspersonen van SZW van 28 mei 2008.

¹⁵ Wet van 29 december 2008, *Stb.* 2009, 598 jo 599.

¹⁶ Zie Nota *Men is zo oud als men zich voelt* van de beide bewindspersonen van SZW van 28 mei 2008.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 201, nr. 42, p. 10.

Ook de hardnekkige (negatieve) beeldvorming van ouderen krijgt aandacht. Het accent komt meer te liggen op kwaliteiten, kennis en talenten van oudere werknemers. Zo heeft minister-president, J.P. Balkenende, bij de opening van het academisch jaar (sept. 2008) met nadruk gewezen op de noodzaak van hogere arbeidsparticipatie, met name die van ouderen, en legde hij tevens de nadruk op het hebben van meer respect voor ouderen. In het najaar van 2008 is door het ministerie van SZW een publiekscampagne onder de noemer 'Ikkan? ingezet. Het doel hiervan is het onderkennen van kwaliteiten en kennis, en dit aan de werkgevers kenbaar maken, te stimuleren bij hen die nog niet deelnemen aan betaalde arbeid.

Jeugdwerkloosheid

Naast beleid gericht op het zo lang mogelijk inzetbaar houden van (oudere) werknemers, pakt de regering ook de jeugdwerkloosheid aan. Dit lijkt tegenstrijdig met de constatering dat de arbeidsparticipatie te gering is. Vroegtijdige schooluitval en ook wel discriminatie van jongeren op de arbeidsmarkt zijn hiervan de belangrijke oorzaken. Bovendien is juist de mate van jeugdwerkloosheid conjunctuur gevoelig. De Taskforce Jeugdwerkloosheid¹⁸ heeft vele initiatieven ontplooid. In deze lijn zijn in diverse gemeenten projecten ontstaan gericht op een sluitende aanpak van jeugdwerkloosheid. Soms door jongeren langer op school te houden door naast school te werken (BBL en BOL¹⁹) en ook door jongeren die werkloos zijn direct weer aan werk te helpen (WorkFirst). Inmiddels heeft de staatsecretaris van SZW een wetsvoorstel (Wet investeren in jongeren) bij het parlement ingediend waardoor gemeenten wettelijk worden verplicht om iedereen onder 27 jaar die werkloos is en aangewezen op de bijstand, direct aan de slag te krijgen of door te zorgen voor een baan of een leerproject.

Financiële-economische crisis

Recente ontwikkelingen (kredietcrisis) beïnvloeden genoemde ontwikkelingen sterk. Discussie over geleidelijke verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd is meer in zwang, terwijl aan de andere kant bij veel bedrijven en ondernemingen forse ontslagen vallen. De komende tijd zal een Plan van Aanpak verschijnen waarin het kabinet haar plannen om de gevolgen van de kredietcrisis uiteenzet. Het behoud van de verworvenheden van de gelijke behandeling op grond van leeftijd raagt in deze situatie bijzondere aandacht. Dit geldt overigens evenzeer voor de andere non-discriminatiegronden.

2.3 Internationaal beleid

Zoals vermeld is er op Europees niveau sinds de eeuwwisseling groeiende aandacht voor leeftijd als discriminatiegrond. Naast diverse beleidsafspraken heeft de Europese Commissie een concept richtlijn - de zogenoemde Kaderrichtlijn²⁰ - uitgebracht waarin het verbod van onderscheid ondermeer op grond van leeftijd is vastgelegd. De Raad van de Europese Unie heeft deze richtlijn eind 2000 vastgesteld, de Kaderrichtlijn is op 2 december 2000 in werking getreden. Als vervolg hierop heeft de Europese Commissie op 2 juli 2008 een concept richtlijn uitgebracht waarin het voorstel is gedaan tot uitbreiding van het verbod van leeftijdsonderscheid buiten de arbeid en beroep, zoals bij het aanbieden van goederen en diensten.²¹ De regering onderschrijft dat op Europees niveau deze regeling met betrekking tot gelijke behandeling tot stand kan komen, maar zij kan vanwege onduidelijkheden ten aanzien van terminologie, reikwijdte en financiële consequenties hiermee nog niet geheel instemmen. In de onderhandelingen moet hierover meer duidelijkheid komen en daarbij voert het kabinet een zogenoemde 'impact

¹⁸ Taskforce Jeugdwerkloosheid onder leiding van dhr. Hans den Boer (2004-2006).

¹⁹ Beroeps Begeleidende Leergang (BBL) en Beroeps Opleidende Leergang (BOL).

²⁰ Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000, BpEG L 303, tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

²¹ Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid (COM(2008) 426).

assessment' uit.²² Het ligt in de lijn van de verwachtingen dat in de loop van 2009 duidelijkheid over de concept richtlijn komt en dat het mogelijk tot (unanieme) vaststelling door de Raad komt.

2.4 Conclusies

Uit voorgaande paragrafen blijkt een actief beleid op nationaal en internationaal niveau ten aanzien van bestrijding van leeftijdsdiscriminatie en een verhoging van de arbeidsparticipatie, mede als gevolg van de vergrijzing en ontgroening van de bevolking. Wijzigingen in de conjunctuur en de recente financiële crisis blijken van grote invloed te zijn op (het beleid ten aanzien van) de arbeidsparticipatie, en wel in twee tegengestelde richtingen: stimulering tot langer doorwerken van ouderen en het werken en leren van jongeren en toename van ontslagen en werkloosheid, zowel onder jongeren, als onder ouderen.

Hoe met de WGBL hiermee om te gaan vraagt de komende tijd de aandacht.

Daarnaast vraagt de uitbreiding van de WGBL met terreinen buiten de arbeid aandacht wat betreft de consequenties, nu deze uitbreiding op de agenda staat op Europees niveau en in Nederland hieraan duidelijk behoefte bestaat zoals door vele organisaties is gesignaleerd.

²² *Kamerstukken II 2009/10, 31 544, F en nr. 6.*

3 Ervaringen CGB

3.1 Ervaringen in cijfers

3.1.1 Vragen, verzoeken en oordelen (zie voor cijfers Bijlage I)

Vragen

Het aantal vragen via de telefoon en e-mail over leeftijd bedroeg de afgelopen jaren 1819. Dit bedraagt gemiddeld 23% van alle vragen die in die periode bij de CGB zijn binnengekomen. Bijna de helft van de leeftijdsvragen betrof arbeid in het algemeen (47%). Verder gingen de vragen voornamelijk over de arbeidsvoorwaarden (22%) en werving en selectie (16%).

Verzoeken en oordelen

Van alle verzoeken om een oordeel (klachten) die in de periode 1 mei 2004 - 2008 bij de CGB zijn ingediend, heeft 30% betrekking op de grond leeftijd. In totaal gaat het om 769 leeftijdsverzoeken. Ieder jaar stond de grond leeftijd op de eerste plaats. Dit geldt niet alleen voor verzoeken, maar evenzeer voor vragen die via e-mail of telefonisch aan de CGB zijn gesteld en ook voor de uitgebrachte oordelen (steeds ca. 30%). Leeftijdsdiscriminatie is dan ook in de Oordelenbundel 2007 niet voor niets als 'hofleverancier' betiteld.²³ De laatste jaren is sprake van enige teruggang, maar nog steeds gaan de meeste verzoeken om een oordeel over leeftijdsdiscriminatie. De teruggang komt waarschijnlijk mede door het uitbrengen van adviezen, waardoor duidelijkheid wordt gegeven over de normering in de WGBL.

Terreinen

De WGBL is van toepassing op arbeid en beroepsonderwijs. Verreweg het merendeel van de verzoeken en oordelen heeft betrekking op arbeid. Slechts 3% betreft beroepsonderwijs. Hoewel er wel enige verschillen zijn tussen de jaren, betreffen de verzoeken en de oordelen met betrekking tot arbeid vooral werving en selectie (40%). Op de tweede plaats komen de arbeidsvoorwaarden (27%) en beëindiging van de arbeidsrelatie staat op de derde plaats met 14%. Bij 44% van de arbeidsvoorwaardenzaken gaat het om pensioenen, slechts 16% over beloning. De resterende 40% betreft seniorenregelingen, sociale plannen en dergelijke.

Verzoeken om oordeel over eigen handelen (OEH)

De WGBL geeft - evenals de overige gelijkebehandelingswetgeving - de mogelijkheid aan bedrijven (werkgevers, sociale partners, pensioenverzekeraars etc.) verzoeken in te dienen om een oordeel te krijgen over eigen handelen (de zgn. OEH). Dit kan gaan over een cao, een pensioenregeling, beleid en dergelijke. Opvallend is dat de grond leeftijd ten opzichte van andere gronden bij uitstek aanleiding geeft tot het vragen om een beoordeling van eigen regelingen en handelen (6% = 39). De verklaring kan worden gevonden in het feit dat leeftijd een gangbaar criterium is in veel regelingen en een niet verdacht criterium is. Bijna 80% van deze verzoeken heeft betrekking op arbeidsvoorwaarden en van deze verzoeken betreft weer ca. 70% pensioenregelingen.

Verzoekers

Verzoekers²⁴ zijn vrijwel altijd natuurlijke personen die als individu een verzoek indienen. Ten aanzien van alle gronden dienen meer mannen dan vrouwen een verzoek om een oordeel in bij de CGB. Opvallend is dat verzoeken op de grond leeftijd voor 73% van mannen afkomstig zijn. Opvallend is verder dat de leeftijd van de meeste verzoekers ligt tussen 55 en 65 jaar

²³ M. Heemskerk & M.J.J. Dankbaar, *Leeftijd*, in: S. Burri (red), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar*, 2005, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

²⁴ Buiten de verzoeken om een Oordeel over Eigen Handelen.

(41%), gevolgd door de groep van 45 tot 55 jarigen (27%), als derde die van 25 tot 35 jaar (20%). Vanuit de oudste en jongste leeftijdsgroep zijn de minste verzoeken ingediend (beide ca. 6 %).

Het hoge aantal verzoekers van 55-65 jaar is bijzonder omdat de grootste groep van de werkende bevolking zich bevindt in de groep 35-45 jaar en daarna die van 45-55 jaar. De verklaring hiervoor kan worden gevonden in de relatie met de (sub)terreinen waarop de verzoeken betrekking hebben. Vooral ouderen hebben immers te maken met uitsluiting bij de werving en selectie. Bovendien houden arbeidsvoorwaarden hen met name bezig, te weten pensioenen, sociale plannen en senioredagen, aangezien deze groep - in tegenstelling tot de oudste categorie werknemers, - dikwijls geconfronteerd wordt met gewijzigde regelingen.

Verweerders

Verweerders zijn voor het merendeel arbeidsorganisaties/werkgevers en slechts voor 3% bevoegde gezagen in de onderwijssector. De sector waartegen de meeste verzoeken zijn gericht betreft voor 56% de commerciële dienstverlening, gevolgd door de niet commerciële dienstverlening (37%). Dit geldt overigens ook bij verzoeken/oordelen over eigen handelen. De overige sectoren zijn nagenoeg niet aanwezig.

(Rechts)bijstand

Over alle gronden bezien maakt 20% van de verzoekers gebruik van (rechts)bijstand bij het indienen van hun verzoek. Bij leeftijdzaken ligt dat percentage iets lager (18%). Opvallend is verder dat ondersteuning vanuit anti-discriminatievoorzieningen (ADB's en meldpunten) veel lager is bij de grond leeftijd dan bij andere gronden (3% ten opzichte van 6 %), terwijl juist de bijstand door advocaten wat hoger ligt bij leeftijdzaken (8 % ten opzichte van 6 %). Dit kan worden verklaard uit het feit dat ADB's nog steeds vooral als een hulpverleningsorganisatie bij discriminatie op grond van ras worden gezien, gelet op het relatief grote aantal klachten op deze grond die bij de ADB's worden ingediend. Ook ondersteuning van of vertegenwoordiging door een belangenbehartigingsorganisatie (niet zijnde werknemersorganisaties) aan verzoekers doet zich nauwelijks voor. Verweerders worden iets vaker juridisch bijgestaan dan verzoekers (22%).

Mediation

Een aantal zaken is niet met een oordeel afgerond maar via mediation. Het betreft 6 zaken die zich alle voordeden op het terrein van de arbeid. Veelal ging het om zaken waarbij continuering van de arbeidsrelatie gewenst was. In 5 gevallen hebben partijen een bevredigende oplossing gevonden. In een zaak is de verzoeker een gerechtelijke procedure gestart.

3.1.2 Verboden onderscheid en follow-up van oordelen

Verboden onderscheid

Vanaf 2004 tot 1 september 2008 was bij minder dan de helft (44%) van de oordelen over leeftijd sprake van verboden onderscheid (in totaal 134). Dit percentage ligt iets lager dan bij andere gronden. Bij de oordelen over eigen handelen ligt dit percentage nog lager en wel op 41%. Met andere woorden: in 56-60% van de zaken is geen sprake van verboden onderscheid. Van de genoemde 134 oordelen met verboden leeftijdsonderscheid is in de periode 2004-2008 in 16 gevallen tevens een aanbeveling gegeven teneinde in de toekomst verboden onderscheid te voorkomen. Het aantal aanbevelingen vertoonde overigens een stijging gedurende de onderzochte periode.

Geen verboden onderscheid, wel aanbeveling.

In 14 oordelen is er ondanks het feit dat er geen sprake is van verboden onderscheid, toch een aanbeveling gegeven. In 10 gevallen is naar aanleiding van de aanbeveling een

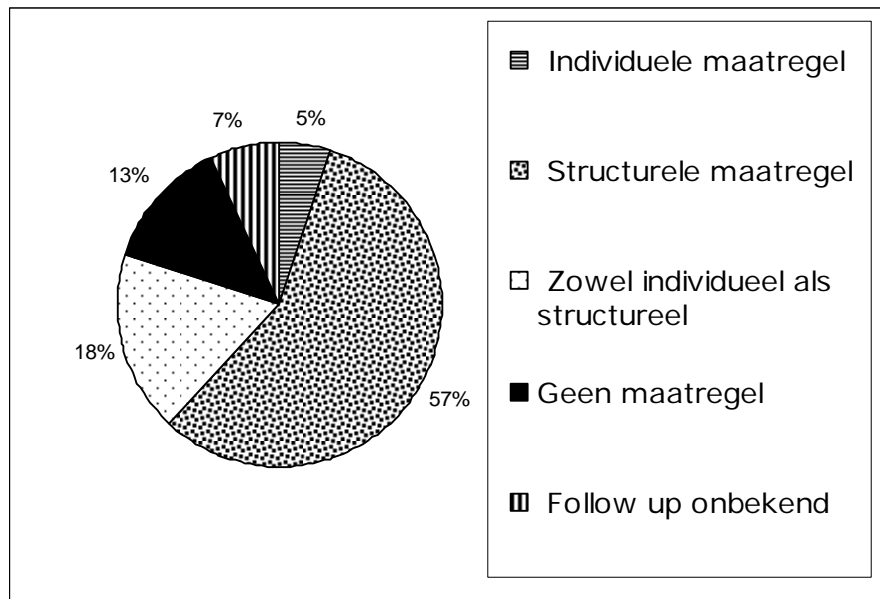
structurele maatregel genomen, in 1 geval is niets gebeurd en in 2 gevallen is onbekend of er iets met de aanbeveling is gedaan.

Follow up 2004 t/m 2008 (t/m 31 Augustus 2008)

Zowel van de oordelen waarbij verboden onderscheid is geconcludeerd als die waarbij uitsluitend een aanbeveling is gegeven, wordt nagegaan of, en zo ja op welke wijze, vervolg wordt gegeven aan het oordeel.

In 137 van deze 148 oordelen waarin verboden onderscheid is uitgesproken of slechts een aanbeveling is gedaan, is bekend of er een maatregel is genomen. In 87% van deze gevallen is naar aanleiding van het oordeel één of meerdere maatregelen genomen, structureel of individueel. Dit percentage ligt hoger dan gemiddeld bij andere gronden (ca. 80%). In grafiek 1 is de verdeling van het type maatregel weergegeven, individueel of structureel.

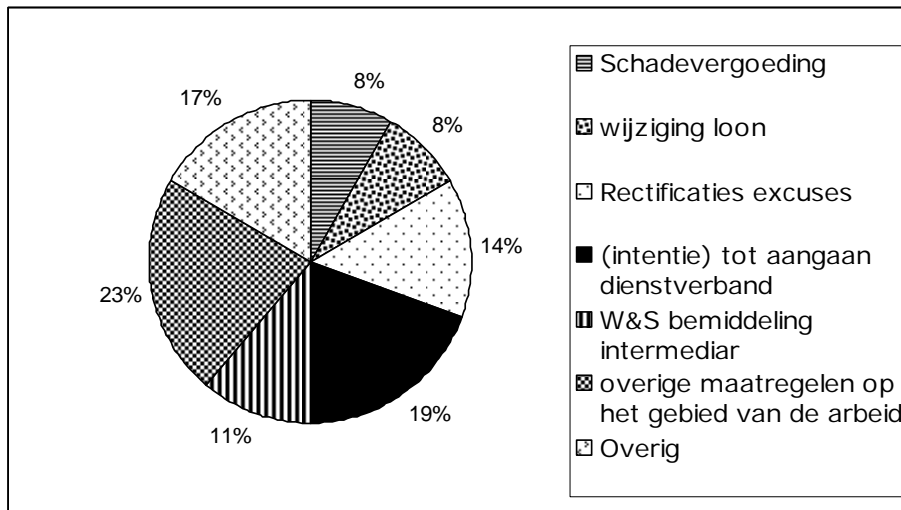
Grafiek 1: 87% opvolging uitgesplitst naar individueel en structureel



Type maatregel

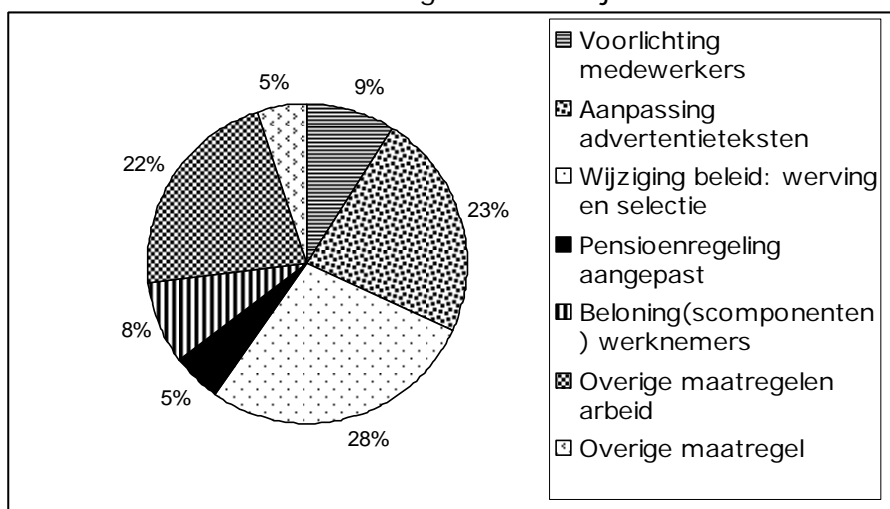
De genomen maatregelen op individueel niveau variëren van het alsnog aanbieden van een baan of toegang tot onderwijs (19%) tot het uitkeren van een schadevergoeding of het maken van excuses of een rectificatie (14%)

Grafiek 2: Individuele maatregelen in leeftijdszaken



Structurele maatregelen betreffen met name het aanpassen van beleid, zoals rond de werving en selectie, sociale plannen en pensioenregelingen en het aanpassen van polisvoorwaarden en beleid ten aanzien van vakantie-/leeftijdsgedagen (28%) en het aanpassen van advertentieteksten (23%).

Grafiek 3: Structurele maatregelen in leeftijdszaken



De redenen waarom geen maatregelen zijn genomen zijn divers. Soms is het beleid al aangepast in de praktijk, maar niet in een regeling, in een andere geval begrijpt de verweerder het oordeel van de Commissie wel, maar geeft aan redenen te hebben om onderscheid te maken op leeftijd en vindt dat dit gegrond gebeurt. Verweerder kan dus ook niet beloven dat soortgelijke gevallen niet meer voor zullen doen.

Aanbeveling bij geen verboden onderscheid

Naast oordelen waarin verboden onderscheid is geconcludeerd, zijn er ook 14 oordelen waarin, hoewel er geen sprake is van verboden onderscheid, toch een aanbeveling is gegeven. In 10 gevallen is naar aanleiding van de aanbeveling een structurele maatregel genomen, in 1 geval niet, terwijl het in 2 gevallen onbekend is of de aanbeveling is opgevolgd.

Gang naar rechter

Voor zover bekend is in 19 gevallen na een oordeel de zaak voorgelegd aan de rechter. Veelal heeft de rechter het CGB-oordeel geheel of ten dele gevolgd. In een zaak achtte de rechter het oordeel van de CGB niet daadkrachtig genoeg gemotiveerd, met als gevolg dat het functioneel leeftijdsontslag in stand bleef.²⁵

3.2 Overige ervaringen (voorlichting, scholing, adviezen, gesprekken en publicaties)

3.2.1 Inleiding

Naast de behandeling van vragen, verzoeken om een oordeel en het uitbrengen van oordelen, heeft de CGB andere activiteiten ondernomen om de bekendheid met (de werking van) de WGBL te vergroten. Veelal gebeurde dit op initiatief van werkgeversorganisaties, rechtshulpverleners, vakbonden, en pensioenuitvoerders.

Ook heeft de CGB zelf bijeenkomsten en gesprekken georganiseerd, die mede tot doel hadden om kennis te vergaren van de praktijk van alle dag. Soms mondden deze uit in een advies.

3.2.2 Voorlichting, informatie en scholing

Vlak voor en na de inwerkingtreding van de WGBL zijn tal van informatiebijeenkomsten gehouden over de wet, zowel door het ministerie van SZW als door de CGB. In de loop van de jaren heeft de CGB op tal van bijeenkomsten inleidingen gehouden en discussie gevoerd voor pensioenuitvoerders, het midden en kleinbedrijf, werkgeversorganisaties, zoals de VOS, AWWN en VNO/NCW, vakbonden zoals De Unie en het CNV, beroepsverenigingen en dergelijke. Daarnaast heeft zij vaak met andere organisaties scholingsbijeenkomsten verzorgd, zoals voor advocaten, P&O adviseurs, pensioendeskundigen en het expertisecentrum LeefTijd. Op het moment dat de WGBL een jaar in werking was heeft de CGB een symposium georganiseerd voor belangstellenden. Tenslotte is de CGB opgetreden in verschillende actualiteiten programma's op televisie en radio.

3.2.3 Adviezen

De volgende adviezen die (mede) betrekking hebben op de grond leeftijd, zijn verschenen²⁶:

| | |
|---------|--|
| 2008-09 | inzake doorberekening van uitvoeringskosten bij pensioenen, op verzoek van de minister van SZW (oktober 2008) |
| 2008-06 | inzake uitbreiding van Kaderrichtlijn buiten de arbeid |
| 2008-05 | inzake een werkleerplicht voor jongeren tot 27 jaar, op verzoek van de Staatsecretaris van SZW (mei 2008) |
| 2008-02 | inzake de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2000/78/EG (mei 2008) |
| 2007-09 | inzake wijzigingen in de Pensioenwet, op verzoek van de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer (december 2007) |
| 2007-05 | inzake leeftijdsonderscheid in sociale plannen (juni 2007) |
| 2006-12 | inzake het wetsvoorstel Pensioenwet (30 413) (september 2006) |
| 2006-09 | inzake leeftijdscriterium bij langer verblijf in buitenland van oudere WWB-ers, op verzoek van de Tweede Kamer fractie van de PvdA en het CDA (september 2006) |

²⁵ Rb Amsterdam, sector kanton, 22 augustus 2007, AWB 07/2837 AW, LJN: BB2290.

²⁶ Adviezen 2004-05 en 10 en advies 2008-02 betreffen niet uitsluitend leeftijd. Alle genoemde adviezen zijn te vinden op www.cgb.nl.

| | |
|---------|---|
| 2006-04 | inzake Seniorenregelingen als onderdeel van leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid (maart 2006) |
| 2006-02 | inzake Leeftijdsonderscheid in de supermarktbranche Te jong te oud, op verzoek van de CNV-Jongerenorganisatie (februari 2006) |
| 2006-01 | inzake leeftijdsgrens vrijstelling sollicitatieplicht in de WW (januari 2006), op verzoek van de minister van SZW |
| 2005-06 | inzake leeftijdsonderscheid in advertenties op verzoek van Expertisecentrum LEEFTijd en het Meldpunt Discriminatie Amsterdam |
| 2004-10 | inzake de conceptnota Voorkeursbehandeling van de minister van SZW (december 2004) |
| 2004-05 | inzake heroverweging van het last-in/first-out (lifo) beginsel bij bedrijfseconomisch ontslag (juli 2004) |

Deze adviezen hebben in meer en mindere mate bijgedragen aan de normontwikkeling. Sommige hebben betrekking op plannen en wetsvoorstellen van de wetgever. Andere zijn expliciet gericht op het verduidelijken van de norm. Deze adviezen hebben onmiskenbaar invloed op de toestroom van verzoeken. Dit geldt niet voor alle soorten verzoeken in gelijke mate. Zo blijft bijvoorbeeld het aandeel klachten over leeftijdsonderscheid in advertentieteksten en bij de werving en selectie relatief groot ondanks het advies 2005-06. In 2008 had nog bijna de helft van de verzoeken betrekking op deze terreinen. De adviezen waartoe de CGB zelf het initiatief heeft genomen zijn alle tot stand gekomen na gesprekken of expertmeetings met betrokkenen. Bijvoorbeeld de adviezen as Kennis van de dagelijkse praktijk is in de ogen van de CGB immers een voorwaarde en ook een onmisbare basis voor werkbare adviezen.

3.2.3 Publicaties

(Bijdragen aan) Vakliteratuur

CGB medewerkers hebben bijdragen geleverd aan diverse publicaties om uitleg te geven over de WGBL en de normen.

Zij waren auteurs van twee boeken, waarvan er een is uitgebracht vlak na de inwerkingtreding van de WGBL (juni 2004). Vier jaar later (september 2008) is een boek verschenen over de inmiddels verschenen rechtspraak. Deze laatste publicatie beoogt de duidelijkheid van de inmiddels ontwikkelde normen met betrekking tot leeftijdsdiscriminatie te vergroten.

Verder zijn vanuit de CGB bijdragen geleverd aan drie boeken. Een boek over arbeidsrecht en gelijke behandeling. De andere twee boeken gaan over leeftijd, levensfasen en arbeid.

Daarnaast zijn van de hand van medewerkers van de CGB artikelen in diverse bladen verschenen en noten bij rechterlijke uitspraken.

3.2.4 Conclusies en aanbevelingen

De CGB heeft sinds de inwerkingtreding van de WGBL jaarlijks gemiddeld iets minder dan 400 vragen over leeftijdsonderscheid ontvangen en gemiddeld circa 170 verzoeken om een oordeel. Verder zijn gemiddeld 70 oordelen per jaar uitgebracht. Globaal is het aandeel leeftijdszaken ca. 30% van alle verzoeken en oordelen. Met recht kan leeftijdsdiscriminatie dan ook als 'hofleverancier' worden betiteld. Dit betekent dat De CGB zeer ruime ervaring heeft opgedaan met beoordeling van leeftijdsonderscheid.

Opvallend is dat 73% van de verzoekers man is en de meeste verzoekers behoren tot de leeftijdsgroep tussen 55 en 65 jaar. Bovendien betreffen verreweg de meeste verzoeken arbeidszaken (97%). Circa 6% daarvan zijn verzoeken om een oordeel over eigen handelen, veel meer dan bij de andere gronden.

Verder worden leeftijdsoordelen beter opgevolgd (gemiddeld 87%) dan oordelen op andere gronden. Ook de rechter volgt de oordelen veelal op, eveneens meer dan bij andere gronden. De bekendheid van de WGBL is mede te danken aan de tijd en energie die de CGB heeft gestoken in voorlichting, scholing en publicaties over de wet, de normen en haar oordelen. Ook het relatief omvangrijke aantal adviezen over leeftijd (13) heeft hieraan bijgedragen.

4 Bevindingen CGB - Algemeen

De CGB heeft door het behandelen van 769 verzoeken en het uitbrengen van 320 oordelen de afgelopen jaren ruime ervaring opgedaan met het bevorderen van de naleving van de WGBL.

Haar bevindingen met het toepassen van de WGBL volgen hieronder.

Aangezien de grond leeftijd een bijzonder karakter heeft en daardoor afwijkt van de andere non-discriminatiegronden, wordt hieraan eerst aandacht besteed.

Daarna wordt ingegaan op diverse aspecten van het normensysteem. De WGBL kent een zogenoemd half open-systeem voor het bepalen van onderscheid. Dit wil zeggen dat ieder leeftijdsonderscheid verboden is, tenzij sprake is van een objectieve rechtvaardiging. Dit in tegenstelling tot de in de AWGB vermelde gronden waarbij direct onderscheid is verboden en uitsluitend indirect onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden. Dit systeem wordt door het opnemen van enkele uitzonderingen in de wet, waarvoor de objectieve rechtvaardiging op voorhand vaststaat, als 'half open' aangeduid. Dit betekent dat - na het vaststellen of überhaupt sprake is van leeftijdsonderscheid - de objectieve rechtvaardigingstoets een centrale plaats inneemt bij de afweging of sprake is van *verboden* leeftijdsonderscheid. De wijze waarop in concreto de objectieve rechtvaardigingstoets wordt uitgevoerd staat derhalve centraal in de wet. Het vormt zegge het hart van de WGBL. Omdat de objectieve rechtvaardigingstoets verschillend kan uitwerken per maatschappelijk terrein (arbeid, vrije beroep en beroepsonderwijs) en per aspect van de arbeid, wordt hierop per onderdeel in het navolgende uitvoerig ingegaan (zie paragrafen 5).

4.1 Karakter van de grond leeftijd en de gevolgen

Inleiding

Leeftijd neemt een aparte plaats in de rij van non-discriminatiegronden die in de gelijkebehandelingswetgeving worden genoemd. De grond leeftijd heeft een heel eigen karakter. Bij het opstellen van de Kaderrichtlijn gelijke behandeling heeft de Europese wetgever expliciet rekenschap gegeven van de bijzondere aard van leeftijd als discriminatiegrond en ook de Nederlandse wetgever was zich hiervan van meet af aan bewust, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting.²⁷ De wezenlijke andere aard van de grond leeftijd ten opzichte van de andere gronden heeft de CGB in haar commentaar ook vermeld en zich de vrijheid behouden om in een later stadium zonodig nog aanvullend opmerkingen te maken.²⁸ De afgelopen jaren heeft de CGB in haar oordelend werk de bijzondere aard van de grond leeftijd ervaren en verwerkt in haar oordelen en adviezen, met name bij de wijze waarop de objectieve rechtvaardiging wordt getoetst.

Bijzonder karakter

Niet bij voorbaat verdacht

De belangrijkste constatering is dat, in tegenstelling tot de in de AWGB genoemde gronden zoals ras of geslacht, leeftijd niet als een bij voorbaat verdacht criterium voor onderscheid kan worden aangemerkt. Leeftijd is immers geen tweepolig criterium zoals bij sekse. Gevolg hiervan is dat er ook geen vaste leeftijdscategorie aan te wijzen is die in een achtergestelde positie zit, zoals bij de groep vrouwen en etnische minderheden wel het geval is. Natuurlijk kan worden gesteld dat in het algemeen ouderen op de arbeidsmarkt een kwetsbaarder positie innemen, maar er zijn ook situaties waarin ouderen werknemers juist bevoorreed worden (leeftijdsvakantiedagen). Bovendien zijn er omstandigheden

²⁷ Kamerstukken II 2001/02 28 170, nr. 3, p.12.

²⁸ CGB advies inzake het voorstel voor een wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, 13 juni 2001 (CGB advies 2001/04), p.1.

waarin juist jongere werknemers de kwetsbare groep vormen, zoals bijvoorbeeld vakkenvullers in de supermarktbranche.

Objectief bepaalbaar

Een ander aspect van leeftijd is dat deze - in welke vorm dan ook - als een objectief bepaalbaar onderscheidend criterium eenvoudig is toe te passen. Het is eenduidig en transparant. Met name in sociale en arbeidswet- en regelgeving zijn op leeftijd gebaseerde differentiaties, leeftijdsgrenzen en leeftijdsgerelateerde maatregelen dan ook aan de orde van de dag.

Ook in de Memorie van Toelichting bij de WGBL is geconstateerd, een leeftijdscriterium een objectief element dat kan zijn, dat vanuit het oogpunt van rechtszekerheid ook wenselijk kan zijn. De leeftijd van een persoon kan er in bepaalde gevallen wel degelijk toe doen, bijvoorbeeld het belang van jongeren van 13-14 jaar om een opleiding te volgen in plaats van te werken of de verminderde kansen van een oudere werknemer op de arbeidsmarkt.

Soms beschermend

Bovendien kan onderscheid naar leeftijd ook een beschermend karakter hebben. Het gaat dan om positief onderscheid, zoals bijvoorbeeld verbod van nachtarbeid of wisseldiensten boven een bepaalde leeftijd of leeftijdsvakantiedagen. Ook werknemers die jonger zijn dan degene die er voordeel aan hebben, kunnen akkoord zijn met deze regelingen omdat zij te zijner tijd hiervoor ook in aanmerking komen. Het solidariteitselement speelt hierbij ook een rol. Hier staat tegenover dat de zekerheid voor jongeren dat zij de voordelen voor ouderen later krijgen, niet aanwezig is. Al was het maar vanwege verandering van baan en de grote verschillen tussen cao's ten aanzien van ouderendagen en dergelijke.²⁹

Geen constante eigenschap of persoonlijk kenmerk

Verder is leeftijd, anders dan bijvoorbeeld ras, geslacht en seksuele gerichtheid, geen constante eigenschap of vast persoonlijk kenmerk. De leeftijd verandert voortdurend. Iedereen die jong is wordt naar verwachting ouder en iedereen die nu oud is, is ooit jong geweest. Toch is leeftijd onontkoombaar aan een persoon gebonden. Het geeft derhalve wel een indicatie van iemands positie in de levensloop. In die zin is leeftijd een continu begrip dat echter voortdurend verandert.

Dynamisch en relatief begrip

Aangezien het begrip 'tijd' een cruciale rol speelt, is leeftijd ook een dynamisch begrip.³⁰ En daardoor ook een relatief begrip: iedereen die een bepaalde leeftijd heeft is voor de ene leeftijdsgroep oud, terwijl deze voor een andere leeftijdsgroep jong is.

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het gebruik maken van leeftijd discriminerend kan zijn onder *bepaalde* omstandigheden. Dit vergt steeds een niet eenvoudige afweging van belangen, zowel bij het vaststellen of sprake is van leeftijds onderscheid, als bij het bepalen of zich verboden leeftijds onderscheid voordoet.

Gevolgen voor wetgeving en praktijk

Het hiervoor geschetste bijzondere karakter van de grond leeftijd heeft de wetgever niet weerhouden te komen tot de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, zelfs nog voordat Europese wetgeving (de Kaderrichtlijn) Nederland daartoe verplicht

²⁹ M. Beekma en J. de la Croix, *Perspectief op langer doorwerken*, een onderzoek naar cao-afspraken tussen sociale partners met betrekking tot langer doorwerken, juni 2008.

³⁰ Ook enkele andere gronden kunnen veranderlijk zijn, zoals arbeidsduur, burgerlijke staat, nationaliteit, maar daarbij is sprake van - in meer of mindere mate - een keuze-element dat bij leeftijd ontbreekt. Ook handicap en chronische ziekte kunnen veranderlijk zijn, hoewel daarbij het keuze-element weer ontbreekt: het kan immers iedereen overkomen.

stelde. Gezien het bijzondere karakter en de complexiteit van de grond leeftijd heeft de wetgever - in tegenstelling tot de meeste andere gelijke behandelingswetgeving - in de WGBL niet gekozen voor een absoluut verbod van leeftijdsonderscheid, maar voor een half open-systeem. Dit houdt in dat in een aantal gevallen leeftijdsonderscheid expliciet wordt toegestaan, terwijl in alle andere situaties leeftijdsonderscheid alleen is geoorloofd als daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Deze bijzonder genuanceerde benadering van verschillen in behandeling op grond van leeftijd weerspiegelt het verschil tussen de grond leeftijd en de andere discriminatiegronden, zoals hiervoor geschetst. Immers, dit half open-systeem biedt de rechter en de CGB de mogelijkheid om per voorgelegde casus een afweging van belangen te maken, rekening houdend met de eigen aard en problematiek van de grond leeftijd. Bovendien kunnen ontwikkelingen en veranderende opvattingen in de maatschappij met betrekking tot leeftijd als onderscheidmakend criterium, worden meegewogen.

Bevindingen CGB

Zoals vermeld is de CGB de afgelopen jaren geconfronteerd met alle bovengenoemde, bijzondere aspecten van de grond leeftijd. Dat maakte de beoordeling of sprake was van leeftijdsonderscheid en tevens of sprake is van *verboden* leeftijdsonderscheid niet eenvoudig.

De ervaring van de CGB is dat het bijzondere karakter van leeftijd er toe leidt dat het bij leeftijd meer gecompliceerd is dan bij de andere gronden om onderscheid en verboden onderscheid (discriminatie) op grond van leeftijd vast te stellen. Door introductie van de algemene uitzonderingsregel - leeftijdsonderscheid kan immers altijd objectief gerechtvaardigd zijn - zijn de mogelijkheden om op leeftijd gebaseerde verschillen in behandeling te rechtvaardigen ruimer dan voor de andere gronden. Dit biedt zeker soelaas om op een weloverwogen wijze leeftijdsriteria te beoordelen. De moeilijke opgave tot normontwikkeling/-invulling waarmee de wetgever de CGB - en ook de rechter - heeft belast is ook zichtbaar in de oordelen en uitspraken. Het houvast bieden aan betrokkenen door duidelijk afgewogen normen is niet eenvoudig vanwege het vaak casuïstisch karakter van oordelen. Daarom heeft de CGB gekozen voor het uitbrengen van adviezen in relatie tot als gevolg van oordelen, op de meest relevante aspecten van het terrein arbeid. Adviezen bieden de mogelijkheid om alle aspecten van een leeftijdsonderscheid in den brede te belichten. Op deze wijze ontstaat er niet alleen meer duidelijkheid over de norm, ook vindt enige nuancering plaats van standpunten. Aanvankelijk waren de oordelenlijnen voor de grond geslacht leidend. Op sommige punten bijvoorbeeld bij seniorenregelingen, wordt nu een eigen koers gevaren.

De geschetste problematiek mag echter niet aldus worden uitgelegd, dat leeftijdsdiscriminatie zich onderaan in een vermoede 'hiërarchie' van discriminatiegronden bevindt.³¹ Veeleer is het de uitdrukking van de materiële verschillen tussen die gronden en in de wijze waarop zij als juridische criteria fungeren. Het is geen kwestie van waarde of belang, maar het gaat erom de draagwijdte van het discriminatieverbod passend vast te leggen. Zoals vermeld is leeftijd immers een op een gegeven tijdstip bestaande persoonlijke eigenschap die niet vatbaar is voor een vrije keuze en derhalve beschermingswaardig.

De vaststelling of sprake is van onderscheid/ongelijke behandeling is bij leeftijd iets ingewikkelder dan bij andere gronden. Dat geldt echter niet zozeer bij werving en selectie van kandidaten of bij aangaan of beëindiging van een arbeidsovereenkomst. De CGB beoordeelt deze zaken op vergelijkbare wijze als bij de andere gronden. Met name bij de arbeidsvoorwaarden(regelingen) doet zich deze problematiek voor. Te denken valt hierbij aan regelingen waarin leeftijdsvakantiedagen zijn opgenomen. Deze regelingen kenmerken

³¹ Zoals ook de Europese Commissie heeft beoogd voor alle gronden opgenomen in artikel 13. Dit blijkt ook uit het voorstel om alle gronden in de zogenoemde Kaderrichtlijn op een gelijk beschermingsniveau als ras te brengen (Com (1999) 565 definitief). Zie Kaderrichtlijn vastgesteld door de Raad van de Europese Unie.

zich immers door de lange periode waarin (gedurende die periode) aan de betrokkenen verschillende rechten bij verschillende leeftijden worden toegekend. Gesteld zou kunnen worden dat bij dergelijke regelingen iedereen uiteindelijk per saldo hetzelfde krijgt, hetgeen de vraag oproept of dan wel sprake is van onderscheid. Dit geldt echter alleen als de regeling onveranderd blijft voortbestaan, betrokkene tijd van leven heeft en bij dezelfde werkgever in dienst blijft. Alleen als aan deze voorwaarden is voldaan zou kunnen worden geconcludeerd dat er geen onderscheid is op grond van leeftijd. De praktijk is echter anders. Gemiddeld veranderen werknemers om de zeven jaar van baan. Dit is de reden dat de CGB niet bij de vaststelling van leeftijds onderscheid de lange duur van dergelijke regelingen meeweegt, maar bij de beoordeling of dit leeftijds onderscheid verboden is. Derhalve houdt de CGB bij de objectieve rechtvaardigingstoets rekening met de lange looptijd en het solidariteitsaspect tussen de jong en oud van de regeling, zoals bijvoorbeeld bij seniorenregelingen en sociale plannen.

Conclusies

- Het bijzondere karakter van leeftijd (niet bij voorbaat verdacht, geen constante eigenschap, maar dynamisch en relatief) maakt het voor de CGB niet eenvoudig te beoordelen of sprake is van leeftijds onderscheid en vooral niet of sprake is van verboden leeftijds onderscheid. Toch acht de CGB (in overeenstemming van de Raad van de Europese Unie) de grond leeftijd, als beschermingswaardige grond vastgelegd in de WGBL, in haar beoordelingen in het algemeen hanteerbaar.
- Juist doordat leeftijds onderscheid - op een enkele uitzondering na - altijd objectief gerechtvaardigd kan worden, blijkt het mogelijk bij de toetsing rekening te gehouden met de eigen aard van de grond leeftijd en tevens met ontwikkelingen en veranderende opvattingen in de maatschappij. Het gevolg hiervan is dat oordelen een meer casuïstisch karakter. Het nadeel hiervan wordt in praktijk deels ondervangen door het uitbrengen van (algemeen werkende) adviezen.
- Problemen als gevolg van het bijzondere karakter van leeftijd doen zich met name voor bij de arbeidsvoorwaarden en in mindere mate bij werving en selectie van kandidaten of bij aangaan of beëindiging van een arbeidsovereenkomst. Immers, op die aspecten verschilt de grond leeftijd niet zo wezenlijk van andere gronden.
- De regelingen vallend onder de arbeidsvoorwaarden gelden veelal voor lange(re) periodes en verschillen bovendien veelal voor diverse leeftijdsgroepen. Voor ouderen gelden andere regelingen dan voor jongeren. In theorie komt iedereen een keer in aanmerking voor een bepaalde faciliteit. De CGB houdt daarom rekening met een zekere vorm van solidariteit tussen de oudere en jongere generatie en laat dit enige rol spelen bij de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging van leeftijds onderscheid.
- Vanwege het bijzondere karakter van de grond leeftijd zet de CGB de lijn voort om naast individuele oordelen adviezen uit te brengen die de algemene oordelenlijn verduidelijken.

4.2 Werkingsfeer van de WGBL

Onder de werkingsfeer van de WGBL wordt verstaan zowel de personele werkingsfeer (Wie wordt beschermd door de WGBL? Wie kan zich op de WGBL beroepen? En ook tegen wie kan de klacht worden gericht? Wie zijn de gebruikers van de WGBL? Wie moeten de WGBL naleven?), als de materiële werkingsfeer (Op welke terreinen van het maatschappelijk leven ziet de WGBL?). Overeenkomstig de Kaderrichtlijn is in de WGBL de werkingsfeer vastgelegd, al dan niet expliciet.

4.2.1 Personele werkingsfeer

Inleiding

In art. 3 van de Kaderrichtlijn is bepaald dat de Kaderrichtlijn van toepassing is op iedereen, zowel in de particuliere sector als in de overheidssector. In de WGBL is niet expliciet opgenomen wie zich op de wet kan beroepen en wie zich aan de wet moet houden. Analooq aan de Kaderrichtlijn wordt in beginsel *een ieder* beschermd tegen het maken van verboden leeftijdonderscheid *door een ieder*. Anders gezegd, de gelijke behandelingswetten en- normen kennen geen haarscherpe omschrijving van de kring van begunstigten en van de groep normadressaten.

Bevindingen CGB

Begunstigten

Individuele personen kunnen een beroep doen op de WGBL. Zij kunnen klachten indienen bij de CGB. Daarnaast kunnen belangenorganisaties en ondernemingsraden een beroep op de wet doen. Ook hebben bedrijven en organisaties de mogelijkheid een verzoek in te dienen bij de CGB om hun eigen beleid, regelingen en dergelijke te laten beoordelen. Verreweg de meeste verzoeken zijn bij de Commissie ingediend door individuele klagers. Daarnaast is 2,5% van de verzoeken afkomstig van belangenbehartigerorganisaties (in casu ADB's) en ondernemingsraden. Circa 6 % van de verzoeken is afkomstig bedrijven, uitvoerders van pensioenvoorzieningen of werkgevers- en werknemersorganisaties, die een oordeel wensten over hun eigen beleid (seniorenregelingen in cao's, pensioenregelingen etc.). Dit relatief hoge percentage is verklaarbaar omdat de WGBL een half-open norm kent. De norm dient derhalve te worden uitgewerkt door de CGB en de rechter. Juist de uitvoerende instanties hebben behoefte aan snelle duidelijkheid over de norm, met name betreft dit uitvoerders van pensioenen, waar bovendien grote financiële belangen in het spel zijn.

In de lijn van de verwachtingen gaan verreweg de meeste klachten over arbeidsgerelateerde onderwerpen. Slechts enkele verzoeken (3%) zijn afkomstig van leerlingen in het beroepsonderwijs en van vrije beroepsbeoefenaars (zoals arts, psychiater).

Normadressaten

Normadressaten zijn degenen die de wet moeten toepassen en integreren in hun beleid en handelen op de terreinen waarvoor de WGBL van toepassing is. De WGBL kent een open norm en richt zich op iedere instantie die zich in Nederland begeeft op het gebied van de arbeid, het vrije beroep en het beroepsonderwijs. De wet richt zich op alle actoren in deze sectoren in de ruimste zin van het woord. Volgens de vaste oordelenlijn van de CGB, die aansluit bij de bedoeling van de wetgever³², behoren hiertoe naast werkgevers en uitvoerders van pensioenvoorzieningen, ook instanties die zich bezig houden met de toeleiding tot arbeid (intermediairs) zoals uitzendbureaus, bemiddelingsbureaus en publieke arbeidsvoorzieningen, bijvoorbeeld de CWI. Ook de sociale dienst die een dergelijke rol vervult, heeft de CGB als verweerder aangemerkt in een zaak (oordelen 2005-54, 55, 172 en 173). Daarnaast geldt het verbod van leeftijdsonderscheid ook voor alle organisaties die betrokken zijn bij de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden zoals cao-partijen. Ook deze algemene oordelenlijn heeft de CGB bij leeftijdszaken voortgezet. Juist bij leeftijdszaken is deze ruime benadering van belang aangezien de meeste verzoeken de werving en selectie en de arbeidsvoorwaarden betreffen. Alle spelers op die velden betreft de CGB dan ook altijd bij de behandeling om een omvattend beeld van de voorgelegde problematiek te krijgen.

³² Kamerstukken II 2001/02 28 170, nr. 3, p. 19.

4.2.2 Materiële werkingsfeer

Inleiding

De WGBL bestrijkt de terreinen arbeid (art. 3), vrije beroep (art. 4), beroepsonderwijs (art. 5) en het lidmaatschap van werkgevers-, werknemers en beroepsorganisaties (art. 6). Art. 3 WGBL bevat bovendien alle aspecten van de arbeid, van instroom, doorstroom tot uitstroom. Het betreft hier het aanbieden van een betrekking, de behandeling en vervulling van een openstaande betrekking, de arbeidsbemiddeling, het aangaan en het beëindigen van een arbeidsverhouding, het aanstellen tot ambtenaar en het beëindigen van het dienstverband van een ambtenaar, de arbeidsvoorwaarden, het laten volgen van onderwijs, scholing en vorming tijdens of voorafgaand aan een arbeidsverhouding, de bevordering en de arbeidsomstandigheden.

Daarnaast heeft de wetgever de materiële werkingsfeer ten opzichte van de Kaderrichtlijn uitgebreid door openlijke aanbiedingen van een betrekking met leeftijdsgrenzen te verbieden tenzij hiervoor een motivering in de aanbiedingstekst is opgenomen (art. 9). Het verbod van onderscheid is niet van toepassing op een aantal aspecten van pensioenvoorzieningen, zoals toetredingsleeftijden en pensioengerechtigde leeftijden. Ook als deze niet gelijk zijn voor verschillende groepen werknemers. Bovendien is het verbod niet van toepassing op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden.

Bevindingen CGB

Arbeid

De wetgever heeft voor ogen gestaan leeftijdsonderscheid bij vormen van alle soorten arbeid (in de publieke en private sfeer) te verbieden, hetgeen ook aansluit bij de Kaderrichtlijn. Ook de term 'betrekking' sluit aan bij het begrip arbeid. Deze ruime uitleg spooft eveneens met de oordelenlijn van de CGB bij andere gronden. In aansluiting op de wetsgeschiedenis en volgens vaste oordelenlijn van de Commissie is sprake van arbeid in alle gevallen waarin een persoon onder *gezag* van een ander, al dan niet tegen beloning, arbeid verricht.

A-typische arbeidsrelaties, zoals nuluren contracten (oordeel 2007-1), contracten voor oproepkrachten (oordeel 2006-34) en vrijwilligerswerk (oordelen 2006-246 en 2007-60), stages (oordeel 2005-149) en andere vormen van onbeloonde arbeid vallen onder het begrip arbeidsverhouding.

Of van gezag sprake is in een concreet geval wordt bepaald aan de hand van concrete feiten en omstandigheden (oordeel 2006-246 en oordelen 2007-52, 60 en 98). Politieke functies en een functie als lid van Raad van Toezicht en als commissaris vallen niet onder het begrip arbeid.³³ In deze functies wordt niet gewerkt onder gezag in tegenstelling tot directeur-bestuurders, burgemeesters, Commissarissen van de Koningin en leden van adviesraden.

Ook op andere wijze hanteert de CGB een ruime uitleg: ook verplichte verzekeringen direct gerelateerd aan werk, zoals ziektekostenverzekeringen vallen ook onder het begrip arbeidsvoorwaarden en dus onder de reikwijdte van de WGBL (oordeel 2004-144).

Vrije beroep

Het maken van leeftijdsonderscheid bij de voorwaarden voor en de toegang tot het vrije beroep is verboden. Dit verbod wordt ook ruim uitgelegd en geldt eveneens voor de mogelijkheden tot uitoefening en ontplooiing van het vrije beroep. De CGB heeft enkele zaken behandeld waar het ging om het kunnen sluiten van een zorgovereenkomst door vrijgevestigde hulpverleners. In par. 6.2 wordt hierop verder ingegaan.

³³ Kamerstukken II 2001/02 28 170 nr. 3, p 119; oordeel 2005-15k.

Beroepsonderwijs

Het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij het beroepsonderwijs is slechts een enkele keer aan de CGB voorgelegd. Het betrof het verschil in collegegeld tussen mensen onder en boven of gelijk aan dertig jaar (verder wordt verwezen naar par. 6.3). Alhoewel de CGB slechts enkele vragen heeft ontvangen die betrekking hadden op algemeen onderwijs, lijkt de scheiding tussen beroeps- en algemeen vormend onderwijs wat gekunsteld. Bij de uitbreiding van het werkerterrein met goederen en diensten zou kunnen worden overwogen om - zoals de Europese Commissie op 2 juli 2008 heeft voorgesteld - de uitbreiding naar algemeen vormend onderwijs mee te nemen. Dit mede om een gelijk beschermingsniveau voor de verschillende gronden te realiseren.

Lidmaatschap beroepsorganisaties

Het verbod van het onderscheid bij het lidmaatschap van werknemers- en werkgeversorganisaties en beroepsorganisaties is ter uitvoering van de Kaderrichtlijn in de WGBL opgenomen. Hieruit vloeit voort dat niet alleen bij de toegang geen leeftijdsonderscheid mag worden gemaakt, maar evenmin bij de daaruit voortvloeiende voordelen, zoals het actieve en passieve kiesrecht en het bekleden van functies binnen dergelijke organisaties. Vooralsnog zijn dergelijke kwesties niet aan de CGB voorgelegd.

Aanbieden en toegang tot goederen en diensten

De WGBL biedt geen bescherming tegen leeftijdsonderscheid buiten de hierboven genoemde terreinen, zoals tegen onderscheid bij het algemeen vormend onderwijs en het aanbieden van goederen en diensten en huisvesting. Uitbreiding van de reikwijdte van de WGBL is al jaren - ook al bij de totstandkoming van de wet - in discussie. Dit is ook het geval op Europees niveau. Begin juli 2008 heeft de Europese Commissie (EC) een voorstel voor een richtlijn voor gelijke behandeling buiten de arbeid, waaronder goederen en diensten uitgebracht. De CGB heeft op 22 mei 2008 het kabinet ook in deze lijn geadviseerd.³⁴ Hiertoe heeft zij de volgende argumenten aangedragen:

- er bestaat grote behoefte aan uitbreiding van de werkingsfeer met het maatschappelijk terrein van het leveren van goederen en diensten, gezien de vele telefonische meldingen en verzoeken bij de CGB;
- consistentie van de antidiscriminatie wetgeving, ook in Nederland, dat vooral voor (het begrip van) de burger van belang is;
- een min of meer gelijke beoordeling in geval van samenloop van gronden zoals bijvoorbeeld leeftijd en geslacht, ras en godsdienst;
- geen hiërarchie tussen non-discriminatiegronden;
- tussen lidstaten geen verschil in beschermingsniveau;
- bovendien blijkt uit onderzoek dat de kosten die een dergelijke richtlijn meebrengt, meevallen.

Van de telefonisch en per mail gestelde vragen om informatie aan CGB gaat 23 % over onderscheid op grond van leeftijd. Van de vragen over leeftijd, handelen 13 % over mogelijk onderscheid bij aanbieden goederen en diensten. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het niet verstrekken van een hypotheek of andere lening aan een 65-plusser of het niet kunnen afsluiten van een arbeidsongeschiktheidsverzekering boven 65 jaar. Ook kunnen 65-plussers gratis gebruik blijven maken van diensten van de Postbank zoals het toesturen van bankafschriften en van het openbaar vervoer.

Inmiddels is de goedkeuringsprocedure over deze uitbreiding gaande. Het kabinet heeft laten weten dat zij, evenals de Eerste en Tweede Kamer, positief staat tegenover verankering van gelijke behandeling op Europees niveau.³⁵ Het voorstel van de EC bevat

³⁴ CGB-advies 2008-06 inzake uitbreiding Kaderrichtlijn buiten de arbeid.

³⁵ Brief van de Staatssecretaris voor Europese zaken aan de Tweede Kamer, d.d. 10 december 2008, Kamerstukken II 2008/09, 31 544, nr. 6.

echter nog veel onduidelijkheden ten aanzien van de terminologie, reikwijdte en financiële gevolgen. Verheldering is nodig over wat wel of niet onder de richtlijn valt. Ten aanzien van leeftijd meldt het kabinet dat leeftijdsonderscheid in haar 'retributie- en tegemoetkomingsbeleid' moet kunnen worden gehandhaafd, hetgeen op dit moment niet duidelijk is. Bovendien zal het kabinet onderzoeken of Nederlandse fiscale maatregelen in voldoende mate buiten de werkingssfeer van het richtlijnvoorstel vallen. De Raad van Ministers besluit over het richtlijnvoorstel naar verwachting in de loop van 2009. Mocht dit niet tot een positief resultaat leiden dat zou het aanbeveling verdienen op bovenstaande gronden dat de wetgever uit eigener beweging hiertoe overgaat.

Conclusies

- De personele en materiële werkingsfeer zoals deze in de wet is opgenomen, geeft voldoende duidelijkheid en laat zich - evenals bij de andere gronden - goed toepassen. Bij de interpretatie van de werkingsfeer en van het begrip arbeid en betrekking worden de vaste oordelenlijnen van de CGB, zoals deze ook bij andere gelijke behandelingswetgeving geldt, toegepast. Deze zijn goed hanteerbaar.
- Uitbreiding van de materiële werkingsfeer buiten de arbeid, in het bijzondere met het terrein van goederen en diensten - zoals de Europese Commissie heeft voorgesteld - is wenselijk vanwege de gebleken behoefte hieraan, de consistentie van de gelijke behandelingswetgeving en de duidelijkheid voor begunstigen/rechtzoekenden en normadressaten, zowel in Nederland, als in Europa.

Aanbevelingen

- De CGB dringt er bij de regering en het parlement op aan zich - evenals bij handicap en chronische ziekte - in Europees verband in te zetten voor de totstandkoming van de Europese richtlijn buiten de arbeid met name op het gebied van onderwijs, goederen en diensten en huisvesting bij leeftijd, evenals bij handicap en chronische ziekte.
- Mocht dit op Europees niveau niet tot een positief resultaat leiden dan verzoekt de CGB de wetgever uit eigen beweging over te gaan tot uitbreiding van de WGBL met genoemde terreinen, al dan niet gefaseerd.

4.3 Normstelling van de WGBL en uitzonderingen

4.3.1 Leeftijdsonderscheid

Inleiding

Analoog aan art. 6 van de Kaderrichtlijn verbiedt de WGBL vier vormen van onderscheid naar leeftijd. Art. 1 WGBL bevat een algemene beschrijving van leeftijdsonderscheid. In tegenstelling tot de meeste andere gelijke behandelingswetten wordt hierbij geen scherpe tweedeling gemaakt tussen direct en indirect leeftijdsonderscheid, aangezien dit niet relevant werd geacht nu beide vormen objectief gerechtvaardigd kunnen worden. Daarnaast is een apart verbod van opdrachtverlening tot leeftijdsonderscheid in de wet opgenomen (art. 1, lid 2) en een verbod tot intimidatie (art. 2). Dit laatste verbod is een zwaardere vorm van onheuse of discriminatoire bejegening. Nauwgezet is aangegeven wanneer bejegening als intimidatie mag worden aangemerkt. Een objectieve rechtvaardiging is hierbij niet mogelijk.

Bevindingen CGB

Direct en indirect onderscheid

Alhoewel in art. 1 WGBL de termen direct en indirect onderscheid naar leeftijd niet expliciet zijn gedefinieerd, zoals in andere gelijke behandelingswetgeving, heeft de CGB beide vormen van onderscheid toch betrokken in haar oordelen, overeenkomstig de Kaderrichtlijn (zie ondermeer oordeel 2007-197). De CGB heeft in haar advies aan het kabinet van mei 2008³⁶ dan ook vermeld dat de formulering in art. 1, lid 1 WGBL geen drempel opwerpt tegen beoordeling conform art. 2, lid 2, van de Kaderrichtlijn, maar dat er echter niets aan in de weg staat om, met het oog op eenduidigheid van de toepasselijke regels, te kiezen voor een strikt(ere) aansluiting bij de letterlijke tekst van de Richtlijn.

³⁶ CGB advies inzake de ingebrekestelling van Nederland (CGB 2008-02) door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2000/78/EG (mei 2008).

Het kabinet heeft inmiddels aan de Tweede Kamer een wetsvoorstel gedaan om de WGBL op dit punt te wijzigen.³⁷ De praktijk van de CGB zal hierdoor niet veranderen.

De vormen waarin direct en indirect leeftijdsonderscheid zich in de praktijk manifesteert zijn divers. Dat is mede afhankelijk van het terrein waar het onderscheid zich afspeelt (arbeid/vrij beroep en beroepsonderwijs) en van aspecten van de arbeid. Allereerst zijn er de moeilijk bewijsbare vormen van onderscheid in de zin van vooroordelen en stereotype beelden gerelateerd aan leeftijd. Deze vorm is uiterst moeilijk door verzoeker te bewijzen (zie verder bij Bewijslastverdeling, par. 4.3.4). Zelden wordt de reden voor afwijzing aan het papier toevertrouwd. Als dit gebeurt dan wordt deze vaak weer snel ingetrokken door een werkgever of bemiddelaar, al dan niet met excuses. Voor de CGB blijft het gegeven dat expliciet leeftijd is genoemd als feit overeind. (bijvoorbeeld oordeel 2007-190). Ook onbewust maken van leeftijdsonderscheid is leeftijdsonderscheid. De volgende soorten van expliciete vormen van *direct* leeftijdsonderscheid zijn te onderscheiden:

1. kalenderleeftijd (bij alle aspecten van de arbeid van advertenties tot beëindiging van een
2. arbeidsovereenkomst en op alle terreinen (2005-37, 2006-21). Soms kalenderleeftijd in combinatie met een peildatum, bijvoorbeeld: 45 jaar en ouder op 1 januari 2005;
3. geboortedata (met name bij arbeidsvoorwaardenregelingen, zoals bijvoorbeeld pensioenregelingen);
4. leeftijdscategorieën/-cohorten (bij advertenties en arbeidsvoorwaarden, zoals bepalingen in een pensioenvoorziening of sociaal plan);
5. kwalitatieve leeftijdsaanduidingen, zoals jong, oud, jeugdig, ook al zijn de leeftijdsgrenzen van deze categorieën niet exact aan te geven.

Deze vormen van leeftijdsonderscheid komen vaak voort uit vooroordelen en stereotype beelden die passen bij bepaalde leeftijden.³⁸

Gelijke gevallen

De CGB stelt direct leeftijdsonderscheid in de vier vormen zoals hiervoor opgesomd, meestal snel vast. Tussen partijen staat dit veelal ook niet ter discussie. Slechts in uitzonderingsgevallen wordt hiervan afgeweken. De reden hiervan is dat het uitgangspunt van gelijke behandeling is: gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk in de mate waarin zij ongelijk zijn. De vraag is: Wat zijn bij leeftijdsonderscheid gelijke gevallen? Verschil in leeftijd gaat altijd gepaard met verschil in omstandigheden, bijvoorbeeld als door fusie voor werknemers andere arbeidsvoorwaarden regelingen gelden (oordeel 2007-171).

Daarnaast bevatten arbeidsvoorwaardenregelingen vaak bepalingen die alleen van toepassing zijn voor ouderen (langdurige regelingen). Jongeren zijn hiervan op enig moment uitgesloten maar in de toekomst komen zij wel hiervoor in aanmerking. De CGB weegt de lange duur van dergelijke regelingen niet mee bij de vaststelling van leeftijdsonderscheid, maar wel bij de beoordeling of dit leeftijdsonderscheid verboden is.

Naast directe vormen doen zich *indirecte* vormen van leeftijdsonderscheid voor. Deze vorm manifesteert zich op verschillende wijzen:

- door bepaald taalgebruik, zoals kwalificerende termen als 'pas afgestudeerd', 'student' en/of gebruik van bepaalde beelden, met name in advertenties;

³⁷ Brief van 19 december 2008 inzake de evaluatie AWGB, eerste deel en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 832.

³⁸ A. Wagenaar en Y. Quispel, *Verkenning van het gebruik van leeftijd in onderzoek*, Utrecht : LBL, expertisecentrum leeftijd en maatschappij (nu /expertisecentrum LEEftijd), 2003 en A. Nouta, M.R. de Bruin & R. Cremer, *De mythe doorbroken, Gezondheid en inzetbaarheid oudere werknemers*. (TNO-rapport), 2004.

- door neutrale regelingen, met name in arbeidsvoorwaardenregelingen, die een bepaalde leeftijdsgroep bijzonder treffen.

Taalgebruik en/of beeldmateriaal

Hoewel door het gebruik van bepaalde termen en beelden niet direct een bepaalde leeftijdsgroep wordt bedoeld, roepen deze toch wel een beeld en/of gedachte op dat bijvoorbeeld jongeren worden gevraagd. Ouderen zullen niet snel solliciteren en daarmee wordt de ouderengroep getroffen (onder meer oordelen 2005-106, 107, 113 en 114; Advies 2005-06, pag. 9 /10).

Neutrale regeling

De andere vorm van indirect onderscheid - het gebruik van de op zich neutraal ogende criteria of regeling die een bepaalde leeftijdsgroep treft - doet zich in verhouding tot direct leeftijdsonderscheid, niet vaak voor. Bijvoorbeeld de 'anciënniteitsregelingen' bij het verkrijgen van extra vakantiedagen of bonussen. In het algemeen zullen ouderen meer baat hebben van deze voorzieningen en op grond daarvan stelt de CGB meestal deze vorm van onderscheid vast (onder meer oordeel 2004-118).

Deze indirecte vorm van onderscheid doet zich eveneens voor bij andere gronden dan leeftijd. Meestal wordt dan op grond van een cijfermatige berekening vastgesteld dat een bepaalde groep in een organisatie, gerelateerd aan de non-discriminatiegrond, is getroffen.³⁹ Ook komt het voor dat tot indirect onderscheid wordt geconcludeerd op grond van feiten van algemene bekendheid. Bij leeftijd is de eerste manier (de meetmethode) moeilijk toepasbaar. De leeftijdsopbouw van het personeel verandert immers vanzelf, zonder personeelwisseling, in de loop van de jaren in tegenstelling tot sekse. De CGB gaat dan ook veelal uit van feiten van algemene bekendheid (oordeel 2005-110). De CGB ervaart dagelijks dat indirect onderscheid moeilijk wordt herkend en erkend door gebruikers/normadressaten. Ook om die reden lijkt het goed om in art.1 WGBL expliciet de definitie van indirect onderscheid op te nemen, zoals de CGB in haar commentaar op het wetsvoorstel ook nadrukkelijk heeft geadviseerd.⁴⁰ Bovendien zou extra aandacht hiervoor bij de voorlichting niet overbodig zijn.

Opdracht

Opdrachtverlening tot het maken van leeftijdsonderscheid komt vrij regelmatig voor bij klachten over werving en selectie van personeel. De werkgever neemt een bemiddelingsbureau in de arm om advertenties te plaatsen en de (eerste) selectie te doen. Ook komt opdrachtverlening aan uitzendbureaus dikwijls voor. Het is vaste oordelenlijn dat beide een eigen verantwoordelijkheid hebben (onder meer oordeel 2006-16) en dat de verantwoordelijkheid van de bemiddelaar ver strekt: hij moet de opdrachtgever er ook op wijzen als hij leeftijdsonderscheid maakt (oordeel 2005-113 en 114). Op het maken van duidelijke afspraken tussen hen dringt de CGB dan ook aan (oordelen 2005-87 en 88). Dat gebeurt niet vaak. Dit is ook van belang aangezien het niet eenvoudig is om er achter te komen hoe de opdrachtverlening werkelijk is verlopen en wat deze inhoudt. De CGB ervaart dat bemiddelaars soms klem zitten tussen de wensen van de opdrachtgever en handelen volgens de WGBL. Bovendien is het geen uitzondering dat de bemiddelingsorganisatie de schuld van leeftijdsonderscheid op zich neemt en als de opdrachtgever zelf ook ontkent een kandidaat met een bepaalde leeftijd te zoeken is hij daarmee vrijgepleit (oordelen 2005-200, 203 en 2007-116).

Intimidatie

³⁹ De Correlatietoets en de Chikwadraattoets hanteert de CGB gewoonlijk om vast te stellen of een bepaalde groep door een op zich neutrale regeling in overwegende mate wordt getroffen.

⁴⁰ CGB advies inzake het voorstel voor een wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, 13 juni 2001 (CGB advies 2001/04), p. 3.

Deze vorm van leeftijdsonderscheid is nog geen enkele keer voorgelegd aan de CGB, derhalve is hiermee geen ervaring opgedaan.

Conclusies

- De in de WGBL genoemde vier vormen van leeftijdsonderscheid (direct onderscheid, indirect onderscheid, opdrachtverlening en intimidatie) heeft de CGB in de praktijk ervaren, met uitzondering van intimidatie.
- Hoewel in art. 1 WGBL de termen direct en indirect onderscheid naar leeftijd niet expliciet zijn gedefinieerd, zoals in andere gelijkebehandelingswetgeving en in de Kaderrichtlijn, heeft de CGB wel beide vormen van onderscheid betrokken in haar beoordelingen van verzoeken. Er staat echter niets aan in de weg om, met het oog op eenduidigheid van de toepasselijke regels, te kiezen voor een strikt(ere) aansluiting bij de letterlijke tekst van de Kaderrichtlijn conform de ingebrekestelling van de Europese Commissie. Overeenkomstig haar advies van maart 2008 over de zogenoemde ingebrekestelling van de Europese Commissie aan het kabinet (CGB-advies 2008-2) heeft het kabinet een wetsvoorstel ter zake voorgelegd aan de Tweede Kamer.
- Vooral indirect onderscheid blijkt voor normadressaten vaak een moeilijk te herkennen begrip te zijn in de praktijk. Mede om die reden zou het opnemen van de definitie wenselijk zijn. Dienovereenkomstig heeft het kabinet inmiddels een voorstel gedaan aan de Tweede Kamer.
- Leeftijd(sonderscheid) manifesteert zich vaak expliciet in de vorm van kalenderjaren, geboortedata/-jaren of leeftijdscohorten; daaraan liggen vaak vooroordelen en stereotype beelden over leeftijden ten grondslag. Indien in een advertentietekst leeftijdsgrenzen worden vermeld zonder motivering is duidelijk dat in strijd met de wet wordt gehandeld.
- Echter, ook wanneer geen leeftijdsgrenzen zijn genoemd zijn vooroordelen en stereotype beelden over leeftijd vaak de reden voor het maken van onderscheid, met name bij werving (advertenties) en selectie van sollicitanten voor een bepaalde functie. Hierdoor is een vermoeden van leeftijdsonderscheid door verzoeker niet eenvoudig aan te tonen, tenzij hiervan op de een of andere wijze schriftelijk (e-mail naar aanleiding van een sollicitatie) melding is gemaakt.
- Leeftijdsonderscheid bij de arbeidsvoorwaarden manifesteert zich in het algemeen in de vorm van kalenderjaren, geboortedata/-jaren of leeftijdscohorten. De vraag of sprake is van leeftijdsonderscheid staat derhalve vrijwel nooit ter discussie tussen partijen.
- Opdrachtverlening waar leeftijdsonderscheid aan de orde is, komt regelmatig voor. Zowel de opdrachtgever als de bemiddelaar hebben een eigen verantwoordelijkheid, die de CGB steeds expliciet maakt. Het is niet altijd gemakkelijk om er achter te komen hoe werkelijk de opdrachtverlening is verlopen. Aangedrongen wordt op het vastleggen van duidelijke afspraken.

Aanbevelingen

- De CGB beveelt aan om in het vervolg op de wetswijziging met betrekking tot het opnemen van definities van direct en indirect onderscheid die het kabinet aan de Tweede Kamer heeft voorgelegd, extra aandacht te besteden aan de voorlichting aan betrokkenen over indirect onderscheid op grond van leeftijd.
- De CGB verzoekt de minister van SZW in haar voorlichtingsuitingen (blijvend) te wijzen op de vooroordelen en stereotype beeldvorming over de verschillende

leeftijdsgroepen met name bij alle verantwoordelijken voor het werven en selecteren van personeel.

- De CGB verzoekt de minister van SZW om bij intermediairs/bemiddelaars aan te dringen op het vastleggen van duidelijke afspraken bij opdrachtverlening, zodat geen misverstanden ontstaan tussen betrokkenen over het al dan niet stellen van leeftijdseisen en de motivering daarvoor, bij de werving en selectie van personeel.

Het is de ervaring van de CGB dat vooroordelen en stereotype beelden over leeftijd dikwijls ten grondslag liggen aan zowel direct als indirect leeftijdsonderscheid. Dit geldt voor alle onderdelen van de arbeid (werving en selectie, arbeidsvoorwaarden en beëindiging), maar met name bij werving (advertenties) en selectie van sollicitanten.

4.3.2 Objectieve rechtvaardiging: algemene uitzondering op verbod

Inleiding

De WGBL kent geen absoluut verbod van leeftijdsonderscheid. De wet bevat een half open-systeem van uitzonderingsgronden. In twee gevallen staat de WGBL leeftijdsonderscheid expliciet toe (art. 7, lid 3, onder a en b, WGBL). In alle andere situaties is leeftijdsonderscheid alleen geoorloofd als daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (art. 7, lid 3, onder c, WGBL). Deze objectieve zowel voor direct, als indirect leeftijdsonderscheid.

Bevindingen CGB

De formulering in de wet van de objectieve rechtvaardigingstoets (art. 7, lid 1, sub c) laat veel ruimte voor interpretatie door de CGB en de rechter. Tijdens de parlementaire behandeling van de WGBL is dit ten volle onderkend.⁴¹ Dit leidde aanvankelijk bij velen tot onzekerheid over de betekenis en de draagwijdte van de wet, bij (potentiële) slachtoffers (werknemers, leerlingen e.d.) en niet in de laatste plaats bij de werkgevers, vakbonden, pensioenuitvoerders et cetera (normadressaten).

De CGB maakt in haar oordelen gebruik van een meer uitgebreide objectieve rechtvaardigingstoets die is gebaseerd op de criteria die in de jaren tachtig van de vorige eeuw in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen zijn ontwikkeld voor de objectieve rechtvaardiging van indirect onderscheid naar geslacht.⁴² Op basis hiervan heeft de CGB een vaste, vrij gedetailleerde toets ontwikkeld waarmee de CGB ruime ervaring in de loop van de jaren heeft opgedaan. Ook bij de toepassing bij de beoordeling van leeftijdsonderscheid hanteert de CGB deze toets.

Het bijzondere bij de WGBL is dat deze toets ook van toepassing is voor direct leeftijdsonderscheid. In de praktijk blijkt deze toets bij leeftijd niet eenvoudig, maar wel hanteerbaar. Soms is opgeroepen tot het hanteren van een andere toets bij direct dan bij indirect onderscheid. Ook is wel overwogen om in geval van uitsluiting zwaarder te toetsen dan in andere gevallen van leeftijdsonderscheid.⁴³ Tevens is overwogen om altijd bij

⁴¹ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 4 t/m 7.

⁴² Bijvoorbeeld in de zaak *Bilka Kaufhaus vs Weber van Hartz* (HvJ EG 13 juli 1989, zaak 170/84, Jur. 1986, 1607).

⁴³ *Er is in de Europese richtlijn een tekstueel verschil tussen de algemene bepaling over objectieve rechtvaardiging bij direct onderscheid artikel 2, tweede lid onderdeel b i) en de bepaling over de objectieve rechtvaardiging bij indirect leeftijdsonderscheid (artikel 6)). Niet duidelijk is wat de betekenis hiervan is. De Commissie heeft tot op heden geen waarde toegekend aan dit tekstuele verschil en past in principe dezelfde toets toe op indirect onderscheid op grond van leeftijd als bij direct onderscheid op grond van leeftijd en andere gronden. Hierover is de volgende prejudiciële vraag gesteld in de 'Heyday'-zaak (HvJ EG 9 augustus 2007, zaak C-388/07 *Age concern v Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*): "vraag 3: Is er een significant praktisch verschil, en zo ja welk, tussen de toetsing van de rechtvaardiging was uiteengezet in artikel 2, lid 2 van de richtlijn inzake indirecte discriminatie en de toetsing van de rechtvaardiging inzake directe discriminatie op grond van leeftijd als bedoeld in artikel 6, lid 1, van de richtlijn?" In deze zaak is nog geen uitspraak gedaan, maar uit de conclusie van de AG in deze zaak valt vooralsnog op te maken dat de rechtvaardigingstoets bij indirect onderscheid geen significant andere toepassing behoeft dan bij direct onderscheid. Dit betekent dat de Commissie de door haar ingezette lijn kan voortzetten.*

leeftijdsonderscheid over te gaan op een lichtere toets: naar redelijkheid en billijkheid. De CGB meent dat op basis van haar ervaring in de praktijk de objectieve rechtvaardigingstoets zoals zij deze hanteert, te voldoen. Dit geldt zowel voor direct, als voor indirect onderscheid. Het biedt een voor iedereen duidelijk kader waarbinnen de nodige differentiaties mogelijk zijn, afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Het nadeel dat op deze wijze leeftijdsordelen een meer casuïstisch karakter krijgen tracht de CGB te ondervangen door het uitbrengen van adviezen waarin meer duidelijkheid kan worden gegeven over de algemene lijnen.

Objectieve rechtvaardigingstoets

De CGB heeft bij de objectieve rechtvaardiging enkele noemenswaardige ervaringen opgedaan, bij het bepalen van zowel het doel, als van de geschiktheid en noodzakelijkheid van het middel.

Doel

Het doel van een regeling moet legitiem zijn. Daarbij toetst de CGB of het doel voldoet aan de werkelijke behoefte van de onderneming of voldoende zwaarwegend (bij een overheidsinstelling) en geen discriminatoir oogmerk heeft.

In de praktijk is gebleken dat het bij leeftijdszaken soms lastig te bepalen is wat het *doel* precies is. Van belang is dat het doel van de onderscheidmakende bepaling wordt beoordeeld en niet het doel van de gehele regeling. Soms is het doel niet (meer) bekend of - bij arbeidsvoorwaarden - staan de sociale partners verschillende doelen voor ogen. De CGB heeft in de procedure overeenkomstig art. 19 AWGB een actieve rol om het werkelijke doel achter het gehanteerde leeftijds onderscheid te ontdekken. Dit is niet altijd eenvoudig. Zeker niet als de regeling lang geleden is afgesproken (bijvoorbeeld seniorenregelingen) en het doel onbekend is of niet meer actueel. Vastleggen van het doel in arbeidsvoorwaardenregelingen zou dit aanzienlijk vereenvoudigen.⁴⁴

Verder is ervaren dat soms het doel samengesteld is uit meerdere doelen. Samengestelde doelen tracht de CGB waar mogelijk te splitsen in meerdere losse doelen. Per doel wordt dan de objectieve rechtvaardigingstoets afgelopen. Wanneer doelen onlosmakelijk met elkaar samenhangen wordt het doel in samenhang getoetst, hetgeen de helderheid niet altijd ten goede komt, maar wel noodzakelijk is om recht te doen aan de werkelijkheid (oordeel 2005-219).

Bij verzoeken om een oordeel omtrent eigen handelen is de CGB alert op de doelhantering omdat hierbij in eerste instantie sprake is van inbreng van één verzoeker, meestal de werkgever. Het is daarom vast beleid van de CGB om alle bij een zaak betrokken partijen (cao-partijen, OR, vakbonden) bij de procedure te betrekken teneinde een zo volledig mogelijk en werkelijk beeld te krijgen van het doel (en van de geschiktheid en noodzakelijkheid van het middel).

Aanvankelijk heeft de CGB het 'werkelijke behoefte' criterium strikt gehanteerd (oordeel 2004-46 en 118). Later heeft de CGB dit aspect minder strikt getoetst (oordeel 2007-89). Tenslotte is ervaren dat bij direct onderscheid ook werkelijk onderscheid naar leeftijd wordt beoogd. Moet dan worden gesproken van een discriminatoir doel? In het merendeel van de gevallen wordt het doel niet gezien als discriminatoir aangemerkt, aangezien dit eigen is aan een direct onderscheidend criterium. In het geval dat uitsluitend en bewust onderscheid wordt beoogd, bijvoorbeeld om een apert discriminatoire regeling op een andere wijze te continueren, heeft dit geleid tot de uitspraak dat het doel niet legitiem is (onder meer oordeel 2004-102).

Geschiktheid

Aan de toets of met het onderscheidmakend middel (bijvoorbeeld een leeftijdsgrens) het geformuleerde doel kan worden bereikt wordt in de meeste gevallen voldaan. Alleen als

⁴⁴ Overeenkomstig het voornemen van (ex-)minister de Geus, *Kamerstukken II 2004/05*, 28 170, nr. 40, p. 3-4.
Zie ook persbericht ministerie van SZW van 26 oktober 2005, nr. 05/180.

het middel en het doel weinig relatie met elkaar hebben en duidelijk is dat het doel hiermee niet kan worden bereikt faalt de objectieve rechtvaardiging op dit punt (oordelen 2005-235 en 36, 2006-41).

Noodzakelijkheid

Als het geformuleerde doel kan worden bereikt met een *ander middel* dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, is niet voldaan aan het noodzakelijkheidscriterium.

Op dit onderdeel van de objectieve rechtvaardigingstoets ligt bij leeftijdsonderscheid veelal het accent. Problematisch is dat vaak wel een alternatief te bedenken is met als gevolg dat het leeftijdsonderscheid in veel gevallen niet gerechtvaardigd is. De vraag dringt zich daarbij op of, en zo ja in hoeverre, sprake is van een reëel alternatief (oordeel 2004-150). Daarom is het van belang - en is ook de lijn van de CGB - bij partijen, en met name bij de verweerder, te toetsen hoe realistisch en haalbaar het alternatieve middel is. Een ander probleem dat zich hierbij heeft voorgedaan is de vraag wie de alternatieven moet aandragen: partijen of de CGB. Alternatieven van de verwerende partij, kunnen bewust gekleurd zijn en de verzoeker is vaak niet in staat alternatieven aan te dragen. De praktijk is dat de CGB ook alternatieven voorlegt vanuit haar ervaring met gelijksoortige zaken of alternatieven die voor de hand liggen of anderszins logisch voorkomen.

Voorts wordt bij de noodzakelijkheid ook de *proportionaliteit* (staat het middel dat leeftijdsonderscheid maakt wel in redelijke verhouding tot het doel?) getoetst. Dit onderdeel krijgt in leeftijdsoordelen vaak meer aandacht dan bij andere gronden vanwege het bijzondere karakter van leeftijd, vooral bij de arbeidsvoorwaarden. Het biedt in de praktijk een goede afwegingsmogelijkheid van belangen, bijvoorbeeld van patiënten bij kwalitatief goede zorg en het individuele belang van iemand om door te werken of bij overgangstermijnen bij het vervallen van regelingen waarin op leeftijd wordt gediscrimineerd (onder meer CGB oordeel 2005-135, 174 en 209). Ook in uitspraken van het HvJ EG blijkt proportionaliteit toegepast. Zo heeft het hof in de zaak Mangold een nieuwe wet die voor ouderen minder bescherming bood op de arbeidsmarkt, vanwege disproportionaliteit niet gerechtvaardigd beschouwd.⁴⁵ Deze strikte toets heeft veel discussie doen oplaaien⁴⁶, maar lijkt door de uitspraak in de zaak Palacios weer enigszins in evenwicht te komen. Daarin heeft het Hof de eigen bevoegdheid van een staat om de pensioengerechtigde leeftijd te bepalen benadrukt.

Geconcludeerd kan worden dat in de praktijk in het algemeen de objectieve rechtvaardigingstoets, zowel bij direct als indirect leeftijdsonderscheid, niet eenvoudig is, maar wel hanteerbaar. De toets biedt een duidelijk kader waarbinnen de nodige differentiaties mogelijk zijn, afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Het casuïstisch karakter van oordelen omtrent leeftijdsonderscheid is derhalve niet te vermijden. Door een combinatie van oordelen en adviezen is dit bezwaar weg te nemen. Ten aanzien van de wijze waarop de CGB de toets in de praktijk hanteert hebben zich in de loop van de tijd wel enige versoepelingen voorgedaan.

Aandachtspunten en knelpunten

De aandachtspunten die direct samenhangen met de grond leeftijd betreffen: de roep om een terughoudende toets, spanning tussen collectieve arbeidsovereenkomsten en de WGBL en pakketvergelijkingen. Voorts zijn de meest voorkomende argumenten ter rechtvaardiging van leeftijdsonderscheid als aandachtspunten opgenomen en de bijzondere rechtvaardigingsgronden zoals verwoord in art. 7, lid, onderdelen a en b, WGBL.

1. Terughoudende toets bij leeftijd

⁴⁵ HvJ EG 22 november 2005, nr. C-144/04 (*Mangold*).

⁴⁶ NJCM bulletin 2006, p. 897 (met nt. Van Vandamme); NJCM bulletin 2008, p. 1058, met nt. Van der Hoeven).

In de literatuur⁴⁷ en ook door sociale partners is betoogd dat bij leeftijdsonderscheid een terughoudende toetsing van de objectieve rechtvaardiging op zijn plaats zou zijn vanwege de bijzondere aard van de grond leeftijd. Als argumenten worden hiervoor genoemd dat leeftijd per definitie veranderlijk is waardoor vooral bij de arbeidsvoorwaarden leeftijdscriteria - in tegenstelling tot de meeste andere gronden - minder zwaar wegen aangezien iedereen een keer profijt en nadeel van zo'n regeling heeft (zie ook par. 4.3). De twee uitspraken over leeftijdsonderscheid van het HvJ EG bieden in deze weinig houvast. In het eerste arrest⁴⁸ paste het Hof een strikte proportionaliteitstoets toe. Het tweede leeftijdsarrest⁴⁹ lijkt in de ogen van sommigen diametraal te staan tegenover het Mangold-arrest⁵⁰. Anderen menen dat het Hof, vanwege de kritiek op Mangold, nu de pensioenregeling afstandelijk heeft willen toetsen⁵¹ en weer anderen gaan in hun commentaar niet verder dan dat de strengheid waarmee het Hof in de zaak Mangold toetste, blijkt mee te vallen.⁵²

Mede door deze onduidelijkheid heeft het voorgaande niet geleid tot een terughoudende, marginale toets door de CGB bij de arbeidsvoorwaarden. Wel heeft de CGB in bepaalde situaties een iets meer afstandelijke, in de zin van contextuele, toetsing toegelaten, zoals bij seniorenregelingen en sociale plannen. Dit laat onverlet dat zeker in de gevallen waar sprake is van uitsluiting van bepaalde leeftijdsgroepen, onmiskenbaar een volle toets op zijn plaats is (oordeel 2005-73).

2. Collectieve arbeidsovereenkomst en de WGBL

In de aan de CGB voorgelegde zaken wordt regelmatig als argument naar voren gebracht dat een naar leeftijd onderscheidmakende regeling in een collectieve arbeidsovereenkomst is opgenomen en dat daarmee dit onderscheid op voorhand objectief gerechtvaardigd is. Relevant is de vraag wat de betekenis is van het feit dat een bepaling of regeling waarin leeftijdsonderscheid wordt gemaakt, tot stand is gekomen in overleg met sociale partners en is vastgelegd in een cao voor de beoordeling of sprake is van verboden leeftijdsonderscheid.

Tijdens de parlementaire behandeling van de WGBL pleitte de FNV er voor een uitzondering in de wet op te nemen voor regelingen die waren bepaald bij cao. De regering heeft hiertegen uitdrukkelijk aangevoerd dat een dergelijke uitzondering niet past in het kader van de EG-richtlijn (Kaderrichtlijn), waarop de WGBL is gebaseerd:

“De omstandigheid dat een uitzondering bij cao is vastgelegd, geeft nog niet de garantie dat sprake is van een objectieve rechtvaardiging.”⁵³

Dit standpunt spoort met de oordelenlijn van de CGB, ook bij andere gronden dan leeftijd. Het discriminatieverbod is immers van dwingend recht, waarvan niet zonder objectieve rechtvaardiging kan worden afgeweken in een cao.⁵⁴ De CGB acht zich daarom niet gehouden collectieve afspraken terughoudend te toetsen.⁵⁵ De CGB ziet wel ruimte om de betrokkenheid van sociale partners bij de vaststelling van arbeidsvoorwaardenregelingen mee te laten wegen in de objectieve rechtvaardigingstoets (oordeel 2006-210). Dit ligt in de lijn van het Palacios-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.⁵⁶ In de overweging van het Hof in de *Palacios-zaak* speelde mee dat de

⁴⁷ Heemskerk & Dankbaar, *Oordelenbundel 2006*, p. 157.

⁴⁸ HvJ EG 22 november 2005, NJ 2006, 227 (*Mangold*).

⁴⁹ HvJ EG 16 oktober 2007, zaak C-411/05, (*Palacios*).

⁵⁰ A.G. Veldman, *Automatisch pensioenontslag op 65 jaar vormt geen verboden leeftijdsdiscriminatie*, *Sociaal Recht* 2007-12, p. 406-410.

⁵¹ Conclusie AG-Geelhoed, HvJ EG 11 juli 2006, zaak C-13/05, *JAR* 2006/11, nr. 191.

⁵² Zie noot J. van der Hoeven, *NJCM bulletin* 2008 nr. 7, p. 1058.

⁵³ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 14 (NV), geciteerd in CGB 2 juni 2006, oordeel 2006-117.

⁵⁴ Zie onder meer CGB oordelen 2005-73, 109 en 175, oordeel 2006-222, waarbij verwezen wordt naar diverse uitspraken van HvJ EG (Royal Copenhagen, 31 mei 1995, C-400/93), HR 31 januari 2004, (*Parallel Entry*) en het Hof te Amsterdam, 14 april 2005.

⁵⁵ Zie CGB 12 oktober 2006, oordeel 2006-210.

⁵⁶ In de overweging van het Hof in de *Palacios-zaak* speelde mee dat de betreffende nationale regeling aan sociale partners de mogelijkheid bood om de in geding zijnde onderscheidmakende maatregel (gedwongen pensionering

betreffende nationale regeling aan sociale partners de mogelijkheid bood om de in geding zijnde onderscheidmakende maatregel (gedwongen pensionering met 65 jaar) toe te passen middels cao-onderhandelingen.⁵⁷ Afhankelijk van de concrete omstandigheden in een zaak kan derhalve waarde worden toegekend aan het feit dat partijen bij een regeling het gekozen middel passend achten om het doel te verwezenlijken (passendheidstoets) en/of aan de inschatting van sociale partners dat het doel al dan niet bereikt kan worden met alternatieve middelen (noodzakelijkheidstoets). Dat is de oordelenlijn van de CGB. Ook de hoogte van de organisatiegraad van de werknemers kan een rol spelen bij de beoordeling door de CGB (oordeel 2007-13). In oordeel 2006-179 achtte de Commissie het van belang dat de verzoekende partij zelf lid was van de vakbond die betrokken was geweest op het moment van de totstandkoming van het betreffende sociale plan.

3. Pakketvergelijking

Nauw verbonden met de vraag hoe omgegaan moet worden met onderhandelingsresultaten waar sociale partners allen mee akkoord zijn gegaan, is de vraag hoe omgegaan moet worden met het feit dat een onderhandelingsresultaat bestaat uit vele verschillende elementen. Een arbeidsvoorwaardenpakket zal op het ene terrein meer tegemoet komen aan de wensen van werkgevers en op het andere terrein meer tegemoet komen aan de wensen van werknemers. Dit kan tot gevolg hebben dat het voor een bepaalde leeftijdsgroep een gunstigere regeling op het ene vlak oplevert en daarmee op een ander onderdeel een minder gunstige regeling. Hoe zo'n onderhandelingsresultaat is opgebouwd en wat met wat is verbonden is bij een (externe) beoordeling, zoals door de CGB, doorgaans niet exact te achterhalen.

In navolging van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG is het vaste oordelenlijn van de Commissie (oordelen 2005-161, 2006-123) dat "De toepassing van het beginsel van gelijke behandeling moet worden verzekerd ten aanzien van elk onderdeel van een arbeidsvoorwaardenpakket afzonderlijk en niet slechts door de aan de werknemers toegekende voordelen in hun totaliteit te beoordelen".⁵⁸ In deze lijn is het dus niet toegestaan de verschillende onderdelen van een arbeidsvoorwaardenpakket tegen elkaar af te wegen.

De vraag is of leeftijdscriteria in de arbeidsvoorwaarden, juist vanwege het bijzondere karakter van leeftijd, bepalingen in combinatie met elkaar (pakketgewijs) mogen worden beoordeeld (zie ook par. 5.1 en 5.3). De hierboven al genoemde meest recente uitspraak van het HvJ EG (Palacios, zie noot 22) laat op dit punt ook enige ruimte, nu bij de beoordeling van pensioenontslag met 65 jaar werd betrokken dat de werknemer een redelijke pensioenvoorziening ontvangt na die leeftijd.

Op een drietal terreinen ziet de CGB - in afwijking van bovenstaande strikte regel - voorsnog ruimte voor de beoordeling van enkele regelingen in combinatie met elkaar ('pakket'). Deze regelingen dienen dan wel rond een aspect met elkaar samen te hangen. Het gaat hier om: sociale plannen, pensioenregelingen en seniorenregelingen.

a. Sociale plannen

Het bijzondere bij leeftijdsonderscheid in een sociaal plan is dat het te maken leeftijdsonderscheid vaak voorop staat. Het vindt zijn oorsprong in de naar leeftijd andere positie op de arbeidsmarkt. Het aangebrachte leeftijdsverschil is in dat geval juist het middel om tot een vorm van gelijkheid te komen (resultaat) en niet de uitkomst van een al dan niet onbedoeld gemaakt onderscheid, dat opgeheven dient te worden om tot gelijkheid te komen. Er is daarom aanleiding pakketvergelijking toe te passen bij de beoordeling van sociale plannen (oordelen 2005-128, -129 en -130 en 2006-210).

met 65 jaar) toe te passen middels cao-onderhandelingen.

⁵⁷ HvJ EG 27 november 2000, zaak C-411/05, *Palacios*, r.o. 74.

⁵⁸ HvJ EG 17 mei 1990, zaak C-262/88 (Barber), Jur. 1990, p. I-1889, NJ 1992, 436, CGB 10 juli 2003, oordeel 2003-84, JAR 2003, 228, zie ook en *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 15.

b. Pensioenregelingen

In oordeel 2005-219 over de naar aanleiding van de wet VPL in de overheidssector gewijzigde pensioenvoorziening; het zogenoemde hoofdlijnenakkoord, maakte de Commissie een afweging tussen pakketten maatregelen. De Commissie overwoog dat de positie van jongeren in deze regeling verschilde van die van ouderen. Alle regelingen bij elkaar genomen zou bij de jongere deelnemers in het algemeen voldaan worden aan het onderdeel redelijk inkomensniveau, maar zal minder vaak worden voldaan aan het onderdeel redelijke lastenverdeling. Bij oudere deelnemers zou veelal juist het tegenovergestelde het geval zijn. Hoewel sprake was van een afweging tussen pakketten van maatregelen, ging het hier alleen om regelingen op het gebied van pensioenen (inclusief levensloopregeling). Bovendien heeft de CGB enige nuancering aangebracht door hierbij te betrekken dat deelnemers de individuele keuzevrijheid hebben in het tijdstip waarop van een regeling gebruik wordt gemaakt en daarmee met het te bereiken resultaat. Deze lijn is later bevestigd in onder meer de oordelen 2006-62 en 2007-165, voor wat betreft de overgangregeling voor personen van voor 1 januari 1950. Ook de Rb Maastricht heeft deze lijn bevestigd.⁵⁹

c. Seniorenregelingen

Bij seniorenregelingen past de CGB onder bepaalde omstandigheden de zogenaamde 'contextuele benadering' toe. Indien cao-partijen overeenstemming hebben bereikt over een regeling, na zorgvuldige bespreking van de achtergrond en strekking van de aan de orde zijnde seniorenregelingen in relatie tot andere maatregelen die hetzelfde beogen, te weten het zo lang mogelijk en gezond in dienst houden van medewerkers, dan worden de leeftijdspecifieke maatregelen bij de beoordeling geplaatst in de context van een breder leeftijdsbewust personeelsbeleid. De CGB spitst de beoordeling dan niet toe op die maatregelen op zich, maar betreft hierbij de context waarbinnen de maatregelen zijn genomen (oordelen 2007-97, 98 en 99). Ten aanzien van de voorwaarden waaraan dient te worden voldaan alvorens tot een beoordeling in de brede context te kunnen komen is een aanzet in genoemde oordelen gegeven. Op dit moment zijn deze verder in ontwikkeling, mede naar aanleiding van de opmerkingen ter zake in de Oordelenbundel 2006⁶⁰. Dit CGB-advies, dat naar aanleiding van een concrete adviesaanvraag van Expertisecentrum LEEftijd wordt opgesteld, verschijnt in maart 2009.

4. Veel voorkomende argumenten ter rechtvaardiging van leeftijdsonderscheid

In de praktijk is gebleken dat de volgende argumenten ter rechtvaardiging van leeftijdsonderscheid regelmatig bij de verschillende aspecten van arbeid terugkomen: financieel-economische argumenten, doorstroming en evenwichtige leeftijdsopbouw. Deze kennelijk breed gedragen argumenten ter rechtvaardiging van leeftijdsonderscheid behoeven daarom extra aandacht en worden in dit hoofdstuk behandeld.

a. Financieel-economische argumenten/kostenbeheersing

Financieel-economische argumenten vormen voor een onderneming vaak en eveneens voor de overheid, zij het in mindere mate, een objectieve rechtvaardiging voor het maken van onderscheid op grond van leeftijd. Meer dan bij een van de andere non-discriminatiegronden, ook al komt het daar ook voor (geslacht, arbeidsduur). Volgens vaste oordelenlijnen van de CGB kunnen financieel-economische redenen en kostenbeheersing weliswaar een legitiem doel zijn, maar zij vormen daarmee nog niet per definitie een objectieve rechtvaardiging voor onderscheid. Hierbij sluit zij aan bij jurisprudentie van het HvJ EG, waarbij het gaat om discriminatie op grond van geslacht⁶¹ en van de Hoge Raad⁶².

⁵⁹ Rb Maastricht, Ktr Heerlen, 23 januari 2008 LJN BC2560.

⁶⁰ Dankbaar en Heemkerk, *Oordelenbundel 2006*, p. 204.

⁶¹ Zie onder meer HvJ EG 31 maart 1981, zaak C-96/80 (Jenkins) Jur. 1981 en HvJ EG 13 juli 1989, zaak C-170/84 (Bilka) Jur. 1986; HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-127/92 (Enderby), Jur. 1993, HvJ EG, 24 februari 1994, zaak C-343/92 (Roks). en HvJ EG 26 september 2000, zaak C-322/98 (Kachelmann), Jur. 2000.

⁶² HR, 24 april 1992, *NJ* 1992, 689.

De overwegingen van het Hof ten aanzien van geslacht zijn volgens de CGB gelijkelijk toepasbaar in zaken waarin mensen op grond van hun leeftijd worden uitgesloten van (toegang tot) de arbeid (oordeel 2007-141). Indien een onderneming zich beroept op financieel-economische redenen voor een maatregel, moet worden beoordeeld of het financieel-economische belang van de onderneming in evenredige verhouding staat tot het nadeel dat het hanteren van het middel - zoals in casu een leeftijdsgrens - met zich brengt voor de werknemers van de onderneming.⁶³ De CGB zal daartoe niet snel concluderen in het nadeel van de werknemer. Het financieel-economische belang van een onderneming mag immers niet in de weg mag staan aan de op die onderneming rustende verplichting te voorkomen dat haar werknemers ongelijk worden behandeld.⁶⁴ De ratio achter deze oordelenlijn is dat zeer veel vormen van onderscheid hun oorzaak hebben in bedrijfseconomische belangen. Zou dit wel het geval zijn dan zou de gelijkebehandelingwetgeving veel van haar betekenis verliezen. Het beginsel van gelijke behandeling zou dan immers zowel in tijd, als in ruimte kunnen variëren, naar gelang de financiële positie van de werkgever. Met andere woorden: de CGB erkent de zwaarwegendheid van het financieel-economisch belang en kostenbeheersing, maar dan moet het wel zwaarwegend zijn in de zin van disproportioneel (oordelen 2004-142 en 2006-02). Dit doet zich voor bij dreigend faillissement en reorganisatie waarbij een sociaal plan is opgesteld (oordeel 2006-86). In overige gevallen zijn de financieel-economische motieven minder zwaarwegend dan het maken van leeftijdsonderscheid. Ook bij een (semi-)overheidsinstantie moeten disproportionele kosten worden aangetoond. Wanneer een overheidsinstantie geen feiten aanvoert op grond waarvan moet worden aangenomen dat zijn situatie dusdanig is dat het een disproportionele inkomstenverlies met zich zou brengen, dan is er geen sprake van een zwaarwegend belang of een werkelijke behoefte en is het doel van verweerder niet legitiem in de zin van de gelijkebehandelingswetgeving (oordelen 2005-235 en 236). Het maken van onderscheid op grond van leeftijd vanwege hogere beloning van oudere werknemers, dan voor jongere werknemers, kan op zichzelf dus geen objectieve rechtvaardiging vormen voor het uitsluiten van oudere werknemers.

b. Doorstroming

Doorstroming wordt in het algemeen niet aanvaard als rechtvaardigingsgrond voor het maken van leeftijdsonderscheid bij de werving en selectie van werknemers (CGB-advies 2005/6; oordeel 2007-42), noch bij de beëindiging van een arbeidsverhouding. Slechts in uitzonderingsgevallen is doorstroming een voldoende rechtvaardiging voor het maken van onderscheid.

In het algemeen wordt het doel ('bevordering van de doorstroom') op zich als legitiem beoordeeld, mits de werkelijke behoefte hieraan is aangetoond. Zo werd in de oordelen 2005-49 en 2005-135 doorstroming niet als zwaarwegend belang gezien omdat in de betrokken beroepsgroep (huisartsen resp. psychiaters) juist een tekort was aan menskracht.

In 2004, voor het inwerkingtreden van de WGBL, heeft de Hoge Raad in het Martinair-arrest (HR 8 oktober 2004, *NJ* 2005, 117) uitgesproken dat leeftijdsontslag van vliegers bij het bereiken van de leeftijd van 56-jaar, gerechtvaardigd is *mede* omdat de leeftijdsgrens belangrijk is voor de doorstroming van verkeersvliegers. De Hoge Raad hechtte in dat kader veel waarde aan het feit dat het functioneel pensioenontslag paste in een gesloten personeelssysteem. In oordeel 2007-13 beschouwt de CGB doorstroming in relatie tot het gesloten personeelssysteem van verweerder eveneens als een legitiem doel van het pensioenontslag. Hierbij werd overwogen dat in deze casus sprake is van een werkelijke behoefte aan een zekere en stabiele doorstroming als onderdeel van het gesloten systeem

⁶³ Zie CGB 29 oktober 2002, oordeel 2002-165 en CGB 13 december 2005, oordeel 2005-235. In dezelfde lijn ook de HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 689, *JAR* 1992/14.

⁶⁴ Zie onder meer CGB 24 maart 2006, oordeel 2006-52, CGB 4 oktober 2005, oordeel 2005-181, CGB 19 mei 2005, oordeel 2005-83 en CGB 13 mei 2005, oordeel 2005-81.

van promotie en pensioenopbouw. Het niet pensioneren van één vlieger zou directe gevolgen hebben voor andere vliegers die hierdoor niet de gebruikelijke trede kunnen opschuiven. De doorstroming werd bovendien van belang geacht voor de ontwikkeling van de vliegers tot volwaardige verkeersvliegers. In niet alle functies komen namelijk de te ontwikkelen vaardigheden voor verkeersvliegers aan bod. Alleen in uitzonderlijke situaties kan doorstroming dus een gerechtvaardigd argument zijn voor leeftijdsonderscheid. In deze lijn heeft ook de Kantonrechter Amsterdam ook geoordeeld in haar uitspraak op 22 december 2008.⁶⁵

c. Evenwichtige opbouw personeelsbestand/continuïteit van het bedrijf

Als objectieve rechtvaardiging voor leeftijdsonderscheid wordt vaak de gewenste opbouw van het personeelsbestand als reden aangedragen. Soms is deze maatregel gekoppeld aan de continuïteit van een bedrijf, in andere gevallen aan een goede uitstraling van de organisatie en dan weer spruit het voort uit de gedachte dat een mix van oudere werknemers (meer expertise) en jongere werknemers (een frissere kijk op bepaalde zaken) mooi is.

In het algemeen kan - gebaseerd op diverse oordelen en het CGB-advies 2005-06 - worden geconstateerd dat een goede verdeling van jong en oud binnen een team/bedrijf als doel voor het maken van leeftijdsonderscheid naar het oordeel van de Commissie niet legitiem is. Een werkgever moet zich dan ook de vraag stellen waarom hij een naar leeftijd gevarieerd team noodzakelijk acht en nagaan of deze wens is gebaseerd op vooronderstellingen over jongere en oudere werknemers⁶⁶, of dat er in de betreffende organisatie werkelijke behoefte is aan een qua leeftijd gevarieerd team en/of zo'n samenstelling van zwaarwegend belang is. De CGB heeft vrijwel altijd geoordeeld dat dit argument een onvoldoende rechtvaardiging vormt voor de leeftijdseis (onder meer oordeel 2005-37). In het geval er een meer evenwichtige leeftijdsopbouw nodig is omdat de meerderheid van het personeel tegen de pensioengerechtigde leeftijd zit, heeft de CGB dit bij uitzondering als gerechtvaardigd beoordeeld (vgl. oordeel 2006-61; CGB-advies 2005-06, p. 19). Door het gelijktijdig uittreden van een omvangrijk deel van het personeel (bijvoorbeeld bij de nadering van pensioengerechtigde leeftijd), kan immers bepaalde kennis verloren gaan en kan aanvulling van het personeelsbestand met jongere kandidaten noodzakelijk zijn om de continuïteit te garanderen. Het doel - de continuïteit van het bedrijf garanderen - voorziet in dat geval in een zwaarwegend belang en beantwoordt het aan de werkelijke behoefte van de organisatie. Het is echter de vraag of de werkgever om dit doel te bereiken, gebaat is bij het aannemen van (zeer) jonge kandidaten. Mogelijk kunnen (iets) oudere werknemers - die nog ver verwijderd kunnen zijn van de pensioengerechtigde leeftijd - evenzeer of zelfs meer bijdragen aan dit doel. Uit gegevens over de arbeidsmobiliteit blijkt namelijk dat de arbeidsmobiliteit van jongere werknemers aanzienlijk groter is dan die van oudere werknemers. Werknemers tussen de 25 en 34 jaar wisselen twee keer zo vaak van baan als werknemers tussen de 45 en 54 jaar. Ook de functie, het opleidingsniveau en de bedrijfsgrootte spelen een rol bij de mate waarin werknemers arbeidsmobiel zijn. Aangetoond zal moeten worden of het aannemen van een (jongere) werknemer wel het gewenste effect kan hebben. Indien een werknemer van bijvoorbeeld 50 jaar nog 10 jaar in dienst blijft en een werknemer van 35 jaar maar 5 jaar, zal de oudere werknemer meer bijdragen aan de continuïteit dan de jongere werknemer. Het middel is in dat geval niet passend. Bovendien is er een alternatief middel: vragen naar personeel dat van plan is lang in dienst te blijven (oordeel 2007-09). Indien met een evenwichtige opbouw van leeftijdsgroepen het oog is gericht op verhoging van de uitstraling en/of de dynamiek in de organisatie acht de CGB het gemaakte leeftijdsonderscheid niet legitiem. In de gevallen die aan de CGB zijn voorgelegd, zijn de

⁶⁵ Rechtbank Amsterdam, sector kanton, 22 december 2008, nr. CV 07-24044, JAR 31 januari 2009, p. 175.

⁶⁶ A. Wagenaar en Y. Quispel, *Verkenning van het gebruik van leeftijd in onderzoek*, Utrecht : LBL, expertisecentrum leeftijd en maatschappij (nu /expertisecentrum LEEftijd), 2003 en A. Nouta, M.R. de Bruin & R. Cremer, *De*

leeftijdsgrenzen vooral gebaseerd op vooroordelen ⁶⁷ (oordeel 2007-58). In het geval dat via een mix van jongere en oudere docenten een uitwisseling van nieuw geleerde kennis en op praktijkervaring gebaseerde kennis beoogd werd tot stand te brengen, achtte de CGB evenmin een zwaarwegend doel. De inbreng van 'verse' inzichten kan immers ook op andere wijzen worden gewaarborgd bijvoorbeeld door de aanwezigheid van stagiaires en leraren in opleiding, en door de permanente educatie van docenten (oordelen 2008-59 en-60, r.o. 3.7).

Conclusies

- De WGBL is de eerste gelijke behandelingswet met een persoonsgebonden grond, waarin zowel direct als indirect onderscheid objectief te rechtvaardigen is en daartoe is gekozen voor een zogenoemd half open-systeem. Dit houdt in dat vrijwel alle vormen van leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden op grond van goede argumenten. Dit betekent dat de CGB en de rechter de opdracht hebben normen te ontwikkelen wat wel of niet verboden leeftijdsonderscheid is. Alhoewel de objectieve rechtvaardigingstoets niet gemakkelijk is kan de CGB in de praktijk in zijn algemeenheid hiermee uit de voeten.
- Bij de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging is vaststelling van het werkelijke doel van de onderscheidmakende bepaling niet altijd eenvoudig. De CGB vervult hierbij een actieve rol. Het zou aan duidelijkheid winnen als in cao's en dergelijke het doel van een bepaling met leeftijdsonderscheid wordt opgenomen.
- Bij beoordeling van eigen beleid of regelingen van organisaties (cao's e.d.) is de kans eenzijdig te worden geïnformeerd. Daarom betreft de CGB alle betrokken partijen er bij.
- Alleen als verschillende doelen onlosmakelijk met elkaar samenhangen kan sprake zijn van een samengesteld doel.
- Eventuele alternatieven voor een onderscheidmakende regeling worden mede beoordeeld op haalbaarheid.
- Het feit dat een onderscheidmakende regeling is opgenomen in een cao maakt niet dat het onderscheid automatisch geoorloofd is. Wel kan bij de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging een rol spelen dat een bepaling bij cao is vastgesteld;
- Bij de beoordeling van arbeidsvoorwaarden, zoals sociale plannen, seniorenregelingen en pensioenen, is er ruimte om niet ieder onderdeel van een arbeidsvoorwaardenpakket afzonderlijk te toetsen. De regelingen van het 'pakket' dienen dan wel geconcentreerd te zijn rond één thema, één doel, zoals bij een sociaal plan of leeftijd(sfase)bewust personeelsbeleid.
- Bij de meeste voorkomende en als normaal geachte argumenten die zijn aangevoerd ter objectieve rechtvaardiging van leeftijdsonderscheid blijken te zijn: financieel-economische argumenten, doorstroming en evenwichtige leeftijdsopbouw van personeel. Alleen bij hoge uitzondering vormen deze argumenten een objectieve rechtvaardiging voor leeftijdsonderscheid. Alleen als sprake is van een goede onderbouwing van de werkelijke behoefte van de organisatie hieraan en/of van een aantoonbaar zwaarwegend belang en dat het doel ook werkelijk bereikbaar is en niet op een andere wijze kan worden bereikt, is leeftijdsonderscheid als objectief gerechtvaardigd beoordeeld.

Aanbeveling

- Het verdient aanbeveling dat sociale partners bij arbeidsvoorwaardenregelingen, zoals cao's, een beschrijving van het doel van bepalingen waarin

⁶⁷ De mythe doorbroken, Gezondheid en inzetbaarheid ouder werknemers. (TNO-rapport), 2004.

leeftijdsonderscheid wordt gemaakt op te nemen, hetzij in de tekst van de cao, hetzij in de toelichting daarop.

4.3.3 Objectieve rechtvaardiging: specifieke uitzonderingen op verbod

Inleiding

Naast de algemene uitzondering kent de WGBL twee specifieke uitzonderingen waarbij leeftijdsonderscheid altijd objectief gerechtvaardigd is en toetsing derhalve achterwege kan blijven:

A. als leeftijdsonderscheid is gebaseerd op wet- en regelgeving in het kader van werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën dat bij of krachtens de wet is vastgesteld (art. 7, lid 1, sub a WGBL);

B. als leeftijdsonderscheid betrekking heeft op het beëindigen van een dienstverband in verband met het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, dan wel een hogere afgesproken leeftijd (art. 7, lid 1, sub b WGBL).

Hiermee is uitvoering gegeven aan de mogelijkheid die art. 6 Kaderrichtlijn biedt om bepaalde uitzondering van het verbod op leeftijdsonderscheid op te nemen. Deze uitzonderingen sporen met overweging 25 van de considerans van de Kaderrichtlijn, waarin wordt erkend dat verschil in behandeling op grond van leeftijd in bepaalde gevallen gerechtvaardigd kan zijn. Deze situaties kunnen zich voordoen als in een lidstaat deze bepalingen nodig zijn, met name als het gaat om de arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid. Deze ruimte is gegeven vanwege de eigen juridische tradities en politieke prioriteiten, op voorwaarde dat deze verschillen nodig zijn voor het bereiken van een legitiem doel.

Bevindingen CGB

A. Werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid (art. 7, lid 1, sub a WGBL)

De CGB heeft enkele keren deze uitzondering - waarvoor een wettelijke basis vereist is - van toepassing verklaard:

1. bij het werven en aannemen van hulpkrachten bij supermarkten;
2. bij het werven van jongeren die een begeleid lerentraject volgen;
3. leeftijdsschalen in cao's.

1. Hulpkrachten

Bij het werven, selecteren en aannemen van hulpkrachten kon een geslaagd beroep worden gedaan op dit artikel. Daarbij was doorslaggevend dat de minimum hoogte van jeugdlonen voor jongeren van 15 tot 23 jaar per jaar *bij wet* is vastgelegd⁶⁸ en dat het doel daarvan overeenkomt met het gestelde in art. 7, eerste lid, sub a WGBL: het arbeidsmarktbeleid gericht op bepaalde leeftijdscategorieën. Voorts ging het om functies waarin hulpkrachten werken waarvoor geen of nauwelijks opleidingen zijn vereist en evenmin specifieke competenties. Voor dit specifieke, ongeschoolde werk acht de CGB het voor deze categorie jongeren tot 23 jaar acceptabel dat vanwege de kosten voor deze functies op leeftijd wordt geworven gelet op het doel. De loonkosten mogen overigens geen rol spelen bij het ontslag of het niet verlengen van het contract van deze groep op iets latere leeftijd, aangezien dit ontslagbeleid juist haaks staat op het doel om de arbeidsparticipatie te bevorderen (oordeel 2006-37 en CGB-advies 2006-02).

2. Begeleid leertrajecten

Andere zaken waarbij een beroep op deze specifieke uitzondering is gedaan, doen zich ook voor bij werving en selectie (oordelen 2006-208, -209 en -226). Een door de CWI

⁶⁸ Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag en het daarop gebaseerde Besluit minimum jeugdloon.

aangeboden vacature werd uitsluitend aan werkloze jongeren onder de 23 jaar aangeboden. De CWI verwees daarbij naar het beleid en de getroffen maatregelen van de minister van SZW ter bestrijding van jeugdwerkloosheid. Nu dit beleid was vastgelegd in de Begroting van SZW 2006 en een begrotingswet een wet in formele zin is, werd volgens de CGB voldaan aan de eis dat het beleid *bij of krachtens* wet moet zijn vastgesteld. Over de juistheid van deze opvatting zijn de meningen verdeeld.⁶⁹ In latere oordelen betreffende deze werkgelegenheidsmaatregel heeft de CGB er ter onderbouwing tevens op gewezen dat het traject is gesubsidieerd, gebaseerd op de wet Overige OC en W-subsidies⁷⁰ (oordelen 2007-190 en -191).

De CGB is van mening dat een formele wet, wet is zoals bedoeld in art. 7, lid 1, sub a. Bij de parlementaire behandeling van de WGBL is geen beperking aangebracht tot formele en tevens materiële wetten. Bovendien is bij de betreffende begroting(sbehandeling) uitgebreid stilgestaan bij genoemd beleid ter bestrijding van jeugdwerkloosheid en de (oprichting van) Taskforce Jeugdwerkloosheid. De activiteiten van de CWI kunnen dan ook worden gezien als aangeknoopt aan dit wettelijk beleid. De vraag of de regeling ook werkelijk objectief gerechtvaardigd is, is niet aan de CGB aangezien het hier eenzijdig overheidshandelen betreft. De CGB kan slechts beoordelen of de regeling binnen de reikwijdte van sub a valt.

Gelet op de verschillende meningen in de literatuur verdient het aanbeveling om over de reikwijdte van art. 7, lid 1, sub a, duidelijkheid te krijgen, mede aan de hand van de onderzoekresultaten van het onderzoek naar de betekenis van dit artikel in opdracht van het ministerie van SZW aan het Hugo Sinzheimer Instituut (zie par. 2.1). Overigens heeft de CGB in 2001 in haar commentaar op het wetsvoorstel al gewezen op de ruimte die dit artikel biedt en pleit voor het opnemen van regelingen in een AMvB zodat duidelijk is welke (wettelijke) regelingen hieronder vallen, waarvoor tevens expliciet is gemaakt waarom daarvoor een objectieve rechtvaardiging geldt.⁷¹

3. *Leeftijdsschalen in cao's*

Ook voor het hanteren van leeftijdsschalen in een cao, kan een beroep worden gedaan op deze uitzondering. De sociale partners hebben leeftijdsschalen opgenomen in een cao, die gerelateerd zijn aan de Wet minimumloon en minimum vakantietoelage en het Besluit minimum jeugdloonregeling (oordeel 2005-123 en 124). Deze wetgeving heeft tot doel de werkgelegenheid van jongeren te verbeteren en de arbeidsparticipatie van jongeren te bevorderen door lagere loonkosten toe te staan. Daardoor is sprake van een werkgelegenheidsbevorderende regeling bij of krachtens wet vastgesteld. Deze lijn spoort met het standpunt van de regering.⁷²

B. Beëindigen dienstverband bij bereiken pensioengerechtigde leeftijd of later

Sinds de invoering van de WGBL heeft de Commissie zeer recent een oordeel uitgebracht waarin ontslag op AOW-gerechtigde leeftijd aan de orde was en de uitzondering van art. 7, lid 1, sub b, van toepassing is verklaard (oordeel 2008-151). Wellicht zijn verder geen zaken voorgelegd omdat de uitzondering die is opgenomen in wet voldoende duidelijk is en geen vragen oproept. Toch zijn er twee redenen om enige aandacht aan deze uitzondering te besteden.

⁶⁹ M. Heemskerk en M. Dankbaar, *Leeftijd*, in: J.H.Gerards (red), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar*, 2006, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007. Schrijvers vonden onvoldoende een causaal verband tussen de vacature en het jeugdwerkloosheidsbeleid. Van Leeuwen & M.B. de Witte-van den Haak, in *Leeftijd*, in: S. Burri (red), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar*, 2007 Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 194.

⁷⁰ Staatscourant 2005, 236, grondslag voor de regeling: artikel 4, lid 1, wet overige OCenW subsidies.

⁷¹ CGB advies inzake het voorstel voor een wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, 13 juni 2001 (CGB advies 2001/04), p.5.

⁷² *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 30.

Allereerst beargumenteert de regering deze uitzondering in lijn met eerdere uitspraken van de Hoge Raad.⁷³ Dit betreft vooral de aanwezigheid van een groot maatschappelijke draagvlak voor ontslag (1), het feit dat met deze leeftijdsgrens een objectief criterium wordt geboden, waardoor individuele afwegingen kunnen worden vermeden (2) en dat aangesloten wordt bij het sociale zekerheidsstelsel waardoor werknemers vanaf het moment van ontslag aanspraak hebben op inkomen waarvoor geen arbeidsprestatie hoeft te worden verricht (3).⁷⁴

Voorts gaat de meest recente leeftijdsuitspraak van het HvJ EG⁷⁵ ook over deze materie. In deze zaak heeft het Hof - kort gezegd - geoordeeld dat het verbod van leeftijdsonderscheid zich niet verzet tegen een Spaanse wet die mogelijkheid biedt voor gedwongen ontslag op 65-jarige leeftijd. Over de impact van dit arrest voor de Nederlandse situatie wordt in de literatuur verschillend gedacht. Volgens sommigen bevestigt dit arrest de toelaatbaarheid van de algehele uitzondering voor ontslag op AOW-gerechtigde leeftijd in de Nederlandse wet.⁷⁶ Anderen zijn juist van mening dat dit arrest aanknopingspunten biedt de toelaatbaarheid van deze algehele uitzondering ter discussie te stellen. In de Spaanse zaak wordt immers gerefereerd aan doelstellingen van werkgelegenheid en arbeidsmarktbeleid, terwijl in de onderbouwing van de Nederlandse wetgever bij de wettelijke uitzondering het werkgelegenheids- en arbeidsmarktargument niet wordt gemeld.⁷⁷ Uit deze discussie kan worden geconcludeerd dat de algemene en meest gedragen opinie lijkt te zijn dat voorsnog de wettelijke uitzondering toelaatbaar dient te worden geacht en dat de Spaanse zaak hier geen verandering inbrengt.

Gezien de recente kabinetsnotitie *Men is zo oud als men zich voelt* van 28 mei 2008 valt wel te overwegen of deze uitzondering dient te worden gehandhaafd. Het kabinet signaleert in deze nota de toegenomen maatschappelijke behoefte aan doorwerken na het 65-ste levensjaar en ziet de uitzondering voor pensioenontslag in de WGBL als een van de belemmeringen hierbij. Voorsnog kiest het kabinet er echter niet voor om een recht op doorwerken na de pensioengerechtigde leeftijd door te voeren en is voorstander van het in standhouden van de wettelijke uitzondering voor pensioenontslag. Wel breekt ze een lans voor het kritisch bezien van pensioenontslagbepalingen in cao's.

De hiervoor genoemde aspecten zouden aanleiding kunnen zijn om te zijner tijd te overwegen of van een wetswijziging op dit punt sprake zal (moeten) zijn. Dit is echter niet aan de CGB maar aan de wetgever en wordt afgewacht.

C. Oordelen ontslag na 65 jaar

Zoals gezegd heeft de CGB nauwelijks oordelen uitgebracht over ontslag op de pensioengerechtigde leeftijd. Wel is er de laatste jaren aan de CGB een aantal zaken voorgelegd over de toelaatbaarheid van de beëindiging van de arbeidsverhouding boven de leeftijd van 65 jaar. De uitzondering geldt alleen als de werkgever bij aanvang van de arbeidsverhouding een einddatum heeft afgesproken en deze leeftijdsgrens ook eenduidig is toegepast.⁷⁸ Bij de zaken waarover de CGB zich heeft uitgesproken ging het om leeftijdsontslag boven de 65 jaar bij vrijwilligersrelaties.⁷⁹ In alle gevallen heeft de CGB de uitzondering niet van toepassing verklaard aangezien of geen einddatum was bepaald bij aanvang van de relatie of de termijn was verlopen (oordelen 2006-246 en oordelen 2007-

⁷³ *Kamerstukken II, 2001/02, 28 170*, nr. 3; HR 13 januari 1995 (Coldfield) *NJ* 1995, 430 en HR 1 november 2002 (Op 't Land/Ess), *NJ* 2002, 622.

⁷⁴ *Kamerstukken II 2001/2002, 28 170*, nr. 3, p. 30 -31.

⁷⁵ HvJ EG 27 november 2000, zaak C-411/05 (*Palacios*).

⁷⁶ A.G. Veldman, *Automatisch pensioenontslag op 65 jaar vormt geen verboden leeftijdsdiscriminatie*, Sociaal recht 2007-12, p. 406-410; A.G. Veldman " *Gedwongen pensioenontslag geoorloofd. Nationale instrumenten van werkgelegenheid*, Ara 2008, p. 86; Actualiteiten sociaal recht, *Arbeid en leeftijd*(WGBL), M. van der Burg en J. van der Hoeven, pagina 35 en J. van der Hoeven, annotatie bij *Palacios*, NJCM 2008, november 2008.

⁷⁷ *Kamerstukken II 2001/2002, 28 170*, nr. 3, p. 30 -31; Gelijke behandeling: oordeel en commentaar 2007, 'Leeftijd' A.W van Leeuwen en M.B. de Witte-van den Haak, p. 197.

⁷⁸ In oordeel 2007-60 heeft de CGB vermeld dat bij nieuwe vrijwilligers met wie een einddatum van de relatie is afgesproken, een beroep op de uitzondering (art. 7, lid 1, onder b) kan worden gedaan, mits de werkgever zich houdt aan die datum.

⁷⁹ Ook was sprake van enkele ontslagzaken van vrije beroepsbeoefenaars (zie par. 5.2).

52). Opvallend is dat de zorgvuldigheid bij het omgaan met contractanten van boven 65 jaar, veel te wensen overliet. Dit geldt in ieder geval bij vrijwilligers. Of dit zich ook ruimer voordoet is niet bekend.

Conclusies

- Met de specifieke uitzonderingen in art. 7, lid 1, onderdelen a en b, WGBL heeft de CGB niet veel ervaring opgedaan. Op basis van haar (beperkte) bevindingen concludeert de CGB dat bij de onder a genoemde uitzondering (arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid) de reikwijdte van de uitzondering zoals verwoord in de WGBL, duidelijkheid verdient. De CGB is van mening dat interpretatie van het begrip 'wet' in de woorden 'bij of krachtens de wet', ruim dient te worden uitgelegd, zoals in haar oordelen. Indien dit niet het geval is dan kan het er toe leiden dat in zeer beperkte mate beroep op deze uitzondering kan worden gedaan. Immers, weinig werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid is in materiële wetgeving (of AMvB's e.d.) vastgelegd.
- De Commissie concludeert dat werkgevers, met name van vrijwilligersorganisaties, weinig bekend zijn met de onder b genoemde uitzondering (beëindiging arbeidsrelatie bij 65 jaar en op een later overeengekomen tijdstip). Dit maakt de Commissie op uit de - onzorgvuldige - wijze waarop werkgevers in bij de CGB aangediende zaken omgaan met beëindiging van arbeidsrelaties van werknemers boven 65 jaar.

Aanbevelingen

- Alhoewel de CGB van mening is dat het begrip 'wet' ruim moet worden uitgelegd, beveelt zij de wetgever aan om - mede gelet op de verschillende meningen in de literatuur - over de reikwijdte van art. 7, lid 1, sub a WGBL duidelijkheid te verschaffen, waarbij de onderzoekresultaten van het Hugo Sinzheimer Instituut ten aanzien van de betekenis van dit artikel, dat in opdracht van het ministerie van SZW in het kader van de Evaluatie WGBL is uitgevoerd.
 - De CGB beveelt de minister van SZW aan (vrijwilligers)organisaties goed voor te lichten over de inhoud van de WGBL en te wijzen op het zorgvuldig omgaan met contractanten van boven 65 jaar.

4.3.4 Bewijslast(verdeling)

Inleiding

Voor het vaststellen van leeftijdsonderscheid geldt een verlichte bewijslastregeling, evenals bij andere gelijkebehandelingswetgeving. Deze luidt als volgt:

"Indien degene die meent dat te zijnen nadele een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met de wet is gehandeld."

Omdat discriminatie vaak moeilijk is te bewijzen - zeker voor degene die meent te worden gediscrimineerd - heeft de Europese regelgever en de wetgever, in afwijking van de algemene bewijslastregeling in het civiele recht⁸⁰, voorzien in een verlichting van de bewijslast voor het vermeende slachtoffer.⁸¹ Het gaat hierbij nadrukkelijk niet om een bewijslastomkering, maar om een verschuiving van de bewijslast. De verzoekende partij kan niet volstaan met maar wat te roepen, maar hij/zij dient feiten aan te voeren die

⁸⁰ In het civiele recht draagt degene die een beroep doet op een rechtsgevolg, de bewijslast ten aanzien van de feiten die tot dat rechtsgevolg leiden (artikel 150 wetboek van Burgerlijke rechtsvordering).

⁸¹ Art. 10 Richtlijn 200/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (*PbEG* 2000, L 303/16).

onderscheid kunnen doen vermoeden. Aanvoeren is meer dan stellen; het impliceert dat feiten komen vast te staan.

Bevindingen CGB

Het komt regelmatig voor dat de CCB tot het oordeel komt dat in een zaak onvoldoende feiten zijn komen vast te staan om een vermoeden van onderscheid te vestigen. Dit geldt niet zozeer bij de arbeidsvoorwaarden, maar vooral bij werving en selectie. Het blijkt vaak erg lastig voor verzoekers om (voldoende) feiten aan te voeren die onderscheid kunnen doen vermoeden, aangezien bij de wervings- en selectieprocedure meestal weinig schriftelijk wordt vastgelegd. In de helft van de gevallen wordt dan ook niet tot leeftijdsonderscheid geconcludeerd. Deze uitkomst is vaak onbevredigend omdat verzoekende partijen, er van overtuigd zijn dat leeftijdsonderscheid is gemaakt. Ondanks de verlichte bewijslastverdeling, die ten gunste werkt voor de verzoekende partij, kan het moeilijk zijn feiten boven tafel te krijgen. Hier lijkt aangelopen te worden tegen de grenzen van een wettelijk systeem. Dit doet zich evenzeer voor bij andere gronden. Een oplossing is niet direct voor handen. Indien hiermee soepeler zou worden omgegaan, dan zou dit de rechten van de verwerende partij aantasten en een uitholling betekenen van de onafhankelijkheid en van de gelijkwaardigheid van procespartijen.

Aandachtspunten en knelpunten

Vanwege de bijzondere aard van leeftijd levert het omgaan met verzoeken om een oordeel over ongelijke beloning vanwege leeftijd, vragen op in de praktijk.

A. Ongelijke beloning en leeftijd

Bij een onderzoek naar ongelijke beloning op grond van geslacht, past de Commissie gewoonlijk een bewijsmethode toe die een lichtere bewijslast op de verzoekende partij legt dan in de vorige alinea beschreven bewijslast: de zogenoemde 'maatmanmethode'.⁸² Dit houdt in dat een verzoekende partij aan zijn of haar bewijsplicht heeft voldaan als hij/zij een collega van het andere geslacht (de maatman) kan aanwijzen die arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde verricht, maar meer verdient. Vervolgens is het aan de werkgever om te bewijzen dat het beloningsverschil voortvloeit uit het op gelijke wijze toepassen van de voor ieder geldende beloningsmaatstaven.

Deze zogenoemde maatmanmethode is, ter uitvoering van Europese regelgeving, voor de grond geslacht voorgeschreven en niet voor de overige in de gelijkebehandelingswetgeving beschermde gronden. Wel heeft de Commissie in eerdere oordelen deze methode ook toegepast bij de discriminatiegronden ras, nationaliteit (zie bijvoorbeeld de oordelen 97-113, 98-120, 99-70, 2000-03, 2001-78, 2005-132 en 2005-189) en handicap of chronische ziekte (CGB 13 december 2004, oordeel 2004-161).

De vraag of deze methode bij beloningsverschil vanwege leeftijd zondermeer van toepassing is, wierp zich in de praktijk op. De CGB heeft onlangs in een zaak over mogelijk leeftijdsonderscheid bij de beloning geoordeeld dat bij leeftijd deze methode niet op dezelfde wijze kan worden toegepast (oordeel 2008-80). De belangrijkste reden hiervoor was dat leeftijd geen bij voorbaat verdacht criterium is, waarbij ook direct onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden. Bovendien heeft iedereen een (doorgaans) verschillende leeftijd en zouden daardoor nagenoeg alle collega's die arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde verrichten, bij een verschil in beloning kunnen stellen dat sprake is van onderscheid op grond van leeftijd indien de maatmanmethode zou worden gevolgd.

Dit standpunt leidt er toe dat in een zaak over mogelijk leeftijdsonderscheid bij de beloning de verzoekende partij conform art. 12 WGBL feiten dient aan te dragen die leeftijdsonderscheid kunnen doen vermoeden. Indien de verzoekende partij hierin slaagt is het vervolgens aan verweerster om te bewijzen dat niet in strijd met de WGBL is gehandeld. Uiteraard blijkt vergelijking met het loon van collega's hierbij van belang.

⁸² Artikelen 7 tot en met 9 Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid (WGB).

Deze weg moet zich nog nader uitkristalliseren in nieuwe loonzaken.

Conclusies

- De bewijslastverdeling van art. 12 WGBL is een verlichting van de bewijslast voor de verzoekende partij ten opzichte van de bewijslast in het civiele recht. Toch blijkt het met name bij werving en selectie lastig te zijn voor de verzoekende partij om feiten aan te dragen die onderscheid kunnen doen vermoeden; dit is echter onvermijdelijk en doet zich evenzeer voor bij andere gronden.
- Vanwege de bijzondere aard van de grond leeftijd is de zogenoemde 'maatman-methode' conform art. 7 WGB niet of minder geschikt om toe te passen bij de grond leeftijd, in tegenstelling tot de (tweepolige) gronden geslacht en ras. Bij leeftijd wordt bij beloningszaken de normale bewijslastverdeling, zoals neergelegd in art. 12 WGB, toegepast. Bij de vaststelling van het vermoeden van ongelijke beloning kan de loonvergelijking met collega's die arbeid van gelijke waarde verrichten natuurlijk wel een rol spelen.

4.3.5 Victimisatie

Inleiding

Benadeling van personen die slachtoffer zijn van discriminatie en betrokken zijn bij een klacht of juridische procedure, is in de WGBL verboden (art. 10). De benadeling kan alle mogelijke vormen hebben. De verlichte bewijslast verdelingsregeling is hier niet van toepassing aangezien deze regeling alleen geldt bij onderscheid. Er geldt derhalve de reguliere bewijsregeling uit het civiele recht. Indien tot victimisatie wordt geconcludeerd is sprake van strijd met de wet. Een rechtvaardiging zoals bij de verschillende vormen van leeftijdsonderscheid, is niet mogelijk.

Bevindingen CGB

Drie keer heeft de CGB een victimisatiezaak beoordeeld. Evenals bij andere gronden bekijkt de CGB of er een causaal verband is tussen de klacht en de benadeling. Bij de eerste zaak lag er onmiskenbaar een causaal verband tussen het beroep op de WGBL en het niet verlengen van het arbeidscontract met verzoekster (oordelen 2006-34). In de tweede en derde zaak kon het verband op geen enkele wijze met feiten worden onderbouwd zodat de CGB niet tot leeftijdsonderscheid heeft geconcludeerd (oordelen 2006-124 en 2007-31).

Conclusie:

- Victimisatie bij leeftijdsonderscheid levert geen bijzondere problemen op, ook niet vergeleken met andere gronden en geeft ook geen aanleiding tot het opnemen van aanbevelingen.

5 Bevindingen CGB - specifieke terreinen

5.1 Arbeid

5.1.1 Werving en selectie van personeel en aangaan van arbeidsverhouding

Inleiding

De WGBL verbiedt het maken van leeftijdsonderscheid gedurende het gehele wervings-, selectie en aannameproces, vanaf het openlijk aanbieden van een vacature tot en met het aangaan van een arbeidsverhouding of het aanstellen van een ambtenaar (art. 1, in samenhang met art. 3, sub a en b). Alleen wanneer leeftijdsonderscheid op objectieve gronden kan worden gerechtvaardigd, is geen sprake van verboden onderscheid (art. 7, lid 1, sub a, b en c).

Daarnaast bepaalt art. 9 dat advertenties - of andere openlijke aanbiedingen van een betrekking - geen leeftijdsgrenzen mogen bevatten, tenzij de tekst een motivering daarvoor bevat (art. 9). Als hieraan niet wordt voldaan dan is zondermeer in strijd met de wet gehandeld. Voor advertenties en dergelijke geldt dus een strengere norm.

Dit vereiste vindt overigens niet zijn grondslag in de Kaderrichtlijn. Deze keuze heeft de wetgever gemaakt om werkgevers te dwingen zich in een zo vroeg mogelijk stadium te beraden op de geoorlooftheid van leeftijdsonderscheid. Verwacht wordt dat hiervan een preventieve werking uitgaat. De WGBL kent geen voorkeursbehandeling voor bepaalde leeftijdsgroepen, hoewel de Kaderrichtlijn hiervoor wel ruimte biedt.

Bevindingen CGB

De meeste verzoeken en oordelen over leeftijdsonderscheid gaan over advertenties, werving en selectie van personeel (tegen de 40%). In het algemeen blijkt dat bij werving en selectie bepaalde leeftijdsgroepen nodeloos worden uitgesloten. Stereotype beelden en vooroordelen over leeftijd in relatie tot de arbeid en met name tot personeelssamenstelling en de sfeer in een bedrijf, komen vaak voor.

Bij de beschrijving van de bevindingen is (vanwege het verschil in de norm zoals in de inleiding vermeld) een onderverdeling gemaakt in:

- A. openlijke aanbiedingen, en
- B. werving (aanbieding van een betrekking), selectie (behandeling bij de vervulling van een betrekking) en aangaan van een arbeidsverhouding.

A. Openlijke aanbiedingen/advertenties (art. 9)

Jaarlijks komen gemiddeld 800.000 functies vacant⁸³, waarvoor vrijwel altijd advertenties verschijnen en mensen solliciteren. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de meeste leeftijdsklachten gaan over advertenties en selectie en afwijzing van sollicitantanten voor een bepaalde functie vanwege leeftijd (tegen de 40%). Al snel na de inwerkingtreding van de WGBL zijn dan ook bij de CGB veel klachten ingediend over ongemotiveerde leeftijdsgrenzen in advertenties of bij andere openlijke aanbiedingen van een betrekking (vgl. oordelen 2005-36, - 37, - 149, 2006-201, 2007-106). Opvallend is dat de meeste klagers mannen zijn tussen de 45 en 65 jaar.

De CGB heeft het begrip 'openlijke aanbieding' ruim geïnterpreteerd. Naast advertenties in kranten en tijdschriften behoren hiertoe ook websites en interne meldingen van vacatures in bedrijfskranten en op whiteboards of het bieden van sollicitatieformulieren voor open sollicitaties (onder meer oordelen 2005-33 en 83 en oordeel 2006-52).

Na enige maanden ervaring te hebben opgedaan ontstond behoefte aan duidelijkheid over de te hanteren norm in deze zaken. Op verzoek van Expertisecentrum LEEftijd en het Meldpunt Discriminatie Amsterdam heeft de CGB het *Advies inzake leeftijdsonderscheid in*

⁸³ Bron CBS statline

advertenties (CGB-advies 2005-06) uitgebracht waarin op tal van aspecten duidelijkheid is gegeven aan werkgevers, P&O afdelingen etc. over wat wel of niet op grond van de WGBL in advertenties mag worden opgenomen.⁸⁴ Dit advies is de basis geweest voor de checklist van Expertisecentrum LEEFtijd die via de website door iedereen te gebruiken is. Weliswaar verschijnen er nog advertenties in de media met leeftijdsgrenzen, maar veel minder dan in 2004/2005. Gezien deze afname lijkt art. 9, mede door de combinatie van oordelen, advies en checklist, effectief te zijn. Werkgevers lijken zich meer bewust te zijn van de norm. Versterking door het opleggen van een sanctie in geval van strijdigheid met de wet - waarvoor destijds bij de parlementaire behandeling stemmen opgingen - lijkt dan ook niet noodzakelijk.

Indirect onderscheid

In tegenstelling tot direct leeftijdsonderscheid, wordt indirect leeftijdsonderscheid minder snel herkend door betrokkenen. Het vragen naar bijvoorbeeld 'starters', studenten, een aantal jaren minimum of maximum werkervaring, mensen die passen in het team of in de bedrijfscultuur en dergelijke lijkt 'gewoon', maar leiden indirect tot leeftijdsonderscheid.⁸⁵ Bovendien beoordeelt de CGB niet alleen of de tekst op de een of andere wijze een leeftijdscriterium bevat. Ook als het beeldmateriaal of taalgebruik, al dan niet in combinatie met elkaar, bepaalde leeftijdsgroepen met name aanspreekt, oordeelt de CGB dat sprake is indirect leeftijdsonderscheid.⁸⁶ (CGB-advies 2005-06; oordeel 2005-106).

Eisen aan motivering

Niet iedere motivering die in een advertentie is opgenomen is acceptabel. Ingevolge art. 3, lid 1, sub a WGBL dient deze zodanig te zijn geformuleerd dat het leeftijdsonderscheid hierdoor wordt gerechtvaardigd. Zo niet, dan is sprake van verboden onderscheid. Slechts een enkele keer heeft de CGB een oordeel ter zake uitgesproken. Soms was sprake van een onduidelijke en onvoldoende motivering (oordelen 2006-208 en -209), een keer werd de redengeving voldoende bevonden (oordeel 2006-162). Hierdoor is het mogelijk dat het opnemen van leeftijdsgrenzen in een advertentie op zich geen strijd met de WGBL oplevert omdat de advertentie een motivering bevat, maar dat toch verboden onderscheid wordt gemaakt omdat de motivering niet gerechtvaardigd is. De verwarring die de CGB verwachtte in 2001⁸⁷ heeft zich voor zover bekend nauwelijks voorgedaan nu slechts sporadisch sprake is van een motivering in een advertentie.

B. Werving en selectie, en het aangaan van een arbeidsverhouding (art. 3, sub a en b)

Tussen openlijke aanbieding van een betrekking (art. 9) en aanbieding van een betrekking (art. 3, sub a) zit in de praktijk weinig verschil. De meeste aanbiedingen zijn immers in zekere vorm publiek en vallen onder het begrip 'openlijke aanbieding', zeker nu de CGB dit begrip ruim interpreteert. De norm verschilt echter. Vanwege dit verschil in norm kan de CGB in de praktijk niet anders dan beide vormen na(ast) elkaar beoordelen, ook al zal dit voor betrokken partijen niet altijd even begrijpelijk zijn (oordelen 2005-36, -37 en -114, 2006-1 en -191, 2007-158 en -162, 2008-33 en -93).

Alvorens een klacht/verzoek over werving te kunnen behandelen stelt de CGB de eis dat de verzoeker een serieuze sollicitant is, anders wordt de klacht afgewezen op een te gering belang (oordeel 2006-58). Alleen als belangorganisaties klachten indienen behoeft er geen

⁸⁴ Beide organisaties hadden gedurende enkele maanden advertenties geselecteerd op (direct en indirect) leeftijdsonderscheid. Op grond daarvan schreven beide organisaties de betreffende werkgever aan en verzochten een motivering. Mede met kennis van deze argumenten heeft de CGB in het advies 2005-06 aan de hand van talrijke voorbeelden uiteengezet in welke gevallen een leeftijdseis redelijk kan zijn en wanneer sprake is van een onaanvaardbare stereotyperingen.

⁸⁵ CGB advies 2005/06 par. 2.3; oordeel 2006-240.

⁸⁶ CGB advies 2005/06 par. 2.3.5.

⁸⁷ CGB advies inzake het voorstel voor een wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, 13 juni 2001 (CGB advies 2001/04), p.6.

sprake te zijn van een belang per zaak, maar kunnen in het algemeen zaken worden voorgelegd mits dit spoort met de doelstelling van die belangenorganisatie. Verder moet verzoeker aannemelijk maken dat sprake is van leeftijdsonderscheid bij werving, selectie en/of aangaan van een arbeidsverhouding. Dat is voor de klager vaak niet eenvoudig (vgl. oordelen 2005-103 en 120). Volgens de bewijslastverdeling (zie par. 5.3.4) rust immers op de klager/verzoeker de plicht feiten aan te voeren die leeftijdsonderscheid kunnen doen vermoeden. Vaak blijkt verzoeker ervan overtuigd te zijn dat de afwijzing heeft plaatsgevonden vanwege zijn of haar leeftijd - al was het maar omdat hij/zij geen andere reden zou kunnen bedenken - maar blijkt dit moeilijke met feiten te onderbouwen. Daarin slaagt de verzoeker vaak niet (vgl. oordelen 2005-56 en -180). Niet zelden is sprake van onduidelijke communicatie over de afwijzingsgrond (oordelen 2005-97, -103 en -116). Volgens vaste oordelenlijn van de CGB moet ook de sollicitatieprocedure inzichtelijk, systematisch en controleerbaar zijn.

Pas als het vermoeden van leeftijdsonderscheid is gevestigd dient de verweerder te bewijzen niet in strijd met de WGBL te hebben gehandeld. Ook dat blijkt in de praktijk niet altijd eenvoudig, maar soms slaagt men hierin (vgl. oordeel 2008-99). Overigens behoeft leeftijd niet de doorslaggevende reden te zijn. Het is vaste oordelenlijn dat ook als leeftijd *mede* een rol heeft gespeeld bij de selectie en dergelijke, er sprake kan zijn van (verboden) leeftijdsonderscheid (o.m. oordeel 2005-240).

Objectief gerechtvaardigd leeftijdsonderscheid

Wanneer leeftijdsonderscheid is vastgesteld dan volgt de beoordeling of dit onderscheid gerechtvaardigd is. Niet zelden dragen verweerders geen of onduidelijke redenen aan, bijvoorbeeld omdat betrokkene het maken van leeftijdsonderscheid ontkent (vgl. oordelen 2005-211, 2006-34 en 2007-45). Wanneer wel een reden wordt gegeven dan acht de CGB deze zelden gerechtvaardigd. Alleen wanneer er een logisch verband bestaat tussen leeftijdsonderscheid en de functie - met andere woorden, het is een reële functie-eis - leidt dit tot een objectieve rechtvaardiging. Zo'n situatie doet zich bijvoorbeeld voor bij starterfuncties en bij traineeplaatsen (oordeel 2006-134). Het vragen naar een maximum ervaring voor dergelijke functies is slechts bij uitzondering gerechtvaardigd als sprake is van een expliciet opleidingsaspect in deze functies. Ook bij functies waar geen of nauwelijks ervaring, opleiding of competenties zijn vereist en die zijn gericht op personen voor wie het jeugdminimumloon geldt, zoals de functie van hulpkrachten en vakkenvullers in supermarkten, is het stellen van leeftijdsgrenzen geoorloofd op grond van de uitzondering voor het voeren van werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van bepaalde leeftijdsgroepen (zie par. 5.3.3). De directe relatie met het jeugdminimumloon was hierbij doorslaggevend.⁸⁸

Andere argumenten die leiden tot leeftijdsonderscheid zijn: passend in (de samenstelling van het) team, dynamisch team, bedrijfscultuur, continuïteit van de organisatie. Als hiermee een verband wordt gelegd met kenmerken van de sollicitant, dan leidt dit niet tot een objectieve rechtvaardiging (onder meer oordelen 2006-80 en -224). Vooroordelen blijken dikwijls de voedingsbodem voor deze argumenten. Ook financiële argumenten worden vaak gehanteerd. Deze zijn zelden gerechtvaardigd, alleen als het bedrijf aantoonbaar in ernstige financiële problemen verkeert (zie par. 5.3.3).

De CGB heeft duidelijke, strenge lijnen uitgezet ten aanzien van leeftijdsgrenzen in advertenties, bij werving en selectie en bij het aangaan van een arbeidsverhouding, in het licht van de doelstelling van de WGBL, zoals het tegengaan van discriminatie en uitsluiting vanwege leeftijd en het bevorderen van de arbeidsparticipatie. Gezien de afname van advertenties met een leeftijdsgrens mag worden aangenomen dat de combinatie van oordelen, advies en checklist effectief is geweest. Of hierdoor ook werkelijk minder leeftijdsonderscheid wordt gemaakt bij het aannemen van sollicitanten is moeilijk te zeggen. Onderzoeken laten weliswaar een toename van arbeidsparticipatie van ouderen

⁸⁸ Zie financiële argumenten/kostenbeheersing, par. 4.3.2.

zien. De vraag is of deze toename niet eerder het gevolg is van fiscale maatregelen betreffende het vroegpensioen en de arbeidsmarkt. Nader onderzoek op dit aspect zou hierover uitsluitsel kunnen geven. Hoe dit ook zij, de ervaring met wervings- en selectiezaken leert dat gewoonten, vooroordelen en stereotype beeldvorming vaak ten grondslag liggen aan deze vorm van uitsluiting van mensen. Meer aandacht zal daarom moeten worden besteed aan het bewust maken van vooroordelen, met name bij leidinggevenden die personeel aannemen.

Aandachtspunten/knelpunten

Drie aspecten bij openlijke aanbidding van een betrekking en selectie vragen om een aparte behandeling:

1. Wie is aan te spreken op de inhoud van advertenties mbt (in)direct leeftijdsonderscheid en vooral de vraag hoever de verantwoordelijkheid van de Centrale organisatie voor Werk en Inkomen (CWI) reikt bij advertentie die zonder haar bemiddeling op haar website worden geplaatst?
2. Kan bij werving en selectie ter motivering en ter rechtvaardiging van een leeftijdsgrens een beroep worden gedaan op de uitzondering van art. 7, lid 1 onder a, WGBL?
3. Is voorkeursbeleid wenselijk?

1. Reikwijdte verantwoordelijkheid voor geplaatste advertenties, onder meer van CWI

Een werkgever of bevoegd gezag die bevoegd is een advertentie te plaatsen, is op grond van art. 9 WGBL aan te spreken op de inhoud van zijn advertentietekst. Wanneer deze tekst een ongemotiveerde leeftijdsgrens bevat, handelt de werkgever of het bevoegd gezag in strijd met de WGBL. Het is vaste oordelenlijn van de CGB bij andere gronden dat ook intermediairs, zoals bemiddelaars en uitzendbureaus, hierop aanspreekbaar zijn.⁸⁹ Zij moeten er immers ook zorg voor dragen niet te discrimineren bij hun bemiddeling, waarvan het adverteren deel uitmaakt.

CWI

Dit geldt eveneens voor de Centrale organisatie voor Werk en Inkomen (CWI). Naast bemiddeling beheert de CWI een vacaturesite (www.werk.nl) waarop derden een advertentie kunnen plaatsen, zonder enige actieve vorm van bemiddeling van de CWI. De CGB heeft geoordeeld dat de CWI ook voor deze activiteiten kan worden aangesproken (oordeel 2005-33). Sterker nog, door haar speciale functie als arbeidsbemiddelaar vanuit de overheid, neemt zij een bijzondere positie in. Dit publieke karakter van de CWI - met wettelijke taken zoals neergelegd in art. 21 Wet SUWI - dwingt tot een ruimere verantwoordelijkheid. Haar bemiddelingsrol strekt derhalve verder dan bij andere bemiddelaars en kan zich niet beperken tot een inspanningsverplichting, maar houdt ook een resultaatsverplichting in. Het hanteren van een preventief 'verbodenwoorden filter', zoals de CWI inmiddels doet, is een goed middel, maar wanneer desondanks met de WGBL strijdige advertenties verschijnen, concludeert de Commissie toch tot strijd met de WGBL (vgl. oordeel 2006-21).

De CWI is echter van mening, evenals de toenmalige minister van SZW⁹⁰, dat alleen een inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting op haar rust bij het plaatsen van vacatures op haar website om handelen in strijd met de wet te voorkomen. De CWI stelt hierbij dat zij hiervoor op grond van boek 6, art. 196 c, lid 4 van het Burgerlijk Wetboek (BW)

niet - civielrechtelijk - aansprakelijk kan worden gesteld. Dit artikel regelt de civielrechtelijke aansprakelijkheid van een host, terwijl het hier gaat om oordelen over civielrechtelijke aansprakelijkheid (zie oordeel 2006-21). Ook elders zijn hierover de meningen verdeeld. Opgemerkt zij dat op grond van art. 6: 196c BW de mate van aansprakelijkheid mede wordt bepaald door de aard van de dienstverlening en de positie van de dienstverlening.⁹¹ De CGB is van mening dat in dat licht gezien aan de CWI - gelet op haar rol - hoge eisen gesteld kunnen worden. Meer dan de eis van een verboden woordenfilter. Zo ook Heemskerck en Dankbaar.⁹²

⁸⁹ Deze ruime interpretatie van arbeidsbemiddeling is in de MvT bij de AG Implementatiewet AWGB expliciet genoemd (*Kamerstukken II 2002/03*, 28 770, nr. 3).

⁹⁰ Kamervragen, *Kamerstukken II 2003/04*, nr. 852.

⁹¹ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 197, nr. 3, p. 49-50.

⁹² M.Heemskerck en M. Dankbaar, *Leeftijd*, in: S. Burri (red), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar*, 2006, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Om uit deze patstelling te komen zal de CGB nader juridisch advies vragen over de reikwijdte en werking van art. 6: 196c BW in relatie tot de aansprakelijkheid van tussenpersonen op grond van de WGBL.

Over de vraag of een eigenaar van een andere vacaturesite, zoals Monsterboard, kan worden aangesproken op het vertonen van een met WGBL strijdige advertentie, heeft de CGB nog geen uitspraak gedaan. Wel heeft de CGB uitgesproken dat een krant niet kan worden aangesproken vanwege het afdrucken van een advertentie met een ongemotiveerde leeftijdsgrens.⁹³

2. Reikwijdte uitzondering art. 7, lid 1, sub a WGBL

Op deze uitzondering in de wet opgenomen is reeds ingegaan in par. 5.3.3, waarnaar dan ook wordt verwezen. Op grond hiervan beveelt de CGB de wetgever aan om, alhoewel zij van mening is dat het begrip 'wet' ruim moet worden uitgelegd, over de reikwijdte van art. 7, lid 1, sub a WGBL duidelijkheid te verschaffen, mede gelet op de verschillende meningen in de literatuur. Deze mening was de CGB al toegegaan in 2001, zoals verwoord in haar commentaar op het wetsvoorstel.⁹⁴ Deze duidelijkheid kan worden verschaft mede aan de hand van de onderzoekresultaten van het Hugo Sinzheimer Instituut op basis van zijn onderzoek naar de betekenis van dit artikel, in opdracht van het ministerie van SZW in het kader van de evaluatie WGBL.

3. Wenselijkheid van voorkeursbeleid

Voorkeursbeleid⁹⁵ op grond van leeftijd kan op basis van art. 7 Kaderrichtlijn worden toegestaan. De wetgever heeft er voor gekozen deze uitzondering op het verbod van leeftijdsonderscheid niet in de WGBL op te nemen, omdat in Nederland geen sprake is van een structurele achterstandspositie van personen van een bepaalde leeftijdscategorie. In oordeel 2006-61 heeft de CGB conform de WGBL geoordeeld dat voorkeur voor een persoon van een bepaalde leeftijd in het kader van een gedifferentieerde personeelsbezetting niet gerechtvaardigd is.

De CGB ziet ook geen reden om alsnog voorkeursbeleid voor bepaalde leeftijdsgroepen in te voeren. Er is geen sprake van een structurele achterstandspositie van bepaalde leeftijdsgroepen, alhoewel ouderen zich bij de werving en selectie bij arbeid wel in een achterstandspositie bevinden. Het exact bepalen van deze groep is geen eenvoudige zaak. Bovendien biedt het half open-systeem in de WGBL juist de mogelijkheid de noodzaak om bepaalde leeftijdsgroepen te werven - mocht deze aanwezig zijn - mee te wegen. En verder kent de WGBL een ander middel. Door middel van een gericht, en wettelijk vastgelegd, werkgelegenheids- en participatiebeleid kan achterstelling van een bepaalde leeftijdsgroep worden aangepakt. Onder omstandigheden is een doelgroepenbeleid van intermediairs toegestaan (oordeel 2005-82).⁹⁶ Een aparte bepaling voor voorkeursbeleid is dan ook niet noodzakelijk.

Conclusies

- De doelstelling van de wet om uitsluiting van personen vanwege leeftijd tegen te gaan en de arbeidsparticipatie - met name van 'ouderen' - te bevorderen, heeft de CGB aangezet tot een duidelijke, strenge beoordeling van de ter rechtvaardiging aangedragen argumenten voor leeftijdsonderscheid bij werving en selectie, waaronder de motivering in advertentieteksten;

⁹³ KO-oordeel 2004-32k; is op te vragen bij de CGB.

⁹⁴ CGB advies inzake het voorstel voor een wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, 13 juni 2001 (CGB advies 2001/04), p.5.

⁹⁵ Onder voorkeursbeleid wordt verstaan: maatregelen voor een bepaalde groep personen die er toe bijdragen dat een structurele achterstand van die doelgroep vermindert. Bij werving en selectie zijn deze aan voorwaarden verbonden overeenkomstig HvJ EG 17 oktober, zaak C-450/93 (Kalanke). JAR. 1995, 234

⁹⁶ Zie ook CGB-advies 2005-06, p. 8. De CGB zal in de loop van volgend jaar een advies ter zake uitbrengen in relatie met de reikwijdte van art. 7, lid 1, onder a WGBL.

- De bepaling dat advertenties geen ongemotiveerde leeftijdsgrenzen mogen bevatten om werkgevers meer bewust te maken van de norm, lijkt een positief effect te hebben. Dit lijkt mede het gevolg te zijn van een effectieve combinatie van oordelen, advies en een checklist als hulpmiddel voor werkgevers en andere normadressaten. De doelstelling achter art. 9 (werkgevers dwingen zich in een zo vroeg mogelijk stadium te beraden op de geoorlooftheid van leeftijdsonderscheid (preventieve werking)) lijkt dan ook dichterbij te zijn gekomen;
- Of het effect ook zo ver reikt dat ook werkelijk minder leeftijdsonderscheid wordt gemaakt bij het aannemen van sollicitanten is moeilijk te zeggen gezien de aanhoudende stroom klachten. Hoe dit ook zij, de ervaring met wervings- en selectiezaken leert dat gewoonten, vooroordelen en stereotype beeldvorming vaak ten grondslag liggen aan deze vorm van uitsluiting van mensen vanwege hun leeftijd. Meer aandacht zal daarom moeten worden besteed aan het bewust maken van vooroordelen, met name bij leidinggevenden die personeel aannemen;
- Over de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van de CWI voor haar vacaturesite heerst verschil van mening tussen de minister van SZW, de universitaire wereld en de CGB. Om uit deze patstelling te komen zal een nader juridisch advies over de reikwijdte en werking van art. 6: 196c BW in relatie tot de aansprakelijkheid van tussenpersonen op grond van de WGBL uitkomst kunnen bieden;
- Alhoewel zij van mening is dat het begrip 'wet' ruim moet worden uitgelegd, over de reikwijdte van art. 7, lid 1, sub a WGBL duidelijkheid te verschaffen, mede gelet op de verschillende meningen in de literatuur. Deze duidelijkheid kan worden verschaft mede aan de hand van de onderzoekresultaten van het Hugo Sinzheimer Instituut op basis van zijn onderzoek naar de betekenis van dit artikel, in opdracht van het ministerie van SZW in het kader van de evaluatie WGBL (zie ook par. 4.3.3);
- Het niet in de wet opnemen van de mogelijkheid van voorkeursbeleid voor bepaalde leeftijdsgroepen wordt nog steeds onderschreven. Als de achterstandspositie van bepaalde leeftijdscategorieën aan te pakken, biedt de uitzondering in art. 7, sub a en c WGBL, mogelijkheden.

Aanbevelingen

- De beperkte effectieve kracht van oordelen doet zich met name voelen bij selectie van personeel; aangezien sancties hier geen oplossing kunnen bieden, beveelt de CGB de minister van SZW aan meer preventief werkende instrumenten in de zin van bewustwording van vooroordelen en stereotype beeldvorming toe te passen, teneinde de wettelijke norm te verankeren in het handelen van met name leidinggevenden;
- Om uit de patstelling te komen ten aanzien de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van de CWI beveelt de CGB de minister van SZW aan om samen met de CGB, juridisch advies te vragen over de reikwijdte en werking van art. 6: 196c BW in relatie tot de aansprakelijkheid van tussenpersonen op grond van de WGBL;
- De CGB heeft in par. 4.3.3 de wetgever aanbevolen helderheid te verschaffen over de reikwijdte van de uitzondering van art. 7, lid 1, onder a, WGBL, waarbij tevens de onderzoekresultaten van het Hugo Sinzheimer Instituut worden betrokken, op basis van zijn onderzoek dat in opdracht van het ministerie van SZW is uitgevoerd in het kader van de Evaluatie WGBL.

5.1.2 Arbeidsvoorwaarden

Inleiding

In art. 3, aanhef en sub e WGBL is bepaald dat onderscheid op grond van leeftijd is verboden bij de arbeidsvoorwaarden. Onder het ruime begrip arbeidsvoorwaarden vallen -

evenals in andere gelijkebehandelingswetgeving - alle afspraken die ten tijde van de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst, gedurende de arbeidsovereenkomst en bij de beëindiging van de overeenkomst tussen de werknemer en werkgever zijn gemaakt. Het kan hier gaan om afspraken die zijn neergelegd in een cao, maar ook om individuele afspraken tussen een werknemer en een werkgever, zoals beloning, pensioenen, (leeftijds-)vakantiedagen, pensioenen, senioren- en verlofregelingen, reiskostenvergoeding en dergelijke.

Bevindingen CGB

Het bijzondere karakter van de grond leeftijd uit zich met name bij de arbeidsvoorwaarden. Juist omdat leeftijd een objectief bepaalbaar criterium is, bevatten dergelijke regelingen veel leeftijdsgrenzen.⁹⁷ De kunst is om het kaf van het koren te scheiden. In welke gevallen is nu werkelijk sprake van ongeoorloofd leeftijdsonderscheid en wanneer niet.

De afgelopen jaren zijn aan de CGB met name leeftijdsverzoeken voorgelegd op de gebied van seniorenregelingen, sociale plannen en pensioenen. Een enkele keer betrof het ongelijke beloning. De bevindingen van de CGB zijn dan ook met name op deze onderwerpen gebaseerd. Per onderwerp wordt hierop in gegaan, waarbij wordt opgemerkt dat de problematiek van pakketvergelijking reeds besproken is in par. 5.3.2 en derhalve hier achterwege blijft. Aangezien voor pensioenen bijzondere bepalingen in de WGBL zijn opgenomen wordt dit onderwerp in een aparte paragraaf behandeld (par. 6.1.3).

Seniorenregelingen

Hoewel er een afnemende tendens is waar te nemen kennen de meeste cao's nog specifieke maatregelen voor oudere werknemers.⁹⁸ Aan deze zogenoemde seniorenregelingen (extra vakantiedagen, afbouw van arbeidsduur, vrijstelling van nachtdienst en dergelijke, speciaal voor ouderen) is onderscheid naar leeftijd inherent. In de eerste twee zaken over deze materie die aan de CGB zijn voorgelegd (oordelen 2004-118 en 150) oordeelde de CGB dat extra vakantiedagen voor ouderen in strijd zijn met de WGBL. De CGB greep in deze oordelen terug naar onderzoek van TNO-arbeid waarin werd geconcludeerd dat oudere werknemers niet per se minder belastbaar zijn.⁹⁹ Deze oordelen hebben veel stof doen opwaaien. In deze oordelen en de daaropvolgende zaken die zich bij de CGB aandienen, bleek het verband tussen leeftijd, werkdruk en inzetbaarheid een terugkerend thema. Naar aanleiding hiervan heeft de CGB door het Instituut voor Arbeidsvraagstukken (IVA) een literatuuronderzoek laten verrichten naar de relatie tussen belasting van functies, belastbaarheid van ouderen en leeftijd.¹⁰⁰ Uit dit onderzoek bleek dat er op bepaalde punten een relatie bestaat tussen belastbaarheid en leeftijd, maar dat de effecten verschillen per persoon. Geconcludeerd werd dat nader onderzoek nodig was en dat een pas op de plaats moest worden gemaakt. Diverse verzoeken om een oordeel zijn daarom aangehouden. Vervolgens is door de Organisatie voor Strategisch Markonderzoek (OSA) een checklist ontwikkeld om een concreter antwoord te geven op de vraag in welke gevallen (functies, sectoren en dergelijke) er redenen zijn voor het opnemen van seniorenregelingen. De CGB heeft na een ronde langs alle betrokken (koepel-) organisaties in maart 2006 een advies uitgebracht over seniorenregelingen in cao's, dat wil zeggen alle regelingen die zijn overeengekomen tussen sociale partners met het oog op

⁹⁷ J.J.H. Schrama, C. Klaassen en H.G. Junger-van Hoorn, onderscheid naar leeftijd in cao's, Den Haag: SZW, 2005; M. Beeksma en J. de la Croix, *Perspectief op langer doorwerken (2008)*, een onderzoek naar cao-afspraken tussen sociale partners met betrekking tot langer doorwerken, juni 2008.

⁹⁸ M. Beeksma en J. de la Croix, *Perspectief op langer doorwerken (2008)*, een onderzoek naar cao-afspraken tussen sociale partners met betrekking tot langer doorwerken, juni 2008.

⁹⁹ A. Nauta, M. R. de Bruin & R. Cremer, *De mythe doorbroken, Gezondheid en inzetbaarheid oudere werknemers* (TNO-rapport), 2004.

¹⁰⁰ M. van den Bogaard, W. de Lange, J. Poppel "De wenselijkheid van het maken van een onderscheid naar leeftijd", IVA Tilburg, 2005.

belasting van functies, de belastbaarheid van werknemers en de inzetbaarheid van ouderen.¹⁰¹ In dit advies kondigt de CGB aan seniorenregelingen in de toekomst onder bepaalde voorwaarden in de context van een breed leeftijdsfasebewust personeelsbeleid te zullen beoordelen. Voorwaarde is dat de sociale partners zich in voldoende mate hebben gebogen over de achtergrond en strekking van leeftijdsspecifieke en andere maatregelen die de belastbaarheid en inzetbaarheid van medewerkers (ouderen en jongeren) kunnen bevorderen. Deze maatregelen dienen te worden geplaatst in de context van een breder leeftijdsbewust personeelsbeleid. Indien geen goed inhoudelijk overleg tussen cao-partijen heeft plaatsgevonden en geen sprake is van samenhangende maatregelen zoals hiervoor genoemd, dan beoordeelt de Commissie iedere maatregel afzonderlijk. Deze toetsing is dan aanzienlijk strikter dan in geval van een beoordeling in een bredere context (oordelen 2007-97 en -98).

Sociale plannen

Sinds de invoering van de WGBL zijn bij de Commissie regelmatig verzoeken binnengekomen over sociale plannen waarin vrijwel altijd leeftijdsgrenzen zijn opgenomen. Veel sociale plannen bevatten immers een regeling waarbij voor een bepaalde groep oudere werknemers een ander ontslagregeling wordt getroffen dan voor jongere werknemers. De stroom van verzoeken was de aanleiding voor de CGB een advies uit te brengen met algemene lijnen waarlangs de beoordeling van sociale plannen plaatsvindt.¹⁰² In dit advies stelt de CGB voorop dat de meeste gevallen van leeftijdsonderscheid in sociale plannen samenhangen met de wens om werknemers te compenseren voor het verlies van inkomen als gevolg van gedwongen ontslag. Mede op grond van Europese jurisprudentie houdt de CGB daarbij rekening met de arbeidsmarktpositie van oudere werknemers, die de pensioengerechtigde leeftijd naderen en voor wie het moeilijk is een baan te vinden.¹⁰³ Tegelijkertijd ziet de CGB de gevaren van stigmatisering en categorisering. Er kunnen daarom factoren zijn waardoor dit uitgangspunt voor bepaalde bedrijven of sectoren niet of in mindere mate opgaat (oordelen 2005-128 en 2006-172). De markt kan divers zijn, bovendien kunnen zich op de arbeidsmarkt veranderingen voordoen. Daarom beoordeelt de CGB kritisch de rechtvaardiging die wordt gegeven. Er is derhalve geen sprake van een marginale toets (zie ook onder par. 5.3.3). De objectieve rechtvaardigingstoets wordt derhalve ten volle doorlopen, zij het dat overeenstemming tussen de sociale partners, zeker een rol speelt bij de beoordeling. In deze lijn beoordeelt de CGB het compenseren van gedwongen ontslag dan ook doorgaans als legitiem doel, evenals het bieden van inkomensbescherming aan ouderen vanwege hun minder goede en kwetsbare arbeidsmarktpositie. In veel sociale plannen wordt als *middel* ter bepaling van de compensatie aangesloten bij de zogenoemde kantonrechttersformule, en variaties daarop. In het algemeen beoordeelt de CGB dit als acceptabel. In veel plannen die ter beoordeling aan de CGB zijn voorgelegd zijn meer genuanceerde grenzen gehanteerd dan in de kantonrechttersformule; hiervoor acht de CGB een goede reden aanwezig, aangezien een correctiefactor als opgenomen in de kantonrechttersformule in sociale plannen meestal ontbreekt. Het beperken van outplacementtrajecten, scholing en bemiddeling voor jongere werknemers acht de CGB in het algemeen niet redelijk vanwege het direct uitsluitende effect en de beeldvorming dat ouderen niet meer geschikt zijn voor het arbeidsproces. Dit is slechts anders indien de verhouding tussen de opleidingskosten en het verwachte rendement (hoelang werkt iemand nog voor zijn pensionering) te zeer uit balans is (vgl. oordeel 2005-174).¹⁰⁴

¹⁰¹ CGB-advies 2006-04 "Advies inzake seniorenregelingen als onderdeel van leeftijd(sfasen)bewust personeelsbeleid.

¹⁰² CGB advies 2007/05, *Advies inzake sociale plannen en leeftijdsonderscheid*.

¹⁰³ Vgl. HvJ EG 9 december 2004, zaak C-19/02, Hlozek, /jur 2004, I-11491, Nj 2005/33; CGB-advies 2007/05, p. 14.

¹⁰⁴ CGB-advies 2007-05, p. 23.

Ook al is er een diversiteit van sociale plannen, geconcludeerd kan worden dat de oordelenlijn inclusief het CGB-advies 2007-05, in de praktijk voldoende hanteerbaar lijkt.

Aparte regeling voor ouderen

Zoals gezegd wordt in veel sociale plannen vaak een aparte regeling voor ouderen opgenomen die afwijkt van de regeling die wordt geboden aan de overige werknemers. In plaats van de gangbare (variant op de kantonrechttersformule) kent zo'n ouderenregeling vaak maatregelen als suppletie op de WW en voortzetting van pre-pensioenopbouw en ziektekostenverzekering om de periode naar pensionering te overbruggen.

De Commissie beoordeelde een aantal van deze regelingen in strijd met de wet (oordelen 2005-128, 2006-37, 2006-172), een aantal regelingen achtte zij echter wel acceptabel omdat het leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd was. De oordelenlijn is dat een leeftijdsgrens objectief gerechtvaardigd is als de leeftijdsgrens die in een sociaal plan wordt getrokken, is terug te voeren op de veronderstelde arbeidsmarktpositie van de met ontslag bedreigde werknemers en sociale partners inzicht hebben gegeven in de concrete effecten van de regeling in de vorm van een vergelijking van de inkomenspositie van betrokkenen indien geen sprake zou zijn van ontslag (oordelen 2006-103, -117, -179 en -210).

De CGB heeft tevens geoordeeld dat er goede redenen kunnen zijn om in een sociaal plan voor oudere werknemers niet de kantonrechttersformule te hanteren, terwijl dit voor de overige leeftijdscategorieën wel gebeurt (oordeel 2007-89). Soms heeft de CGB (oordelen 2005-128 en 2006-172) overwogen dat het de voorkeur verdient indien de oudere werknemer de keuze wordt geboden tussen de verschillende regelingen indien het budget dit toelaat. In latere oordelen (oordelen 2006-179 en -210) komt dit keuze-element minder terug in de beoordeling, ook al wordt in het advies 2007-05 deze mogelijkheid niet uitgesloten.

Beloning

Ten aanzien van de bewijslastverdeling (par. 5.3.4) bij ongelijke beloning is al geconstateerd dat de aard van de grond leeftijd aanleiding is om enigszins af te wijken van de bewijslastmethode die gebruikelijk is bij andere gronden, de zogenoemde 'maatmanmethode'. Bij andere gronden kan verzoeker volstaan met aanwijzing van een werknemer van een ander geslacht of met een andere etnische achtergrond e.d., die arbeid van gelijke waarde verricht en meer verdient. Bij leeftijd acht de CGB dit onvoldoende omdat een beloningsverschil op grond van leeftijd op zich niet verdacht is (oordeel 2008-80). De verzoekende partij dient daarom tevens feiten aan te dragen die leeftijdsonderscheid kunnen doen vermoeden. Indien de verzoekende partij hierin slaagt, is het vervolgens aan verweerster om te bewijzen dat niet in strijd met de WGBL is gehandeld. De reguliere bewijslastverdeling conform art. 12 WGBL past de CGB derhalve ook toe bij ongelijke beloning.

Zoals gezegd, een beloningsverschil tussen werknemers van verschillende leeftijden is gebruikelijk. Een oudere werknemer verdient immers in het algemeen meer dan een jongere werknemer, ook al verrichten zij gelijkwaardig werk. Het verschil in ervaring wordt beloond. Ook beloningsverschillen op basis van anciënniteit worden in het algemeen objectief gerechtvaardigd geacht, in de lijn ook van uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.¹⁰⁵ Ook de leeftijdsschalen die gelden voor jongeren tussen 15 en 21 jaar zijn niet in strijd met de WGBL aangezien de uitzondering van art. 7, lid 1, sub a WGBL van toepassing is (oordeel 2005-123 en -124; zie ook par. 5.3.3).

(Bij)scholing tijdens de arbeid

Naast het verbod op leeftijdsonderscheid bij het beroepsonderwijs, loopbaanoriëntatie en beroepskeuze voorlichting (art. 5 WGBL), geldt dit verbod ook voor scholing tijdens de arbeid als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden. Voor de toelating tot opleidingen kunnen

¹⁰⁵ HvJEG 17 oktober 1989, C109/88 (Danfoss) en HvJ EG 3 oktober 2006, C17/05 (Cadman).

maximum leeftijdsgrenzen worden gesteld wanneer een investering in een opleiding onevenredig hoog is ten opzichte van het rendement gedurende de resterende arbeidsjaren (oordeel 2005-174). Is de uittredingsleeftijd echter onzeker dan kan dit argument vervallen (oordeel 2006-157).

Ten aanzien van scholing etc. tijdens de arbeid is het systeem van de WGBL in de praktijk toepasbaar.

Aandachtspunten/knelpunten

Bij de arbeidsvoorwaarden behoeven de volgende (knel)punten aandacht:

- A. Duidelijkheid over criteria met betrekking tot contextuele beoordeling seniorenregelingen;
- B. Overgangsregelingen en termijnen.

A. Duidelijkheid over criteria met betrekking tot contextuele beoordeling seniorenregelingen

Bij seniorenregelingen past de CGB onder bepaalde omstandigheden - indien sprake is van leeftijdsbewust personeelsbeleid - de zogenoemde 'contextuele benadering' toe (oordelen 2007-97, -98 en -99). Deze brede beoordelingsruimte bij bepaalde arbeidsvoorwaarden past bij het bijzondere karakter van de grond leeftijd.¹⁰⁶ Ten aanzien van de voorwaarden waaraan dient te worden voldaan alvorens tot een dergelijke beoordeling te kunnen komen, is een aanzet gegeven in genoemde oordelen. Gepleit is voor nadere uitwerking om meer duidelijkheid te krijgen over de vraag op grond waarvan de CGB tot de conclusie komt dat seniorenregelingen zijn ingebed in een leeftijdsbewust personeelsbeleid.¹⁰⁷ Op dit moment zijn voorwaarden ter zake in ontwikkeling. De CGB stelt naar aanleiding van een adviesaanvraag van Expertisecentrum LEEftijd een advies op dat in maart 2009 zal verschijnen.

B. Overgangsregelingen en termijnen

In de afgelopen jaren is bij de CGB een aantal zaken voorgelegd over overgangs(maat)regelingen. Deze bevatten vaak leeftijdsgrenzen teneinde verworven rechten (deels) voor een bepaalde leeftijdsgroep te behouden (oordeel 2005-145). In het algemeen kunnen dergelijke onderscheidmakende regelingen objectief gerechtvaardigd zijn mits de leeftijdsgrens of leeftijdsgrenzen goed zijn onderbouwd. Daarbij is van belang in welke mate en gedurende welke termijn wordt tegemoet gekomen aan bestaande rechten en verwachtingen van werknemers. De CGB staat op het standpunt dat bij een pensioenregeling - die uit zijn aard een lange looptijd heeft - een langere duur van een overgangsregeling sneller objectief gerechtvaardigd is dan bij andere regelingen (oordeel 2006-100; zie par. 6.1.3). De aard van de regeling en de omvang van het verschil zijn bepalend voor de duur en de zwaarte van de overgangsregeling.¹⁰⁸ Op dit moment buigt de CGB zich hierover in het kader van de seniorenregelingen, waarover zij begin 2009 advies zal uitbrengen, zoals hiervoor vermeld.

Conclusies

- Het bijzondere karakter van de grond leeftijd (objectief bepaalbaar criterium) uit zich met name bij de arbeidsvoorwaarden. Niet voor niets bevatten dergelijke regelingen niet zelden leeftijdsgrenzen. De CGB heeft zich sterk verdiept in seniorenregelingen, sociale plannen en pensioenen om het kaf van het koren te scheiden. In welke gevallen is nu werkelijk sprake van ongeoorloofd leeftijdsonderscheid en wanneer niet.

¹⁰⁶ Zie par. 5.3.2 onder pakketvergelijking en CGB-advies 2006/04, p.10.

¹⁰⁷ M. Heemskerk en M. Dankbaar, *Leeftijd*, in S. Burri (red. *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar*, 2006, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p.204.

¹⁰⁸ Zie ook CRvB 16 mei 2005, TAR 2005-125.

- Aangezien leeftijdsoordelen altijd een casuïstisch karakter hebben, heeft de CGB er voor gekozen twee adviezen uit te brengen over arbeidsvoorwaardenregelingen waarin veelvuldig leeftijdsonderscheid wordt gemaakt: sociale plannen en seniorenregelingen. Deze adviezen geven handvatten en bieden duidelijkheid aan de praktijk over hoe leeftijdsonderscheid in dergelijke regelingen in zijn algemeenheid getoetst wordt. Ook hier biedt een combinatie van oordelen en adviezen duidelijkheid over de invulling van de norm; deze lijn zet de CGB voort.
- De bevindingen geven geen aanleiding te pleiten voor wijziging van de wet of tot het aanbrengen van wijzigingen in de oordelenlijn van de CGB. Wel is behoefte aan een nadere uitwerking van CGB-advies 2006-05 over overgangsregelingen en seniorenregelingen ingebed in leeftijd (of levensfase)bewust personeelsbeleid.

5.1.3 Pensioenen (arbeidsvoorwaarden)

Inleiding

Art. 3, lid 1, sub e WGBL verbiedt onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden. Onder arbeidsvoorwaarden in de zin van dit artikel zijn begrepen: de aanvullende pensioenvoorzieningen waarin door of namens de werkgever wordt voorzien. Aangezien bij pensioenenregelingen bijna per definitie leeftijd een rol speelt, is op een aantal aspecten het verbod van leeftijdsonderscheid niet van toepassing verklaard. Dit betreft de toetredings- en pensioengerechtigde leeftijd (art. 8, lid 2) en de actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening is gehouden (art. 8, lid 3).

Bevindingen CGB

Rond pensioenregelingen bestonden er veel vragen over de gevolgen van de WGBL. Verschillende pensioenuitvoerders en werkgevers hebben dan ook zelf een oordeel gevraagd over hun (voorgenomen) pensioenregelingen (17 OEH's). Hieruit kan de conclusie worden getrokken dat de WGBL al snel bekend was bij de normadressaten en ook dat zij (preventief) aan de wet willen voldoen. Bovendien valt op dat de meeste verzoeken om een oordeel gaan over beschikbare premierregelingen, terwijl deze regelingen slechts ca. 8 % van alle pensioenregelingen uitmaken en ook slechts ca. 8% van de pensioendeelnemers (ca. 800.000 deelnemers).

Salarisdiensttijdregelingen (eindloon- en middelloonregelingen) voldoen in de praktijk vrijwel altijd aan de wet aangezien deze regelingen een procentueel gelijke premie kennen voor alle werknemers, ongeacht leeftijd. Tevens leveren zij een onderling gelijkwaardig pensioen op voor alle deelnemers. Het solidariteitsaspect tussen alle leeftijdsgroepen wordt hierin duidelijk zichtbaar. Van leeftijdsonderscheid is dus geen sprake, tenzij varianten in de regeling zijn aangebracht. Mitigeringsvoorstellen - het vanaf een bepaalde leeftijd afromen van de pensioenopbouw ter beheersing van de kosten - die aan de CGB zijn voorgelegd zijn dan ook niet objectief gerechtvaardigd beoordeeld. Er zijn immers niet-discriminatoire alternatieve regelingen waarmee de beoogde doelen ook kunnen worden bereikt. Als alternatief is bijvoorbeeld aangebracht een regeling waarbij salarisverhogingen voor slechts een bepaald percentage worden meegerekend voor de berekening van pensioen of een regeling waarbij pensioen opgebouwd tot bepaalde salarishoogte (oordelen 2004-46 en -122).

De *Beschikbare Premierregelingen* (BPR) vertonen, in tegenstelling tot de salarisdiensttijdregelingen, een grote diversiteit, waarbij leeftijd vrijwel altijd een belangrijk element vormt. Veel voorgelegde regelingen zijn in strijd met de wet

beoordeeld. In lijn met hetgeen tijdens de parlementaire behandeling¹⁰⁹ is uitgesproken is het vaste oordelenlijn van de Commissie dat het hanteren van een voor iedereen gelijke premie (percentage van de pensioengrondslag) of van een actuariael gelijke premie waardoor het pensioenresultaat voor iedereen gelijk is, niet in strijd is met de wet. Hierbij dient wel het zogenoemde Staffelbesluit¹¹⁰ te worden gevolgd of parallel daaraan te lopen. Uitgaan van een rekenrente van 3% in plaats van de gebruikelijke 4% rekenrente valt tevens onder de uitzondering van art. 8, lid 3 en de regelingen die hiervan uitgaan zijn dus niet in strijd met de wet.

Aandachtspunten/knelpunten

Op drie aspecten komen aandachts- en knelpunten voor:

- A. Interpretatie begrip pensioenvoorziening;
- B. Fiscale wetgeving levert een spanningsveld op met de WGBL;
- C. De hoogte van de werkgeversbijdragen bij Beschikbare Premiereregelingen.

A. Interpretatie begrip 'pensioenvoorziening'

Het begrip pensioen is in de loop van de tijd uitgekristalliseerd. Het is de vaste oordelenlijn dat VUT en FPU-regelingen onder het begrip pensioen vallen. De vraag is of ook speciale FPU-arrangementen (FPU+ arrangementen) dienen te worden aangemerkt als een pensioenvoorziening in de zin van art. 8 WGBL. In eerste instantie (oordeel 2005-178) beoordeelde de CGB een FPU+ arrangement als pensioenvoorziening in de zin van art. 8 WGBL. Daarmee viel het onderscheid bij de toetredingsleeftijden onder de uitzondering van het tweede lid van dit artikel en was dus geen strijd met de wet. Ook diverse rechtbanken oordeelden op deze wijze.¹¹¹ Op deze lijn kwam kritiek van onder meer van prof. Lutjens.¹¹² Het begrip pensioenvoorziening in de WGBL moet volgens hen - anders dan het pensioenbegrip in de voormalige Pensioen- en Spaarfondsenwet - restrictief worden uitgelegd. Het is vaste jurisprudentie van het HvJ EG om een uitzondering van een beschermende regeling - in casu het verbod van leeftijds onderscheid - beperkt uit te leggen.¹¹³ Vertrekregelingen, en dus ook de tijdelijke FPU-arrangementen die het karakter hebben van een vertrekregeling, kunnen derhalve niet als pensioenvoorziening worden aangemerkt. Daarom is ook de uitzondering voor de toetredingsleeftijd bij pensioenen (art. 8, lid 2 WGBL) niet van toepassing. Deze lijn heeft de CGB in latere oordelen gevolgd (oordeel 2006-62, oordeel 2007-64, deel 2007-164) en kan als vaste oordelenlijn van de CGB worden beschouwd. Deze oordelenlijn geldt eveneens voor de levensloopregeling, die derhalve ook niet onder het begrip pensioenvoorziening valt.

De vraag blijft of deze vertrekregelingen objectief gerechtvaardigd zijn. De Centrale Raad van Beroep¹¹⁴ heeft, evenals de CGB (oordeel 2007-164 en -165), geoordeeld dat aanbieden van FPU+ arrangementen aan ambtenaren geboren voor 1 januari 1948 en niet aan jongeren, objectief gerechtvaardigd is. Om de doelstelling van personeelsreductie te halen is een ruimere aanbieding, waarmee meer ambtenaren in aanmerking zouden komen voor de regeling, niet nodig. Wel is het hanteren van duidelijke criteria een voorwaarde, zoals blijkt uit hiervoor genoemde uitspraken. De Rechtbank Maastricht, sector kanton, locatie Heerlen heeft deze lijn nog eens bevestigd.¹¹⁵

B. Spanningsveld tussen de fiscale wetgeving en de WGBL

¹⁰⁹ *Kamerstukken I* 2003/04, 28.170 C, p.5.

¹¹⁰ Besluit van 23 oktober 2007/ nr. CPP2007/522M van de Directeur-generaal Belastingdienst, namens de Staatssecretaris van Financiën.

¹¹¹ Rb Leeuwarden 25 januari 2005, nr. 04/650), Rb Breda, 24 augustus 2005, PJ 2005/119 en Rb Assen, 21 november 2005, PJ maart 2006/40).

¹¹² E. Lutjens, *PJ 2005/122* en M. Heemskerk en M. Dankbaar, *Leeftijd*, in: S. Burri (red), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar*, 2006, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 153.

¹¹³ Vgl. HvJ EG 4 juni 2002, PJ 2002, 94 (Beckman) en HvJ EG 6 november 2003, PJ 2004, 71 (Marting)

¹¹⁴ CRvB, 11 januari 2008 LJN: BC1744 (06/3892 AW + 06/6132 AW en CRvB, 12 juli 2007 LJN: BB0073 (05/1053 AW, 05/5923 AW en 06/274 AW).

¹¹⁵ Rb Maastricht, kanton Heerlen, 23 januari 2008, LJN BC2560.

Fiscale wet- en regelgeving en maatregelen vallen niet onder de werking van de WGBL.¹¹⁶ Aangezien de doelen van de WGBL en de fiscale regelgeving niet met elkaar sporen is het ontstaan van een spanningsveld tussen beide onvermijdelijk. Spanning tussen de fiscale wetgeving en de WGBL doet zich het sterkst voelen bij beschikbare premiereregelingen in het algemeen en op twee aspecten in het bijzonder: bij de verlaging van de toetredingsleeftijd in de nieuwe Pensioenwet¹¹⁷ en bij de invoering van de Wet VPL¹¹⁸, waarbij de fiscale faciliteiten voor vut en prepensioen zijn afgeschaft en de levensloopregeling is geïntroduceerd.

De beoordeling van leeftijdsonderscheid bij beschikbare pensioenregelingen ligt in lijn met hetgeen tijdens de parlementaire behandeling is uitgesproken.¹¹⁹ Dit houdt in dat het hanteren van een voor iedereen gelijke premie (percentage van de pensioengrondslag) of van een actuariële gelijke premie waardoor het pensioenresultaat voor iedereen gelijk is, niet in strijd is met de wet. Afgezien van enige afwijkingsmogelijkheden ten aanzien van de rekenrente, is dit een vrij strikte lijn van de CGB.

Verder leidt het spanningsveld tussen fiscale regelingen en de WGBL tot problemen over de vraag of het doortrekken van de leeftijdsonafhankelijke premie voor de groep 21-25 jaar tot gevolg heeft dat deze categorie fiscaal bovenmatige pensioen opbouwt. Het voor deze groep aanhouden van de maximaal fiscaal toelaatbare premie zou een verlaging van de premie ten opzichte van de overige leeftijden betekenen. In beginsel acht de CGB dit onderscheid niet gerechtvaardigd omdat het verwachte pensioenresultaat voor deze groep afwijkt van de andere leeftijdsgroepen (oordelen 2007-146 en 2008-70). Ook al sluit de CGB niet uit dat er bijzondere omstandigheden kunnen zijn waarbij dit wel gerechtvaardigd is, toch zou in het algemeen deze oordelenlijn een generieke verlaging van de leeftijdsonafhankelijke premie kunnen betekenen.

Ook de invoering van de fiscale Wet VPL¹²⁰ was aanleiding om aan de CGB diverse malen de vraag voor te leggen of er sprake was van strijd met de WGBL. De CGB oordeelde (oordeel 2005-219) dat de leeftijdsgrenzen in de, naar aanleiding van de Wet VPL voor de overheidssector gewijzigde pensioenvoorziening (het zogenoemde Hoofdlijnenakkoord) objectief gerechtvaardigd zijn. Van een objectieve rechtvaardiging was sprake omdat de regeling voor verschillende leeftijdsgroepen een gelijkwaardig pensioenresultaat opleverde. Na deze algemene beoordeling van het Hoofdlijnenakkoord achtte de CGB de regeling in individuele gevallen ook objectief gerechtvaardigd (oordelen 2006-62, -187 en -196, 2007-150 en -163 en -165). De Rechtbank Maastricht, sector kanton, locatie Heerlen volgde deze lijn in zijn uitspraak op 23 januari 2008, welke uitspraak later bevestigd door het Gerechtshof¹²¹. Het commentaar dat verschillende regelingen in de afweging als pakket zijn beoordeeld¹²² acht de CGB op zich een juiste constatering, zij het dat de afwijzing hiervan, gerelateerd aan Europese jurisprudentie¹²³ niet wordt gedeeld. Op direct met elkaar samenhangende maatregelen op hetzelfde terrein, kan deze eis niet worden gesteld. Hierop is uitvoerig ingegaan in par. 4.3.3.

C. De hoogte van de werkgeversbijdragen bij Beschikbare Premiereregelingen

In art. 8, lid 3 WGBL is bepaald dat het verbod van leeftijd niet van toepassing is op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden. Indien de premie, die beschikbaar wordt gesteld, leeftijdsafhankelijk is en is

¹¹⁶ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 700 nr. 10, p. 6.

¹¹⁷ Pensioenwet, wet van 7 december 2006, *Stb.* 2006/705.

¹¹⁸ Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling (Wet VPL).

¹¹⁹ *Kamerstukken I* 2003/04, 28170, C, p. 2-3.

¹²⁰ Zie noot 116.

¹²¹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 maart 2009, HD 103.005.626, LJN: BH4945

¹²² M. Heemskerk en M. Dankbaar, *Leeftijd*, in: S. Burri (red), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar*, 2006, Nijmegen:

Wolf Legal Publishers 2007, p. 153.

M. Heemskerk, *Leeftijdsonderscheid bij pensioenen*, Amsterdam: VU Expertisecentrum. Pensioenrecht 2005

¹²³ HvJ EG 17 mei 1990, nr. C-262/88, *Jur.* 1990, p.1-1889 (*Barber*) en HvJ EG 27 mei 2004, C-285/02, *Jur.* 2004, p. 1-05861 (*Elsner-Lakeberg*).

terug te voeren op actuariële berekeningen - volgens de oordelen als de fiscaal maximaal toegestane staffel¹²⁴ wordt gevolgd of parallel daaraan loopt - dan is de uitzondering in art. 8, lid 3 WGBL van toepassing. De vraag is vervolgens of bij een leeftijdsafhankelijke *verplichte werknemersbijdrage*, op basis van een verdeling tussen het werkgevers- en werknemersdeel, ook op deze uitzondering kan worden teruggevallen.

De CGB is van oordeel dat de premielasten in zijn geheel wel onder de uitzondering vallen, maar dat daarmee de werknemersbijdrage die daaraan parallel loopt, niet automatisch ook onder deze uitzondering valt. Hiervoor zal steeds een objectieve rechtvaardiging moeten worden gegeven.¹²⁵ De CGB acht het automatisme niet gerechtvaardigd nu noch in de WGBL, noch in de wetgeschiedenis aanknopingspunten te vinden zijn waaruit kan worden opgemaakt dat de wetgever de naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage heeft willen onderbrengen onder de uitzondering van art. 8, lid 3 WGBL. Dit klemt te meer omdat een dergelijke (verplichte) werknemersbijdrage voor ouderen kan leiden tot een zware aanslag op hun inkomen en derhalve tot ongelijke beloning ten opzichte van jongeren die gelijkwaardige arbeid verrichten.¹²⁶ Zij sluit hierbij aan bij de oordelenlijn die wordt gevolgd bij de grond geslacht. Daar geldt dat een verschillende werknemersbijdrage voor mannen en vrouwen verboden is. Als het gaat om een *vrijwillige* werknemersbijdrage dan acht de CGB een dergelijke regeling wel objectief gerechtvaardigd vanwege de keuzemogelijkheid die de werknemer zelf heeft. Uit antwoord van de minister van SZW op Kamervragen hierover blijkt een andere interpretatie van art. 8, lid 3 WGBL.¹²⁷ Volgens de minister is het de bedoeling geweest om de totale actuariële berekening uit te zonderen.¹²⁸ Dat een geslachtsafhankelijke werknemersbijdrage niet is toegestaan, brengt volgens de minister niet mee dat een leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage ook verboden is. Het verbod van geslachtsafhankelijke werknemersbijdrage bij beschikbare premiereregelingen is specifiek neergelegd in Richtlijn 86/378, terwijl Richtlijn 2000/78 in algemene zin regelt dat gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen in het kader van aanvullende pensioenregelingen geen leeftijdsdiscriminatie vormt.

Een ander argument van de minister is dat actuariële berekeningen automatisch leiden tot een verschil in premie. Daarom is het niet logisch dat een (actuariële) berekening wel is toegestaan, maar het gevolg daarvan (verschillende werknemersbijdragen) niet. De minister stelt voorts¹²⁹ dat de toelaatbaarheid van de leeftijdsgedifferentieerde werknemerspremies mede is ingegeven door de wens om de arbeidsparticipatie van oudere werknemers te bevorderen. Een verbod op de leeftijdsafhankelijke verplichte werknemerspremie zou immers tot gevolg kunnen hebben dat de werkgeversbijdrage hoger wordt en dat oudere werknemers voor een werkgever dus duurder worden. De minister heeft aangekondigd in de komende Integratiewet Gelijke Behandeling de uitzondering voor actuariële berekeningen bij pensioenen te verduidelijken.¹³⁰

Conclusies

- Verhoudingsgewijs worden veel verzoeken ingediend om een oordeel over eigen handelen en over beschikbare premiereregelingen. Op grond hiervan lijkt het dat de wet genoegzaam bekend is en de normadressaten de wet in acht willen nemen (preventieve werking van de wet).
- Het begrip pensioenvoorziening wordt strikt gehanteerd overeenkomstig de jurisprudentie van het HvJ EG, zodat regelingen die een ander doel beogen dan een voorziening op de pensioengerechtigde leeftijd (zoals FPU+ arrangementen en levensloopregelingen) niet onder dit begrip vallen.

¹²⁴ Staffellbesluit 31 oktober 2007.

¹²⁵ Oordeel 2004-52.

¹²⁶ Ingevolge artikel 3, onderdeel e, WGBL moet hiervoor een objectieve rechtvaardiging gelden.

¹²⁷ Aanhangsel Handelingen II 2003/04, nr. 1789.

¹²⁸ Kamerstukken II 2004/05, 29 800 XV en 28 170, nrs. 71 en 82.

¹²⁹ Zie verslag van bijeenkomst bij CGB, www.cgb.nl/asp/nieuws.asp.

¹³⁰ Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 17, p. 92.

- Pensioenregelingen - voornamelijk Beschikbare Premiereregelingen - zijn ingewikkeld en leveren een spanningsveld op met de fiscale wetgeving (Wlb) en het toegestane actuariael verloop van de verplichte werknemersbijdrage, dat de CGB niet kan oplossen.

Aanbevelingen

- De CGB beveelt de minister van SZW aan, gelet op het gesignaleerde spanningsveld tussen fiscale regelingen (Wlb en Staffebesluit), het verbod van leeftijdsonderscheid op grond van de WGBL, inclusief het al dan niet toestaan van actuariael verloop van de verplichte werknemersbijdrage op grond van art. 8, lid 3 WGBL, en de (nieuwe) Pensioenwet, in overleg met de minister van Financiën, bij experts advies in te winnen over de gesignaleerde problemen. Dit zal zo spoedig mogelijk dienen te gebeuren, in ieder geval voordat het wetsvoorstel voor de zogenoemde Integratiewet gelijke behandeling aan de Tweede Kamer wordt aangeboden.

5.1.4 Het beëindigen van de arbeidsverhouding

Inleiding

De WGBL verbiedt beëindiging van een arbeidsverhouding of van een ambtelijke aanstelling op grond van leeftijd, tenzij hiervoor een objectieve rechtvaardiging is (art. 3, sub b, en art. 7 WGBL). Dit verbod richt zich met name op beëindiging van een arbeidsverhouding vóór de AOW-gerechtigde leeftijd (65 jaar), aangezien dit verbod niet geldt voor beëindiging op de AOW-gerechtigde leeftijd of een hogere leeftijd die bij of krachtens wet is vastgesteld of tussen partijen overeengekomen (art. 7, lid 1, sub b WGBL). Tot 2 december 2006 had het verbod tot vervroegde beëindiging van arbeidsverhoudingen in relatie met vervroegde pensionering (leeftijdsontslag) geen rechtskracht. Veel cao's en rechtspositieregelingen kenden immers een leeftijdsontslagbepaling vóór 65 jaar, die vanwege de WGBL door sociale partners dus heroverwogen moest worden. Om hiervoor ruimte te bieden is in de WGBL een overgangsregeling opgenomen (art. 16). Sinds 2 december 2006 dienen alle rechtspositieregelingen en cao's geheel te voldoen aan de WGBL.

Bevindingen CGB

Mede vanwege de overgangsbepaling heeft de CGB nog relatief weinig klachten ontvangen over beëindiging van een arbeidsverhouding of beëindiging van een arbeidscontract voor bepaalde tijd vanwege leeftijd. De klachten die zijn ingediend betroffen beëindigingen na 65 jaar of - in een enkel geval - vóór 65 jaar, indien vervroegd leeftijdsontslag niet was meegenomen bij een recente cao herziening. Vooral het laatste jaar is een stijging waar te nemen.

Aangezien de normstelling enigszins verschilt, afhankelijk van het moment van beëindiging van de arbeidsverhouding, worden hierna de bevindingen in drie situaties beschreven: vóór, op en ná de AOW-gerechtigde leeftijd.

Ontslag vóór 65 jaar

De meeste verzoeken om een oordeel in de categorie van vóór 65 jaar die aan de CGB zijn voorgelegd, betreffen twee soorten:

1. functioneel leeftijdsontslag van oudere werknemers;
2. het niet verlengen van een tijdelijk arbeidscontract van jonge hulpkrachten bij supermarkten.

1. Functioneel ontslag

Functioneel ontslag beneden 65 jaar deed zich veelal voor bij de - als zware beroepen gekenmerkte - functies waarvoor vroege pensionering in veel cao's e.d. gebruikelijk is (functioneel leeftijdsontslag). Ook indien medewerkers juridisch de mogelijkheid hebben om door te werken en/of er fysiek geen reden is te stoppen met werken, dan blijken werkgevers niet snel te willen instemmen met doorwerken. De belangrijkste motieven daarvoor zijn: financiële overwegingen, doorstroming van personeel, veiligheid en draagvlak. Zowel financiële argumenten als het argument van doorstroming kunnen alleen in uitzonderlijke situaties een objectieve rechtvaardiging zijn voor leeftijdsonderscheid, zoals hiervoor is beschreven (zie par. 4.3.3). Zo achtte de CGB als uitzondering verplicht ontslag van vliegers op 55 jarige leeftijd mede op grond van doorstroming in relatie tot een gesloten personeelssysteem en pensioenopbouw, gerechtvaardigd (oordeel 2007-13). Financiële argumenten zijn slechts een rechtvaardiging in geval van aantoonbare zeer slechte bedrijfseconomische omstandigheden, zoals (dreigend) faillissement en reorganisatie.

Voor het argument veiligheid en brede gedragenheid gelden de volgende overwegingen.

Veiligheid

Aan de CGB zijn twee zaken voorgelegd over uitstel van functioneel leeftijdsontslag met 60 jaar van een penitentiair inrichtingswerker uit overwegingen van veiligheid voor de persoon zelf en voor derden. De Commissie achtte het doel van reduceren van veiligheidsrisico's op zich legitiem, maar oordeelde in deze zaak het middel als niet noodzakelijk aangezien uit concrete omstandigheden beek dat de werknemer juist in relatief onveilige situaties extra werd ingezet (oordeel 2007-42). In andere situaties kan dit anders zijn. Zo achtte de CRvB en het Hof Den Bosch vervroegd leeftijdsontslag voor een brandweerman uit veiligheidsoverwegingen wel objectief gerechtvaardigd.¹³¹

Brede gedragenheid

In navolging van het Martinair-arrest¹³² van voor de inwerkingtreding van de wet, waarin de Hoge Raad leeftijdsontslag van vliegers met 56 jaar objectief gerechtvaardigd achtte, oordeelde de CGB dat een lagere pensioenleeftijd voor piloten niet in strijd is met de WGBL (oordeel 2007-13). Deze oordelenlijn is later gevolgd door de Rechtbank Amsterdam, sector Kanton, van 22 december 2008. In deze zaken heeft bij de beoordeling meegewogen dat het ging om collectieve, breed gedragen afspraken op grond van een zeer hoge organisatiegraad van piloten.

Het niet verlengen van een arbeidscontract voor bepaalde tijd speelde in een aantal zaken in de supermarktbranche. Bij het werven, selecteren en aannemen van hulpkrachten kon een geslaagd beroep worden gedaan op de wettelijke uitzondering van art. 7, eerste lid, sub a WGBL (zie par. 5.3.3). Daarbij was doorslaggevend dat de minimum hoogte van jeugdlonen voor jongeren van 15 tot 23 jaar per jaar *bij wet* is vastgelegd en dat het doel daarvan overeenkomt met de wettelijke uitzondering: het arbeidsmarktbeleid gericht op bepaalde leeftijdscategorieën. Deze argumenten gaan niet op bij het ontslag of het niet verlengen van het contract van deze groep op latere leeftijd, aangezien dit ontslagbeleid immers haaks staat op het doel om de arbeidsparticipatie te bevorderen (oordeel 2006-24 e.a. en advies 2006-02).

2. Ontslag op AOW-gerechtigde leeftijd

Sinds de invoering van de wet heeft de Commissie geen oordelen uitgebracht waarin ontslag op AOW-gerechtigde leeftijd aan de orde was. De wettelijke uitzondering is

¹³¹ CRvB 17 februari 2005, LJN AS8564, Hof 's Hertogenbosch 10 mei 2005, *JAR* 2005/149.

¹³² HR 8 oktober 2004, *NJ* 2005, 117.

kennelijk zo duidelijk is dat deze geen vragen oproept en bovendien de onderbouwing voor deze uitzondering gedragen wordt.¹³³

De meest recente leeftijdsuitspraak van het HvJEG betreft ook deze materie. Het Hof heeft - kort gezegd - geoordeeld dat het verbod van leeftijdsonderscheid zich niet verzet tegen een Spaanse wet die mogelijkheid biedt voor gedwongen ontslag op 65-jarige leeftijd.¹³⁴ Begin 2009 is bovendien een uitspraak van het HvJ EG te verwachten in de Engelse Heyday-zaak waar eveneens een wettelijke regeling wordt beoordeeld die pensioenontslag in het algemeen mogelijk maakt. In deze zaak wordt een prejudiciële vraag gesteld over de toelaatbaarheid van nationale bepalingen van lidstaten zoals de Nederlandse wettelijke uitzondering voor AOW-ontslag.¹³⁵

3. Ontslag na AOW-gerechtigde leeftijd

De CGB heeft in een aantal zaken leeftijdsontslag van werknemers boven de 65 jaar niet toelaatbaar geacht. Zo oordeelde de Commissie het in strijd met de wet dat het contract van een vrijwilliger die managementadvies verleende op zijn 74-ste werd beëindigd (oordeel 2007-52).

Met enige regelmaat zijn zaken over ontslag boven de 65 jaar ingediend bij de CGB. In al deze situaties ging het om vrijwilligerscontracten die zondermeer werden beëindigd, of nadat de verlengingsdatum van het contract was verlopen of wanneer in het geheel geen sprake was van een einddatum. Beroep op de wettelijke uitzondering in art. 7, lid 1, sub b kon derhalve niet opgaan. Ook kon de onderbouwing van deze ontslagen de algemene objectieve rechtvaardigingstoets niet doorstaan (oordelen 2006-246, 2007-52 en -62). Het ontslag van een (vrijwillige) tachtigjarige zweefvlieg instructeur beoordeelde de CGB echter wel als objectief gerechtvaardigd (oordeel 2007-189). Het ontslag van een tachtigjarige zweefvlieg instructeur beoordeelde de Commissie echter wel als objectief gerechtvaardigd (oordeel 2007-189). De Commissie achtte het belang van veiligheid van leerlingzweefvliegers groter dan het belang van de instructeur om zijn baan te behouden.

Aandachtspunten en knelpunten

Ten aanzien van het beëindigen van een arbeidsverhouding Zijn er nog twee onderwerpen die aanacht vragen:

- A. langer doorwerken na 65 jarige leeftijd in relatie tot de wettelijke uitzondering
- B. de zogenoemde kantonrechttersformule >

A. Beleid langer doorwerken en wettelijke uitzondering

De vraag kan worden opgeworpen of, gelet op de vergrijzing en de daarmee samenhangende discussie over langer doorwerken, nog steeds gesproken kan worden van een groot maatschappelijke draagvlak voor ontslag op AOW-gerechtigde leeftijd zoals in de MvT wordt gesteld.¹³⁶ In de kabinetsnotitie *Men is zo oud als men zich voelt* van 28 mei 2008, signaleert het kabinet de toegenomen maatschappelijke behoefte aan doorwerken na het 65-ste levensjaar en ziet de uitzondering voor pensioenontslag in de WGBL als een van de belemmeringen hierbij. Vooral nog kiest het kabinet er niet voor om een recht op doorwerken na de pensioengerechtigde leeftijd door te voeren en stelt voor de wettelijke

¹³³ Onderbouwing betreft: het grote maatschappelijke draagvlak dat er zou zijn voor ontslag op 65 jarige leeftijd, de vlotte doorstroming en de aansluiting bij het sociaal zekerheidsstelsel waardoor werknemers vanaf dat moment aanspraak op inkomen waarvoor geen arbeidsprestatie hoeft te worden verricht (*Kamerstukken II* 2001/2002, 28 170, nr. 3, p. 30-31). Deze onderbouwing is in lijn met eerdere uitspraken van de Hoge Raad (HR 13 januari 1995 (Codfried) *NJ* 1995, 430 en HR 1 november 2002 (Op 't Land/ESS), *NJ* 2002, 622).

¹³⁴ HvJEG 16 oktober 2007, nr. C-411/05 (*Palacios*).

¹³⁵ Staat art. 6, lid1, van de richtlijn de lidstaten toe wettelijke bepalingen in te voeren volgens welke een verschil in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie is , indien zij evenredig zijn aan een legitiem doel, of vereist artikel 6 lid 1 van de lidstaten dat zij op basis van een lijst of een nader formeel en materieel op artikel 6, lid 1 gelijkende maatregel de verschillen in behandeling definiëren die gerechtvaardigd kunnen zijn.

¹³⁶ Zie nt. 100. Niet alleen het ontslag, maar ook de leeftijdsgrens van 65 jaar zelf staat ter discussie. Zo wordt in het rapport van de commissie Bakker voorgesteld om de AOW-gerechtigde leeftijd per 1 januari een maand per jaar uit te stellen tot in 2040 een AOW-gerechtigde leeftijd van 67 is bereikt.

uitzondering voor pensioenontslag in stand te houden. Wel breekt ze een lans voor het kritisch bezien van pensioenontslagbepalingen in cao's door sociale partners. Of te zijner tijd van een wetwijziging op dit punt sprake zal (moeten) zijn is niet aan de CGB en wordt afgewacht. Vanwege de (mogelijke) discrepantie tussen de maatschappelijke werkelijkheid en de WGBL is van belang dat hierover zo snel mogelijk duidelijkheid komt.

B. Kantonrechtersformule

Bij de rechterlijke beoordeling van ontbinding van een arbeidsovereenkomst wordt bij de bepaling van de hoogte van de ontslagvergoeding, vanwege de rechtseenheid, de kantonrechterformule (van 1996) gehanteerd. Sinds enige jaren is in de literatuur en de media veel aandacht voor de vraag of met deze formule verboden leeftijdsonderscheid wordt gemaakt.¹³⁷ Tevens werd de vraag actueel of de huidige kantonrechtersformule nog wel aansluit bij de huidige arbeidsmarkt. De CGB heeft in haar advies over sociale plannen te kennen gegeven deze formule waarmee rechtszekerheid wordt geboden in beginsel niet in strijd te achten (oordeel 2007-102 en advies 2007-05). Hoewel het niet de bevoegdheid is van de CGB, maar van de rechter om zich hierover uit te spreken, is het in dit kader toch van belang om aan de ontwikkelingen hiervan aandacht te besteden.

Objectief gerechtvaardigd?

In de kantonrechtersformule worden de gewogen dienstjaren (A) vermenigvuldigd met de beloning (B) en naar billijkheid gecorrigeerd met een correctiefactor (C). In de gewogen dienstjaren (factor A) wordt zowel indirect als direct onderscheid naar leeftijd gemaakt. Direct omdat de dienstjaren boven de 40 worden vermenigvuldigd met 1,5 en de dienstjaren boven de 50 met 2 en indirect onderscheid omdat rekening wordt gehouden met het aantal dienstjaren. Doordat de dienstjaren boven de 40 jaar worden vermenigvuldigd met 1,5 en de dienstjaren boven de 50 met 2. Diverse kantonrechters hebben inmiddels uitspraken ter zake gedaan. De Kantonrechter Heerlen¹³⁸ kwam tot de conclusie dat het gebruik van het leeftijdsonderscheid in de kantonrechtersformule objectief gerechtvaardigd is. Hij achtte het belonen van trouwe dienst zonder meer een legitiem doel, evenals de aan het leeftijdsonderscheid verbonden postcontractuele zorgplicht jegens de ontslagen werknemer. Op dit punt sloot de kantonrechter aan bij jurisprudentie van het HvJ EG¹³⁹ dat er een verband is tussen leeftijd en de kansen op de arbeidsmarkt. Daarbij overwoog hij dat een meer individuele arbeidsmarktpositiebeoordeling de rechtszekerheid zou aantasten. Bovendien kunnen evident onredelijke resultaten worden voorkomen via de correctiefactor C. De Kantonrechters Zaanstad en Almelo telden echter bij de berekening van de vergoeding de jaren boven 50 jaar niet dubbel voor werknemers die boven hun 50e in dienst waren getreden.¹⁴⁰ De reden voor beiden was dat deze vergoeding werkgevers zou demotiveren om ouderen in dienst te nemen. Deze lijn volgde de Kantonrechter Alphen aan de Rijn¹⁴¹ weer niet.

Voorts heeft Kantonrechter Arnhem geoordeeld in de lijn van de kantonrechter te Heerlen.¹⁴²

Actualisering kantonrechtersformule

Een ding was op basis van het voorgaande wel duidelijk: een herbezinning van de kring van kantonrechters op de kantonrechtersformule in relatie tot leeftijdsonderscheid kon niet uitblijven. Inmiddels heeft de Kring van Kantonrechters op 30 oktober 2008 besloten om het rekenmodel aan te passen vanwege de verbeterde arbeidsomstandigheden voor

¹³⁷ Bijv. M. Heemskerk, 'Discrimineert de kantonrechter naar leeftijd?' *Arbeidsrecht* 2006, 23.

¹³⁸ RB Maastricht, ktr. Heerlen 23 augustus 2006 *JAR* 2006/230. *RAR* 2006/153.

¹³⁹ HvJ EG, 9 december 2004, C-19/02 (Hlozek).

¹⁴⁰ Ktr. Zaanstad 22 juli 2002, *JAR* 2002/236) en Ktr. Almelo 28 februari 2003, *JAR* 2003/110.

¹⁴¹ Kantonrechter Alphen aan de Rijn 1 juli 2003, *JAR* 2003/183.

¹⁴² Kantonrechter Arnhem 15 januari 2007, *JAR* 2007/57.

jongeren met behoud van bescherming van ouderen. Het is de bedoeling dat kantonrechters de aangepaste formule¹⁴³ vanaf 1 januari 2009 toepassen.

Conclusies

- Beëindiging van een arbeidsverhouding voor de AOW-gerechtigde leeftijd wordt uitsluitend met een zeer gedegen onderbouwing objectief gerechtvaardigd bevonden, bijvoorbeeld als de veiligheid van de persoon zelf en van derden in het geding is of wanneer sprake is van een zeer uitzonderlijk personeelsbeleidsysteem.
- Ontslag op 65 jarige leeftijd valt onder de wettelijke uitzondering. De maatschappelijke ontwikkelingen en de politieke discussie over langer doorwerken zouden reden kunnen zijn voor aanpassing van deze uitzonderingsregeling. De CGB houdt haar vaste oordelen lijn aan zolang de wet niet is aangepast.
- Ook ontslag op een hogere leeftijd is toegestaan mits de werkgever zich houdt aan de overeengekomen datum. Laat men deze datum verlopen dan is een gedegen onderbouwing noodzakelijk voor een objectieve rechtvaardiging. Veiligheid van derden is ook hierbij een belangrijke factor.
- Veiligheid en een uitzonderlijk personeelsbeleidsysteem kunnen een goede objectieve rechtvaardiging vormen voor functioneel leeftijdsontslag. Dit geldt voor zowel de leeftijdscategorie onder als boven de 65 jaar.
- In lijn met uitspraken van de HR acht de Commissie leeftijdsontslag van vliegers onder 65 jaar toelaatbaar. Zolang de (politieke) discussie over doorwerken en wijziging van de AOW-gerechtigde leeftijd nog niet is uitgekristalliseerd, past de CGB de uitzondering van art. 7, lid 1, sub b WGBL toe overeenkomstig de oordelenlijn van de afgelopen jaren. Deze uitzondering is op dit moment voldoende duidelijk en hanteerbaar.

Aanbevelingen

- De CGB beveelt de regering aan om zo spoedig mogelijk nadat de politieke discussie is uitgekristalliseerd, zo nodig met een wetsvoorstel tot wijziging van art. 7, lid 1, sub b WGBL te komen, teneinde onduidelijkheid te voorkomen.

5.1.5 Defensie

Inleiding

De WGBL heeft tijdelijk een uitzondering gemaakt op het verbod van leeftijdsonderscheid voor militaire ambtenaren als bedoeld in art. 1 van de Militaire Ambtenarenwet van 1931 (art. 17). Tot uiterlijk 1 januari 2008 was het verbod niet van toepassing op leeftijdsgrenzen betreffende aanstelling, aanwijzing voor een opleiding en ontslag van militair personeel.

De Wet invoering van flexibel personeelssysteem voor de krijgsmacht is in juli 2006 door het parlement aangenomen en heeft inmiddels rechtskracht.¹⁴⁴ Het flexibel personeelssysteem (FPS) is geregeld in sub d, art. 12 quinquies dat bepaalt dat ten behoeve van de instroom, doorstroom of uitstroom van militair personeel, bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld met betrekking tot, onder meer, maximum leeftijden voor aanstelling of functietoewijzing en het maximale aantal jaren dat een militair in een bepaalde rang mag dienen. Dit betekent dat het FPS pas geëffectueerd wordt nadat de genoemde AMvB - een wijziging van het algemeen militair ambtenarenreglement - tot stand is gekomen.

Bevindingen CGB

¹⁴³ De nieuwe formule behelst een wijziging van de gewogen dienstjaren (wegingsfactor A): tot 35 jaar: 0,5%, van 35-45 jaar 1%, van 45-55 jaar: 1,5 en van 55-65 jaar: 2%.

¹⁴⁴ Stbl. Nr. 2007, 480.

Aangezien de CGB niet is gevraagd te adviseren over genoemde wetswijziging en AMvB en er nog geen verzoeken om een oordeel door militaire ambtenaren zijn ingediend, heeft zij niet beoordeeld en ook niet kunnen beoordelen of sprake is van strijdigheid met de WGBL. De regering heeft geconcludeerd dat de nieuwe regeling in de wet objectief gerechtvaardigd is.¹⁴⁵ Uitgangspunt van de regering is dat het FPS vooral is gericht op het bewerkstelligen en handhaven van een evenwichtige opbouw van het personeelsbestand, dat noodzakelijk is voor een goede uitvoering van operationele taken van de krijgsmacht. Ook in een recente uitspraak heeft de CRvB - overigens op het moment dat de overgangsregeling in de WGBL nog van kracht was - geoordeeld dat het belang van een evenwichtige - piramidale - opbouw van het personeelsbestand naar rang en leeftijd een redelijke en objectieve rechtvaardigingsgrond is. De regering streeft er in het FPS naar om door toepassing van sturingsinstrumenten van loopbaanbeleid als maximum looptijden in rang en een maximum aantal militairen in een bepaalde rang, te vermijden dat het gebruik maken van leeftijdsgrenzen bij een functietoewijzing en aanwijzing voor een opleiding nodig is. Wel zal volgens de regering als resultante van het personeelssysteem omstreeks het 35^e levensjaar door de organisatie als de militair de keuze worden gemaakt of een verdere loopbaan tot de mogelijkheden behoort. Het vastgelegd selectiekeuzemoment op 35 jaar vervalt hiermee.

Voorts is voor het minimum aanstellingsmoment de grens in het facultatief protocol bij het Verdrag inzake de rechten van het kind inzake de betrokkenheid van kinderen bij gewapende conflicten aangehouden.¹⁴⁶ Om operationele redenen zal volgens de regering het mogelijk zijn dat voor sommige functiegroepen eventueel een bovengrens wordt gesteld aan de leeftijd voor instroom aan de voet van de organisatie. Het generieke ontslagmoment wil de regering vervangen door een per individuele militair voor de organisatie te bepalen ontslagmoment. Hiervoor vormt de leeftijd van 65 jaar het uitgangspunt. Op basis van individuele omstandigheden van de militair - onder meer rang en functie - wordt bezien of er aanleiding is voor een eerder ontslag, waarbij rekening wordt gehouden met de perioden dat de militair heeft deelgenomen aan een uitzending. Voor het zittend personeel is een overgangsregeling van kracht. Aangezien, zoals hiervoor vermeld, de CGB niet is gevraagd te adviseren en zij nog geen oordelenlijst ter zake heeft uitgezet, verdient het aanbeveling de CGB alsnog advies te vragen.

Conclusie

- De overgangsregeling voor militaire ambtenaren is per 1 januari 2008 vervallen. Op dat moment is voor militairen een nieuwe regeling van kracht, het flexibel personeelssysteem (FPS), die in principe geen leeftijdsgrenzen bevat, tenzij deze verplicht of noodzakelijk zijn. De regering is van oordeel dat het FPS voldoet aan de eisen van de WGBL.

Aanbeveling

- De CGB verzoekt de minister van SZW om bij de minister van Defensie er op aan te dringen de in voorbereiding zijnde AMvB ter uitwerking van de Wet invoering flexibel personeelssysteem voor de krijgsmacht (sub D, 12 quinquies) ter beoordeling aan de CGB voor te leggen, alvorens de betreffende personeelsvertegenwoordiging en/of betrokken vakbonden hierover te raadplegen.

5.2 Vrije beroep

Inleiding

¹⁴⁵ Kamerstukken II 2006/07, 30 674, nr. 3.

¹⁴⁶ Trb. 2001, 36 en 131.

In art. 4 WGBL is bepaald dat leeftijdsonderscheid is verboden bij de voorwaarden voor en de toegang tot het vrije beroep en tevens bij de mogelijkheid tot uitoefening en ontplooiing binnen het vrije beroep.

Bevindingen CGB

Slechts een gering aantal leeftijdsoordelen van de CGB betrof het vrije beroep, zo'n tiental. Bij het merendeel van deze zaken ging het om zorgverleners (huisartsen, psychologen, psychiaters) boven de 65 jaar met wie zorgverzekeraars weigerden een zorgovereenkomst te sluiten vanwege hun (hoge) leeftijd. Het ging in deze zaken om de vraag of deze weigering verboden leeftijdsonderscheid opleverde of dat dit onderscheid objectief gerechtvaardigd was. De Commissie oordeelde hier in verschillende situaties verschillend over. In situaties waarin de beroepsgroep een goed systeem hanteerde om de kwaliteit van de zorgverleners te toetsen, zoals dit bij huisartsen het geval is, achtte de Commissie de leeftijdsgrens niet noodzakelijk en dus in strijd met de wet (oordeel 2005-49). In situaties waarin een dergelijk systeem ontbrak (oordelen 2005-135 en -135) oordeelde de Commissie dat de leeftijdsgrens wel noodzakelijk was om de kwaliteit te garanderen in het belang van cliënten en dus niet in strijd met de wet.

Aandachtspunten en knelpunten

Een aandachtspunt betreft het uitsluiting van een vrije beroepsbeoefenaar (huisarts, specialist, advocaat en dergelijke) van het uitoefenen van zijn/haar beroep vanwege zijn leeftijd boven 65 jaar. Of een vrije beroepsbeoefenaar van 65 jaar en ouder terecht wordt uitgesloten van het uitoefenen van zijn/haar beroep, is niet eenvoudig te bepalen omdat de kwaliteit van de diensten en de veiligheid van patiënten/cliënten in geding zijn. De afweging tussen het belang van doorwerken enerzijds en het veiligheidsrisico voor derden anderzijds, valt negatief uit ten aanzien van het doorwerken. Is binnen een beroepsgroep sprake van een bepaald kwaliteitssysteem, dan wordt ervan uitgegaan dat hiermee de kwaliteit - en daarmee de veiligheid van de cliënt/patiënt - is gewaarborgd. Dit roept een spanningveld op, omdat het mogen doorwerken van oudere personen afhankelijk van het actief zijn van de beroepsgroep op het terrein van de kwaliteit. Toch valt hieraan niet te ontkomen als er tenminste geen andere - eventueel individuele - methode is om te beoordelen of een persoon zijn beroep nog op adequate wijze, zonder veiligheidsrisico's voor derden, kan uitoefenen. Overigens kan de beoordeling per beroepsgroep verschillen. Indien langer doorwerken na 65 jaar toeneemt zal deze problematiek meer en meer aan de orde zijn. Het verdient dan ook aanbeveling aan te dringen op het opstellen van een kwaliteitssysteem.

Dezelfde problematiek heeft zich voor gedaan bij oudere een amateurvliegers en bij een betaalde arbeidsverhouding waarbij de werknemer jonger is dan 65 jaar, zoals bij zware beroepen waar pensioenontslag beneden de 65 jaar veel voorkomt (oordelen 2007-42 en -189). Jurisprudentie van diverse rechtscolleges liggen ook in deze lijn.¹⁴⁷

Conclusie

- In de afgelopen jaren zijn slechts enkele zaken over het vrije beroep ter beoordeling aan de Commissie voorgelegd. De CGB heeft deze verzoeken waar mogelijk beoordeeld langs de lijnen die zijn uitgezet voor werkers in loondienst en deels specifiek voor vrije beroepsbeoefenaars. Dit laatste betreft de aanwezigheid van een kwaliteitssysteem op basis waarvan individueel kan worden vastgesteld of de vrije beroepsbeoefenaar voldoet aan de eisen en de veiligheid van derden daarmee is gegarandeerd.

Aanbeveling

¹⁴⁷ Hof Amsterdam 13 januari 2000, *JAR* 2000/42, *NJ* 2000, 466; Hof Amsterdam, 28 februari 2002, *NJ* 2002/320, *JAR* 2002/99; Rechtbank Utrecht 23 oktober 2001, *KG* 2001,282.

- De CGB beveelt de regering aan het opzetten van een leeftijdsonafhankelijk kwaliteitssysteem voor vrij beroepen verder te stimuleren met het oog op langer doorwerken dan 65 jaar; zo ook voor andersoortige organisaties waar amateurs werkzaam zijn en waar veiligheid in het geding is.

5.3 Beroepsonderwijs

Inleiding

In art. 5 WGBL is het verbod van leeftijdsonderscheid opgenomen bij het beroepsonderwijs en bij loopbaanoriëntatie en beroepskeuzevoorlichting.¹⁴⁸

Bevindingen CGB

Aan de Commissie zijn slechts acht zaken over leeftijdsonderscheid bij het beroepsonderwijs ter beoordeling voorgelegd. Het merendeel betrof het verschil in hoogte van het collegegeld voor studenten jonger en ouder dan 30 jaar.

Begrip beroepsonderwijs

De wet en de richtlijn geven geen definitie van het begrip beroepsonderwijs. Hoewel zich geen problemen hebben voorgedaan bij de beoordeling over wat onder beroepsonderwijs moet worden verstaan, houdt de CGB in de lijn van uitspraken van het HvJ EG de volgende definitie van beroepsonderwijs aan: "Iedere onderwijsvorm die opleidt tot een specifiek beroep, vak of betrekking uit te oefenen, ongeacht of in het studieprogramma een aantal algemene vakken is opgenomen." Concreet betekent dit dat middelbaar en hoger beroepsonderwijs en universitair onderwijs wel onder het begrip beroepsonderwijs vallen en het algemeen vormend onderwijs (primair en secundair onderwijs) en het voorbereidend middelbaar onderwijs (vmbo) niet. Ook opleidingen Nederlands als tweede taal vallen buiten de reikwijdte van de wet.

Aandachtspunten en knelpunten

Ten aanzien van twee aspecten doen zich problemen voor:

A. Spanningsveld onderwijswetgeving en WGBL

B. Reikwijdte WGBL met betrekking tot onderwijs

A. Spanningsveld onderwijswetgeving en WGBL

Aan de CGB zijn een aantal zaken voorgelegd over de vraag of het verschil in collegegeld tussen studenten onder en boven de 30 jaar al dan niet in strijd met de wet is (oordelen 2005-96, -235 en -236 en oordeel 2007-177). De Commissie oordeelde dat een hoger collegegeld voor studenten van dertig jaar en ouder verboden leeftijdsonderscheid oplevert. Het College van Beroep voor het hoger onderwijs te Den Haag achtte het verschil in collegegeld wel objectief gerechtvaardigd en dus niet in strijd met de WGBL.¹⁴⁹ Inmiddels heeft het kabinet het wetsvoorstel ter wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en hoger onderzoek aan de Tweede Kamer voorgelegd waarin de leeftijdsgrens van 30 jaar is vervallen.¹⁵⁰

B. Reikwijdte WGBL met betrekking tot onderwijs

¹⁴⁸ Voor het verbod op leeftijdsonderscheid dat geldt voor scholing en/of opleidingen in het kader van een arbeidsverhouding, wordt verwezen naar par. 6.1.2. Dergelijke scholing valt niet onder beroepsonderwijs maar onder het begrip arbeidsvoorwaarde. Afhankelijk van het soort geschil beoordeelt de CGB het leeftijdsonderscheid of aan de hand van artikel 5 of van artikel 3, onder e, van de WGBL (zie par. 6.2).

¹⁴⁹ 20 juli 2006, zaak nr. CBHO 2006/017 en 27 maart 2007 zaak nr. CBHO 2006/056.

¹⁵⁰ *Kamerstukken II 2008/-09*, 31 821, nr. 3. p. 12.

Alleen het beroepsonderwijs van de sector onderwijs valt onder de reikwijdte van de WGBL, het primair en voortgezet onderwijs en het voorbereidend middelbaar onderwijs (vmbo) dus niet. Ook opleidingen Nederlands als tweede taal vallen buiten de reikwijdte. Begin juli 2008 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn voor gelijke behandeling bij goederen en diensten uitgebracht, waaronder onderwijs. De CGB heeft op 22 mei 2008 het kabinet geadviseerd zich hiervoor in te zetten, zoals verwoord in par. 5.2.2 over de materiële werkingsfeer van de WGBL.

Geconcludeerd is dat uitbreiding van de materiële werkingsfeer met het terrein van goederen en diensten - zoals de Europese Commissie heeft voorgesteld - wenselijk wordt geacht vanwege de gebleken behoefte hieraan, de consistentie van de gelijke behandelingswetgeving en de duidelijkheid voor begunstigen/rechtzoekenden en normadressaten, zowel in Nederland, als in Europa.

De CGB dringt er bij de regering en het parlement dan ook op aan zich in Europees verband in te zetten voor de totstandkoming van de concept Europese richtlijn buiten de arbeid en vaststelling daarvan door de Raad van de Europese Unie. Mocht dit niet tot een positief resultaat leiden dat beveelt de CGB de wetgever aan uit eigen beweging hiertoe over te gaan, inclusief het algemeen vormend onderwijs.

Conclusie

- In de afgelopen jaren is slechts een gering aantal zaken bij de CGB voorgelegd over beroepsonderwijs. In het algemeen levert de toetsing aan de WGBL geen bijzondere problemen op, met uitzondering van het hogere collegegeld voor studenten van 30 jaar en ouder vergeleken met de 30-minners. Inmiddels heeft het kabinet deze leeftijdsgrens laten vervallen in het voorstel tot wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en hoger onderzoek dat in behandeling is bij de Tweede Kamer.

Aanbevelingen

- Zie de aanbeveling omtrent de uitbreiding van de Kaderrichtlijn met onder meer het algemeen vormend onderwijs bij par. 4.2.2.

Bijlage I

Tabel 1: Aantal vragen (telefonisch en per e-mail) 2004-2008 (absoluut en in percentages)

| Discriminatiegrond | Jaar | | | | | | |
|-----------------------------|-------|------|------|------|------|--------|-----|
| | 2004* | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | Totaal | % |
| Geslacht | 370 | 260 | 288 | 292 | 262 | 1104 | 14 |
| Ras | 101 | 162 | 190 | 210 | 164 | 727 | 9 |
| Nationaliteit | 32 | 46 | 66 | 80 | 88 | 280 | 4 |
| Godsdienst | 89 | 82 | 107 | 111 | 98 | 398 | 5 |
| Seksuele gerichtheid | 18 | 25 | 20 | 33 | 28 | 106 | 1 |
| Burgerlijke staat | 31 | 37 | 39 | 35 | 48 | 160 | 2 |
| Politieke overtuiging | 2 | 3 | 6 | 4 | 2 | 15 | 0 |
| Levensovertuiging | 5 | 6 | 3 | 7 | 2 | 18 | 0 |
| Arbeidsduur | 132 | 91 | 69 | 74 | 63 | 298 | 4 |
| Vaste/tijdelijke contracten | 75 | 35 | 32 | 37 | 22 | 127 | 2 |
| Handicap/cz | 191 | 139 | 186 | 235 | 210 | 771 | 10 |
| Leeftijd | 553 | 546 | 529 | 426 | 317 | 1819 | 23 |
| Geen CGB-grond | 463 | 259 | 333 | 335 | 296 | 1223 | 15 |
| Onbekend | 0 | 89 | 126 | 64 | 87 | 366 | 5 |
| Overig | 0 | 77 | 108 | 173 | 206 | 565 | 7 |
| | 2062 | 1857 | 2102 | 2116 | 1893 | 7977 | 100 |

Tabel 2: Aantal verzoeken over leeftijdsonderscheid 2004-2008 (absoluut en in percentages)

| Discriminatiegrond | Jaar | | | | | | |
|-----------------------------|---------------|------|------|------|------|-----------------|-----|
| | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | Totaal | % |
| Geslacht | 92 | 108 | 83 | 86 | 54 | 423 | 16 |
| Ras & nationaliteit | 58 | 98 | 125 | 113 | 98 | 492 | 18 |
| Godsdienst | 37 | 29 | 56 | 40 | 33 | 195 | 7 |
| Seksuele gerichtheid | 10 | 15 | 4 | 10 | 7 | 46 | 2 |
| Burgerlijke staat | 14 | 20 | 14 | 6 | 9 | 63 | 2 |
| Politieke overtuiging | 1 | 0 | 2 | 3 | 5 | 11 | 0 |
| Levensovertuiging | 2 | 1 | 3 | 0 | 0 | 6 | 0 |
| Arbeidsduur | 21 | 12 | 22 | 17 | 10 | 82 | 3 |
| Vaste/tijdelijke contracten | 10 | 14 | 16 | 6 | 8 | 54 | 2 |
| Handicap/chronische ziekte | 58 | 65 | 89 | 69 | 50 | 331 | 12 |
| Leeftijd | 102 | 208 | 219 | 134 | 106 | 769 | 29 |
| Overig/geen CGB-grond | 23 | 51 | 61 | 31 | 52 | 218 | 8 |
| Totaal | 428 (307)* | 621 | 694 | 515 | 432 | 2690 (2563)* | 100 |
| % Leeftijdsverzoeken | 25 (30)* | 33 | 32 | 26 | 25 | 29 (30)* | |

* Percentage is 30 als wordt uitgegaan van het aantal verzoeken vanaf 1 mei 2004, de datum van inwerkingtreding

Tabel 3: Leeftijdszaken afgehandelde verzoeken mei 2004-2008 (percentages) (N=2529)

| Jaar | % |
|------|----|
| 2004 | 18 |
| 2005 | 31 |
| 2006 | 32 |
| 2007 | 27 |
| 2008 | 25 |

*Bron WFPM

Tabel 4: Type afdoening van leeftijdverzoeken mei 2004-2008 (percentages) (N=752)

| Afdoening verzoeken | % |
|------------------------------|----|
| Oordeel | 43 |
| Oordeel eigen handelen | 5 |
| Kennelijk ongegrond | 15 |
| Geslaagde mediation | 1 |
| Ingetrokken/Sluiting dossier | 35 |

Tabel 5: Oordelen naar grond 2004-2008 (absoluut)

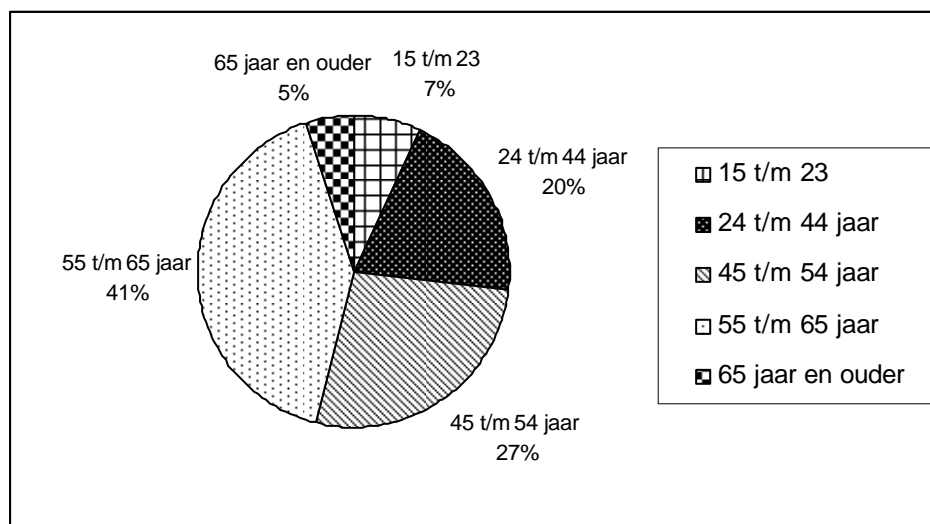
| Discriminatiegrond | Jaar | | | | |
|---------------------------------|------|------|------|------|------|
| | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 |
| Geslacht | 88 | 61 | 33 | 27 | 25 |
| Ras | 48 | 31 | 36 | 20 | 19 |
| Nationaliteit | 11 | 11 | 6 | 6 | 4 |
| Godsdienst | 26 | 18 | 21 | 19 | 15 |
| Seksuele gerichtheid | 4 | 4 | 3 | 3 | 3 |
| Burgerlijke staat | 10 | 12 | 2 | 1 | 0 |
| Politieke overtuiging | - | 1 | 0 | 0 | 0 |
| Levensovertuiging | - | 5 | 0 | 0 | 0 |
| Arbeidsduur | 23 | 16 | 6 | 7 | 2 |
| Vaste/tijdelijke contracten | 5 | 6 | 6 | 1 | 3 |
| Handicap/chronische ziekte | 22 | 37 | 23 | 28 | 17 |
| Leeftijd | 21 | 96 | 82 | 76 | 45 |
| Zaken met verschillende gronden | - | - | 64 | 59 | 22 |
| Geen CGB-grond | 1 | - | - | - | - |
| Totaal | 259 | 298 | 282 | 247 | 155 |

Tabel 6: Terrein afgehandelde verzoeken naar leeftijd 2004-2008 (N=517) (%)

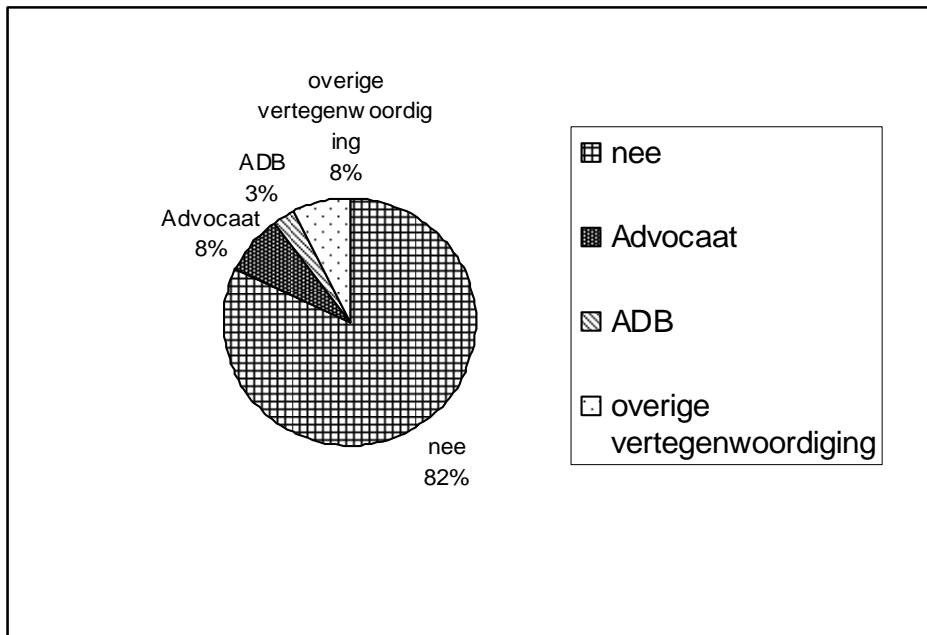
| Arbeid | % | % |
|--|----|----|
| Arbeid: werving en selectie | 40 | |
| Arbeid: aanstelling | 3 | |
| Arbeid: Arbeidsvoorwaarden | 27 | |
| Waarvan pensioen | | 44 |
| Waarvan beloning | | 16 |
| Waarvan andere arbeidsvoorwaarden | | 40 |
| Arbeid: beëindiging arbeidsrelatie | 14 | |
| Arbeid: overig | 8 | |
| Levering goederen en diensten | 10 | |
| Overig (eenzijdig overheidshandelen, geen CGB-grond) | 2 | |

*Circa 1/3 van de verzoeken op het gebied van goederen en diensten betreft het beroepsonderwijs

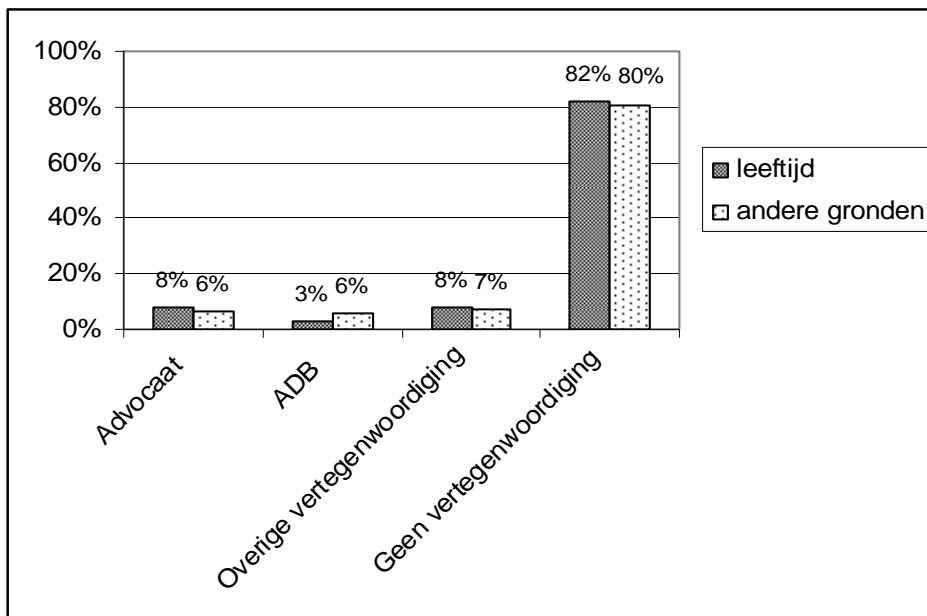
Grafiek 1: Verzoekers naar leeftijdscategorie: afgehandelde verzoeken 2004-2008 (N=470)



Grafiek 2: Verzoekers naar vertegenwoordiging: afgehandelde verzoeken 2004-2008 (N=739)



Grafiek 3: Afgehandelde verzoeken naar vertegenwoordiging Alle gronden tov de grond leeftijd 2004-2008 (N=739/N=1555)



Tabel 7: Terrein Oordeel eigen handelen (OEH) 2004-2008 (N=39) (abs)

| | Aantal OEH | |
|-------------------------------|------------|----|
| Arbeid: arbeidsvoorwaarden | 24 | |
| Waarvan pensioen | | 18 |
| Waarvan beloning | | 2 |
| Waarvan overig | | 4 |
| Arbeid: overig | 7 | |
| Levering goederen en diensten | 6 | |
| Overig | 2 | |

Tabel 8: Oordelen uitgesplitst naar onderscheid (2005-2008) (absoluut en percentages)

| Discriminatiegrond | Onderscheid | | Totaal |
|-----------------------------|---------------------------|--------------------------|--------|
| | Geen verboden onderscheid | Wel verboden onderscheid | |
| Geslacht | 92 (45,5%) | 110 (54,5%) | 202 |
| Ras | 112 (67,7%) | 54 (32,5%) | 166 |
| Nationaliteit | 30 (52,6%) | 27 (47,4%) | 57 |
| Godsdienst | 44 (44,4%) | 55 (55,6%) | 99 |
| Seksuele gerichtheid | 12 (57,1%) | 9 (42,9%) | 21 |
| Burgerlijke staat | 20 (76,9%) | 6 (23,1%) | 26 |
| Politieke overtuiging | 4 (80%) | 1 (20%) | 5 |
| Levensovertuiging | 5 (55,6%) | 4 (44,4%) | 9 |
| Arbeidsduur | 18 (45%) | 22 (55%) | 40 |
| Vaste/tijdelijke contracten | 9 (45%) | 11 (55%) | 20 |
| Handicap/chronische ziekte | 68 (55,3%) | 55 (44,7%) | 123 |
| Leeftijd | 167 (48,4%) | 178 (51,6%) | 345 |
| Totaal | 581 (52,2%) | 532 (47,8%) | 1113 |