

# Verbod op leeftijdsdiscriminatie kent vele uitzonderingen

Yvette van Gernerden  
redactielid

**Sinds 1 mei jl. biedt een nieuwe wet extra instrumenten om de strijd aan te binden met leeftijdsdiscriminatie. Wat zijn de rechtvaardigingsmogelijkheden voor leeftijdsonderscheid, wat zijn de uitzonderingen en kan leeftijdsdiscriminatie bij werving en selectie aannemelijk worden gemaakt? Yvette van Gernerden verkent de wet. Ook na 1 mei zal nog steeds de réchter meestal moeten bepalen wanneer leeftijdsdiscriminatie verboden is.**

Op 1 mei jl. is de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid in werking getreden. De wet strekt ertoe het maken van ongerechtvaardigd leeftijdsonderscheid bij de arbeid, het vrije beroep, het beroepsonderwijs alsmede het lidmaatschap van bepaalde organisaties te verbieden. De wet richt zich tot eenieder. Dit betekent dat naast de werkgever ook andere bij de arbeidsverhouding betrokken partijen onder de werking van de wet vallen, zoals bijvoorbeeld een pensioenfonds en CAO-partijen.

## TERREINEN

‘Onderscheid’ op grond van leeftijd kan direct en indirect zijn. Voor beide vormen bestaan objectieve rechtvaardigingsgronden. Van objectieve rechtvaardiging is sprake wanneer voldaan is aan de criteria van legitimiteit, proportionaliteit en doelmatigheid. Met andere woorden: is er een legitiem doel en is het gekozen middel passend en noodzakelijk om dat doel te bereiken? Of er sprake is van objectieve rechtvaardiging dient te worden beoordeeld aan de hand van de in de wet genoemde algemene en specifieke rechtvaardigingsgronden.

Het verbod op leeftijdsonderscheid heeft betrekking op:

1. werving en selectie;
2. arbeidsbemiddeling;
3. aangaan en beëindigen van een arbeidsverhouding;

4. aanstellen tot ambtenaar en beëindigen van dienstverband van ambtenaar;
5. arbeidsvoorwaarden;
6. laten volgen van onderwijs, scholing en vorming tijdens of voorafgaand aan arbeidsverhouding;
7. bevordering;
8. arbeidsomstandigheden.

## WERVING EN SELECTIE

Het verbod van onderscheid naar leeftijd bij werving en selectie geldt van het moment tot bekendmaking van een vacature tot en met het aangaan van een arbeidsrelatie. Bij de werving en selectie van personeel komt ook regelmatig voor dat een ervaringseis wordt gesteld. Ook dit – indirecte – onderscheid naar leeftijd dient objectief gerechtvaardigd te worden. De werkgever moet aannemelijk kunnen maken dat een aantal jaren ervaring noodzakelijk is om de specifieke werkzaamheden naar behoren te kunnen verrichten.

Naar de mening van de regering is bij het gebruik van het woord ‘jong’ evenals het gebruik van de woorden ‘pas afgestudeerd’ of ‘aankomend’ sprake van onderscheid op grond van leeftijd.<sup>1</sup> Is het bijvoorbeeld voor

een werkgever toegestaan om in een wervingsadvertentie te vermelden dat men op zoek is naar een senior jurist? De regering heeft in de Nota naar aanleiding van het verslag het volgende voorbeeld gegeven van een naar haar oordeel geoorloofde advertentie, waarin gevraagd wordt om een senior accountant. Hoewel er volgens de regering sprake is van indirect onderscheid naar leeftijd, is dit wel toegestaan wanneer het onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden. De objectieve rechtvaardiging zou dan gelegen kunnen zijn in de zwaarte van de functie. Overigens bepaalt art. 9 van de wet dat indien bij een openlijke aanbieding van een betrekking onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt, de grond daarvan uitdrukkelijk dient te worden vermeld.

Het is de vraag of het nieuwe verbod veel zal veranderen in de huidige werving en selectie. Ik verwacht dat niet. Wel denk ik dat bijvoorbeeld werkgevers de aan leeftijdsgerelateerde criteria minder snel kenbaar zullen maken. Of een werkgever een sollicitant uitsluitend afwijst vanwege zijn leeftijd, zal vaak moeilijk hard te maken zijn. Wanneer bij voorbeeld een man van 45

*Het verbod op leeftijdsonderscheid zal er bij werving en selectie toe leiden dat werkgevers de aan leeftijd gerelateerde criteria minder snel kenbaar zullen maken*



jaar solliciteert voor de functie van stagiaire bij een advocatenkantoor en hij door het desbetreffende kantoor wordt afgewezen zonder dat verwezen wordt naar zijn leeftijd, dan zal het voor de sollicitant in kwestie niet heel gemakkelijk zijn om aannemelijk te maken dat hij uitsluitend vanwege zijn leeftijd is afgewezen, ondanks de uit de wet voortvloeiende – en voor hem gunstige – bewijslastverdeling. Art. 12 van de wet bepaalt namelijk dat wanneer degene die een verboden leeftijdsonderscheid stelt waardoor hij wordt benadeeld en die feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, de wederpartij dient te bewijzen dat niet in strijd met de wet is gehandeld.

#### **ARBEIDSVOORWAARDEN**

Toepassing van het anciënniteitsbeginsel kan indirect onderscheid naar leeftijd vormen. Zo heeft de regering in de nota naar aanleiding van het nader verslag aangegeven dat op ervaringsjaren gebaseerde periodieke loonsverhogingen indirect onderscheid naar leeftijd vormen, maar wel objectief gerechtvaardigd kunnen zijn.<sup>2</sup> Ook voor promoties die gebaseerd zijn op anciënniteit geldt dat een objectieve rechtvaardiging noodzakelijk is. Volgens de regering is het hanteren van het anciënniteitsbeginsel bij ontslag in de zin van het Ontslagbesluit objectief gerechtvaardigd.

Arbeidsvoorwaarden zoals leeftijdsvakantiedagen en seniorenverlof leveren in beginsel ook indirect onderscheid naar leeftijd op. De objectieve rechtvaardiging voor leeftijds-

## *De objectieve rechtvaardiging voor leeftijdsvakantiedagen kan zijn: voorkomen van ziekteverzuim door rekening te houden met de geringere belastbaarheid van oudere werknemers*

vakantiedagen kan gelegen zijn in het rekening houden met de afname van de belastbaarheid van oudere werknemers, waardoor ziekteverzuim en uitstroom naar de WAO voorkomen kan worden. Minister De Geus heeft onlangs op Kamervragen van het Tweede-Kamerlid Vietsch geantwoord dat in de hiervoor genoemde gevallen leeftijdsvakantiedagen objectief gerechtvaardigd zouden kunnen worden geacht.<sup>3</sup> De objectieve rechtvaardiging voor seniorenverlof kan een combinatie zijn van het rekening houden met een afname van de belastbaarheid en de bescherming van de gezondheid van oudere werknemers.

### **WERKGELEGENHEIDSBELEID**

Art. 7 van de wet bepaalt dat het verbod op onderscheid naar leeftijd in bepaalde gevallen niet geldt. In art. 7 lid 1 onderdeel a en b worden specifieke rechtvaardigingsgronden genoemd. Art. 7 lid 1 onderdeel a bepaalt dat het verbod van onderscheid naar leeftijd niet geldt indien het onderscheid is gebaseerd op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens de wet. Dit geldt bijvoorbeeld voor de Wet Inschakeling Werkzoekenden waarin een leeftijdscriterium van 23 jaar is genoemd. Hetzelfde geldt voor het op de Wet minimumloon en minimumvakantietoelage gebaseerde Besluit minimumjeugdloonregelingen. De regering is van oordeel dat door dit besluit de werkgelegenheid voor jongeren wordt gestimuleerd en de arbeidsparticipatie van jongeren wordt bevorderd.<sup>4</sup>

### **PENSIOENLEEFTIJD**

Uit art. 7 lid 1 onderdeel b volgt dat het verbod van onderscheid niet geldt wanneer het onderscheid betrekking heeft op een ontslag in verband met het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of van een bij of krachtens wet vastgestelde of overeengekomen hogere leeftijd. Dit betekent dat ontslag bij een leeftijd van 65 jaar of ouder bij voorbaat objectief gerechtvaardigd is en derhalve is toegestaan. Ontslag bij een leeftijd lager dan 65 jaar is alleen toegestaan indien er sprake is van objectieve rechtvaardiging. Ontslag bij

een leeftijd van lager dan 65 jaar zou bij voorbeeld onder bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd kunnen worden wanneer dit de doorstroming van werknemers binnen de organisatie bevordert en pensionering op een lagere leeftijd de enige manier is om die doorstroming te bewerkstelligen.

Over de vraag op welke leeftijd een werknemer verplicht kan worden met pensioen te gaan is inmiddels veel jurisprudentie verschenen. Het bekendste arrest op dat gebied is nog steeds het Codfried-arrest uit 1995.<sup>5</sup> De Hoge Raad heeft bepaald dat ontslag



wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd geen verboden discriminatie oplevert. Deze leer is bevestigd in het arrest van de Hoge Raad van 1 november 2002 (ESS/Op 't Land).<sup>6</sup> Volgens de Hoge Raad bestaat er nog steeds een objectieve redelijke rechtvaardiging voor het onvrijwillig beëindigen van de dienstbetrekking bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd.

Het verplicht met pensioen gaan op een lagere leeftijd dan 65 jaar is echter, zo blijkt uit lagere jurisprudentie, aanzienlijk minder vanzelfsprekend. Ten aanzien van verkeersvliegers, casinomedewerkers, scheidsrechters en call center medewerkers is inmiddels in diverse uitspraken uitgemaakt – vóór inwerkingtreding van de wet – dat een lagere pen-

sioenleeftijd dan 65 jaar alleen is toegestaan wanneer er sprake is van objectieve rechtvaardiging.<sup>7</sup> Op dit moment komen in veel pensioenreglementen, arbeidsovereenkomsten en CAO's lagere pensioenleeftijden voor, zoals 60 en 62 jaar, en voor sommige beroepsgroepen, zoals verkeersvliegers, zelfs 56 jaar. Ingevolge art. 13 van de wet zijn bedingen die in strijd zijn met de wet nietig. In dat verband is van belang dat er voor dit verbod van onderscheid een overgangsregeling geldt. Art. 16 van de wet bepaalt dat dit verbod niet geldt tot 2 december 2006 indien de lagere pensioenleeftijd voor 1 mei 2004 was opgenomen in een arbeidsovereenkomst, CAO of pensioenregeling. Deze overgangsregeling is in het leven geroepen om onder meer werkgevers, werknemers en CAO-partijen in de gelegenheid te stellen om eventueel nieuwe afspraken te maken.

### **ALGEMENE RECHTVAARDIGINGSGROND**

In art. 7 lid 1 onderdeel c van de wet is de algemene objectieve rechtvaardigingsgrond opgenomen. Daaruit blijkt dat het verbod niet geldt indien het leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

In de Memorie van Toelichting wordt aan de hand van een aantal voorbeelden aangegeven wanneer leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd en daarmee geoorloofd zou kunnen zijn.<sup>8</sup> Zo kunnen volgens de regering leeftijdsgrenzen worden gesteld die in verband met de vervulling van de functie noodzakelijk zijn ter bescherming van de gezondheid en de veiligheid van betrokkenen, zoals het verrichten van arbeid door jeugdigen. Een ander voorbeeld is het functioneel leeftijdsontslag. Dit houdt in dat voor bepaalde functies – zoals bijvoorbeeld brandweerman – ontslag wordt verleend bij het bereiken van een bepaalde leeftijd (meestal vanaf 55 jaar) onder toekenning van een inkomensvervangende uitkering.

## Een lagere pensioenleeftijd dan 65 jaar is volgens wet en jurisprudentie alleen toegestaan in geval van objectieve rechtvaardiging

Volgens de regering zal deze leeftijdsgrens in beginsel zijn ingegeven door gezondheids- en veiligheidsoverwegingen of eisen die in verband met een goede vervulling van de arbeid moeten worden gesteld.

Van objectieve rechtvaardiging kan blijken de Memorie van Toelichting ook sprake zijn wanneer het gaat om beroepsactiviteiten waarbij leeftijd een bepaalde rol speelt, bij voorbeeld bij de functie van mannequin die kleding moet showen voor 15- en 16-jarigen. Voor deze functie ligt het volgens de regering voor de hand dat er geen 60-jarige mannequin wordt aangetrokken.

### DE COMMISSIE

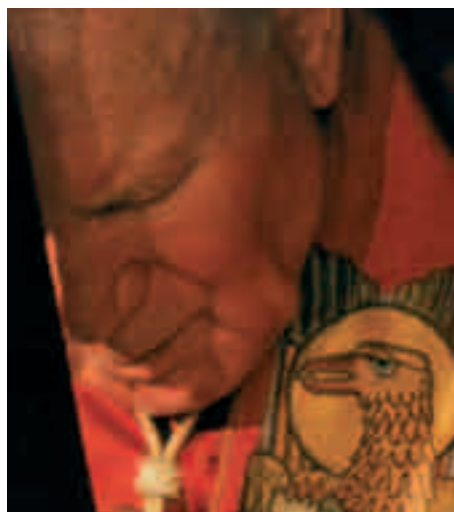
De Commissie Gelijke Behandeling is belast met toezicht op de naleving van de wet en zal bij een vermoeden van verboden leeftijds-onderscheid onderzoeken of ongerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd is gemaakt. De Commissie kan een oordeel geven naar aanleiding van een verzoek maar kan ook uit eigen beweging een onderzoek instellen en vervolgens een oordeel geven. De Commissie is bevoegd om alle inlichtingen en bescheiden te vorderen die zij redelijkerwijs noodzakelijk acht en de wederpartij is verplicht

hieraan mee te werken. Het oordeel van de Commissie is niet bindend. Het is ook mogelijk om een zaak meteen voor te leggen aan de burgerlijke rechter.

Inmiddels heeft de Commissie twee uitspraken gedaan op het gebied van leeftijds-onderscheid. In haar oordeel van 4 mei 2004 heeft de Commissie uitgemaakt dat de bepaling in een arbeidsvoorwaardenregeling om geen salarisverhoging toe te kennen na de leeftijd van 57 jaar verboden leeftijdsdiscriminatie inhoudt.<sup>9</sup> In een uitspraak van 17

mei 2004 heeft de Commissie bepaald dat een pensioentoezegging waarin een naar leeftijd gedifferentieerde premie beschikbaar wordt gesteld geen verboden onderscheid naar leeftijd oplevert. In diezelfde uitspraak oordeelde de Commissie echter dat een naar leeftijd gedifferentieerde bijdrage bij een beschikbare-premiereregeling wel leeftijdsdiscriminatie oplevert.<sup>10</sup>

Ik verwacht dat de wet nog de nodige vragen zal oproepen. Het blijft immers moeilijk om met zekerheid aan te geven in welke gevallen sprake is van een voldoende objectieve rechtvaardiging voor onderscheid op grond naar leeftijd. Hoewel de wet in werking is getreden, zal de vraag naar verboden leeftijdsdiscriminatie in veel gevallen uiteindelijk nog steeds door de burgerlijke rechter moeten worden beantwoord.




### NOTEN

- 1 Kamerstukken II 2001/2002, 28 170, nr. 3, p.17 (MvT).
- 2 Kamerstukken II 2001/2002, 28 170 nr. 7, p. 7.
- 3 Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 11 februari 2004 met kenmerk AV/IR 2004/28.
- 4 Kamerstukken 2001/2002 28 170, nr. 3, p. 26 (MvT).
- 5 HR 13 januari 1995, JAR 1995, 35.
- 6 HR 1 november 2002, JAR 2002, 270.
- 7 Zie onder meer Rb. Haarlem, 19 november 2002, JAR 2002, 290; Hof Amsterdam 3 april 2003, JAR 2003, 126 en Hof Amsterdam 4 december 2003, JAR 2004, 12.
- 8 Kamerstukken II 2001/2002, 28 170, nr. 3, p. 34 (MvT).
- 9 Oordeel 2004-46, CGB 4 mei 2004.
- 10 Oordeel 2004-51, CGB 17 mei 2004.

(advertentie)

Hoero specialiseren?  
Allround moet je zijn! Je wilt toch overal een beetje over kunnen meepraten.

Een beetje meepraten?  
Ach ieder zijn ambitie...

Jurist bij DAS rechtsbijstand  [www.das.nl](http://www.das.nl)  
AMSTERDAM ARNHEM 'S-HERTOGENBOSCH