



Werkgroep Gelijke Behandeling

Redactie:

mr. A.W. van Leeuwen

mr. M. Westerbeek

mr. L. Nekeman-IJdema

40

P

Eenheid in verscheidenheid

Gelijkheid in
het arbeidsrecht

Eenheid in verscheidenheid

Redactie

Anton W. van Leeuwen

Marjolein Westerbeek

Linda Nekeman-IJdema

Vereniging voor Arbeidsrecht

Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht

Nr. 40

Eenheid in verscheidenheid

Gelijkheid in het arbeidsrecht

Werkgroep Gelijke Behandeling

mr. A.W. van Leeuwen
mr. dr. A.G. Veldman
mr. Y. van Gemerden
mr. E.M. Hoogeveen
mr. E.J.L. Bruyninckx
mr. C.S. Kehrer-Bot
mr. M.C.E. Audenaerde
dr. N. Gundt
mr. P.C. Vas Nunes
mr. R. van Arkel
mr. L. Doyer
mr. dr. M. Heemskerk
mr. drs. E. Schop

Aanbevolen citeertitel
Eenheid in verscheidenheid, Reeks VvA 40

Secretariaat VvA
De Eem 15
3448 DS Woerden
Fax: 0348-422635

Omslagontwerp: Ontwerpbureau Gehring

ISBN 978 90 13 09992 8
ISBN 978 90 13 09993 5 (E-book)
NUR 825-502

© 2011, Vereniging voor Arbeidsrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de algemene Voorwaarden van Kluwer BV, gedeponneerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij de klantenservice.

Inhoudsopgave

Voorwoord	VII
INLEIDING	1
<i>A.W. van Leeuwen</i>	
GELIJKE BEHANDELING IN DE ARBEID ALS ALGEMEEN BEGINSEL VAN UNIERECHT	17
<i>A.G. Veldman</i>	
MAAKT DE KANTONRECHTERSFORMULE EEN VERBODEN ONDERSCHIED NAAR LEEFTIJD?	33
<i>Y. van Gemerden en E.M. Hoogeveen</i>	
HET MAKEN VAN ONDERSCHIED IN EEN SOCIAAL PLAN	45
<i>C.S. Kehrer-Bot en E.L.J. Bruyninckx</i>	
BONUS EN ZWANGERSCHAP	67
<i>M.C.E. Audenaerde</i>	
DEELTIJD = VOLTIJD?	81
<i>N. Gundt</i>	
ENKELE GEDACHTEN OVER DE WGBH/CZ, EEN (NOG) ONDERBENUTTE WET	95
<i>P.C. Vas Nunes</i>	
DOORWERKEN NA 65 JAAR EN DE VALKUIL VAN LEEFTIJDSDISCRIMINATIE	107
<i>M. Heemskerk, L. Doyer, R. van Arkel</i>	
PREMIEPENSIOENSTAFFELS EN (ON)GELIJKE BEHANDELING: STAND VAN ZAKEN	125
<i>E. Schop</i>	

Voorwoord

Gelijkebehandelingsrecht is zelfs in het arbeidsrecht nog steeds te onbekend. En, om maar eens een cliché van stal te halen, onbekend maakt onbemind.

De Werkgroep Gelijke Behandeling wil een bijdrage leveren aan het doorbreken van deze vicieuze cirkel. De arbeidsrechtjurist moet er immers steeds op bedacht zijn dat aan een zaak verborgen (on)gelijkebehandelingsaspecten kunnen kleven. Of het nu gaat om het opstellen van een sociaal plan, een pensioenreglement of het voeren van een arbeidsrechtelijke procedure.

Met deze publicatie willen wij een bescheiden bijdrage leveren aan het onder de aandacht brengen van het gelijkebehandelingsrecht. Wij pretenderen allerminst het gehele speelveld van het gelijkebehandelingsrecht met dit boekje in kaart te hebben gebracht. In deze publicatie presenteren wij capita selecta waarin praktijkjuristen aan de hand van hun praktische en theoretische bagage dieper op deelonderwerpen ingaan. In de bijdragen geeft de desbetreffende auteur zijn of haar opvattingen weer. Het zijn dus niet de opvattingen van de Werkgroep of de NVVA.

Wij hebben met veel plezier aan deze publicatie gewerkt. We hopen dat u evenveel plezier beleeft bij het lezen ervan.

Inleiding

*A.W. van Leeuwen*¹

Deze publicatie gaat over het gelijkebehandelingsrecht. Alvorens op deelonderwerpen de diepte in te gaan zal ik in dit hoofdstuk het terrein in algemene zin verkennen. Het gelijkebehandelingsrecht is vastgelegd in vier gelijkebehandelingswetten² en een aantal gelijkebehandelingsartikelen die in het arbeidsrecht ongelijke behandeling op specifieke gronden verbieden. Deze wetten en bepalingen hebben hun wortels overigens in het Europese recht. In dit inleidende hoofdstuk zal ik in paragraaf 1 tot en met 3 stilstaan bij de vraag of er buiten de gelijkebehandelingswetgeving in het civiele arbeidsrecht een algemeen verbod bestaat gelijke gevallen ongelijk te behandelen.³ Daarna maak ik in paragraaf 4 een paar algemene opmerkingen over de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving, zoals de al of niet Richtlijn Conformiteit van deze Nederlandse wetgeving, het in het kader van het gelijkebehandelingsrecht te volgen toetsingsschema, en de wijze waarop de rechter toetst.

1 Mr. A.W. van Leeuwen is advocaat bij SteensmaEven.

2 Er zijn al lang plannen om de gelijkebehandelingswetten samen te voegen in één wet: de Integratiewet. Een daartoe strekkend conceptwetsvoorstel is op 15 juli 2010 (overigens voor de tweede keer) ter consultatie voorgelegd. De consultatietermijn sluit op 1 oktober 2010 (zie www.overheid.nl/overheidsinformatie/internetconsultatie). De conceptmemorie van toelichting geeft een volledig overzicht van de gelijkebehandelingswetgeving.

3 In deze bijdrage gaat het uitsluitend over particuliere werkgevers. Zodra de overheid (als werkgever) in beeld komt geldt het 'bestuursrechtelijke' gelijkheidsbeginsel. Daar wordt in deze bijdrage niet op ingegaan.

1 Achtergrond

Gelijke behandeling is een thema dat misschien wel zo oud is als de mensheid. Er wordt in dit kader vaak gewezen op klassieke teksten, zoals de Bijbel, waarin behartenswaardige dingen over gelijke behandeling zouden zijn gezegd.⁴ Ook Aristoteles wordt nog wel eens aangehaald. In deze publicatie ga ik niet zover terug in de tijd.

In de tweede helft van de vorige eeuw heeft de gedachte dat mensen niet ongelijk behandeld moeten worden op grond van bepaalde persoonsgebonden kenmerken een steeds centralere plaats in het (gemeenschaps)recht gekregen. In de woorden van Barnard⁵: “people should be treated according to their own merits and characteristics; irrelevant factors such as gender or race should not be taken into account. So decisions taken on the basis of stereotypes undermine a person’s dignity and autonomy and thus the principle of equality”.

De in het voetspoor van het Europese recht ontstane uitgebreide Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving behelst echter geen algemeen verbod op ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Zij verbiedt slechts ongelijke behandeling op basis van de bekende, voornamelijk persoonsgebonden kenmerken: geslacht, godsdienst, ras, seksuele geaardheid, politieke gezindheid, nationaliteit, burgerlijke staat, leeftijd en handicap. Daarnaast bevat de Nederlandse wet het verbod om onderscheid te maken tussen fulltimers en parttimers en tussen personen die een arbeidsovereenkomst voor bepaalde dan wel onbepaalde tijd zijn aangegaan. Overigens ziet de gelijkebehandelingswetgeving in alle gevallen (ook) op arbeidsverhoudingen.

Als in een voorkomend geval ongelijke behandeling van gelijke gevallen niet is terug te voeren op één van de hiervoor genoemde gronden, kan zij dus niet worden bestreden met de gelijkebehandelingswetgeving in de hand. In de volgende paragraaf ga ik in op de wijze waarop de Hoge Raad tot nu toe een algemeen verbod om gelijke gevallen in arbeidsverhoudingen gelijk te behandelen heeft benaderd. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 3 de vraag of een dergelijke benadering past binnen het Europese recht, mede gezien

4 Zie bijvoorbeeld A-G Huydecoper bij HR 14 april 2006, *JAR* 2006/119, punt 33: “Hoe lastige toepassing van het ‘gelijkheidsbeginsel’ is, en hoe lang men daar al mee worstelt, is te illustreren aan de hand van het twintigste hoofdstuk van het evangelie van Mattheus (de verzen 1 t/m 16).”

5 C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford, p. 333 (derde druk).

recente ontwikkelingen, zoals de totstandkoming van het Verdrag van Lissabon en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.⁶

2 Algemeen gelijkheidsbeginsel in het Nederlandse arbeidsrecht

In de discussie over de vraag of in civiele arbeidsrechtelijke verhoudingen een algemeen verbod gelijke gevallen ongelijk te behandelen geldt, wordt wel gewezen op het spanningsveld tussen enerzijds het aannemen van zo'n algemeen gelijkheidsbeginsel en anderzijds het uitgangspunt van contractsvrijheid.⁷ Voor alle duidelijkheid: het gaat dan om (on)gelijke behandeling buiten de werkingssfeer van de gelijkebehandelingswetgeving. Rood heeft daarover het volgende opgemerkt:⁸

“Maar ik betwijfel of een algemeen rechtsbeginsel geldt dat gelijke arbeid in beginsel gelijk gehonoreerd moet worden. De contractsvrijheid van onder meer cao-partijen, om anders af te spreken, stuit op zo'n ‘beginsel’ alleen af als het om een M/V kwestie gaat, zou ik denken.” (Thans gelden vanzelfsprekend ook de hiervoor genoemde andere in de gelijkebehandelingswetgeving neergelegde (persoonsgebonden) gronden; AvL.)

Zoals A-G Keus in zijn conclusie voor het *Parallel Entry*-arrest opmerkt, kan een algemeen beginsel dat gelijke arbeid gelijk moet worden beloond niet op één lijn worden gesteld met het verbod op ongelijke behandeling op grond van persoonsgebonden kenmerken⁹:

6 *PbEG* 2010, C 83/389.

7 In zijn conclusie voor het *Agfa*-arrest (zie noot 8) wijst A-G Koopmans er overigens op dat zich met betrekking tot de partijautonomie in het arbeidsrecht een bijzondere situatie voordoet. De werknemer bevindt zich immers in een afhankelijke positie: hij is voor zijn levensonderhoud aangewezen op arbeid in dienstbetrekking en hij is als regel economisch en sociaal de zwakkere partij. Met het oog hierop zijn beschermende tegenkrachten ontstaan in de vorm van vakverenigingen en sociale wetgeving. Dat laatste heeft weer geleid tot het vele dwingende recht in het arbeidsrecht (zie punt 7 van de conclusie van Koopmans).

8 Annotatie bij het *Agfa*-arrest, *TVVS* 1994, p. 219 e.v.; HR 8 april 1994, *JAR* 1994/94.

9 HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68.

“Het beginsel dat in het maatschappelijk verkeer (en dus ook in arbeidsverhoudingen) recht moet worden gedaan aan de gelijkwaardigheid van mensen, ongeacht persoonsgebonden kenmerken zoals geslacht, godsdienst, of seksuele geaardheid, is van een fundamenteel andere orde dan het uitgangspunt dat een goed werkgever zijn werknemers niet willekeurig behandelt en degenen die binnen zijn onderneming gelijke arbeid verrichten, in beginsel ook gelijk belooft.”

Keus wijst ook nog op de bestaande rechtspraak die de werkgever een zekere beleidsvrijheid gunt bij het indelen van personen in een functiewaarderingssysteem. De rechter toetst deze indeling daarom slechts marginaal. Er is, zoals Keus opmerkt, een zekere verwantschap tussen de vrijheid van de werkgever om de binnen zijn onderneming te vervullen functies verschillend te waarderen en de vrijheid daaraan een verschillende beloning toe te kennen.

Een rigoureuze toepassing van een algemeen gelijkheidsbeginsel is dus niet onproblematisch. Het gaat in dit kader niet (altijd) om ongelijke behandeling van gelijke gevallen op grond van irrelevante factoren. Verdedigbaar is bijvoorbeeld de gedachte dat het feit dat de ene (kandidaat-)werknemer beter onderhandelt dan de andere en dus een hoger salaris voor zichzelf bedingt niet zonder betekenis is.

Voorts is bij ongelijke behandeling op basis van andere dan persoonsgebonden gronden in het algemeen geen sprake van discriminatie in de gangbare betekenis van het woord. In het woordenboek wordt discriminatie omschreven als een verwerpende onderscheiding, achterstelling, negatieve beoordeling en behandeling van iets, iemand of een groep op grond van bepaalde, niet ter zake doende kenmerken als ras, huidskleur, sekse, geaardheid e.d.¹⁰ Discriminatie heeft in het hedendaagse taalgebruik dus een normatieve pejoratieve betekenis. Bij discriminatie komen de gronden als genoemd in de gelijkebehandelingswetgeving in beeld. Daarbuiten gaat het om ongelijke behandeling die niet is terug te voeren tot bepaalde ‘verdachte’ persoonsgebonden kenmerken van betrokkenen.¹¹ Er kan dan dus doorgaans niet van

10 Van Dale, *Groot woordenboek der Nederlandse taal*, dertiende herziene uitgave.

11 Hier past in zoverre enige nuancering dat ongelijke behandeling op (persoonsgebonden) gronden die niet in de gelijkebehandelingswetgeving worden genoemd, zoals uiterlijk, sociale afkomst of dialect meestal ook verwerpelijk wordt geacht en in ieder geval dicht aanligt tegen discriminatie in de gangbare betekenis van het woord. Kortom de grenzen zijn niet altijd even scherp.

discriminatie in de gebruikelijke betekenis van het woord worden gesproken.¹² Wel kan een dergelijke ongelijke behandeling in een voorkomend geval als willekeur worden aangeduid.

Het bekende toetsingskader dat wordt gevolgd in gelijkebehandelingszaken en waar ik hieronder op terug zal komen, zal in een dergelijk geval niet kunnen worden toegepast. In dat kader is immers het vertrekpunt dat een werkgever op basis van door hem gevoerd beleid een bepaalde groep/minderheid anders behandelt dan de meerderheid. Bij de ongelijke behandeling waar het hier over gaat, wordt juist een individu anders behandeld, zonder dat die ongelijke behandeling in verband te brengen is met 'discriminatiegronden'. Ten slotte zou een algemeen verbod werknemers ongelijk te behandelen de in de gelijkebehandelingswetgeving opgenomen verboden overbodig maken.

Ongelijke behandeling van gelijke gevallen in civiele rechtsverhoudingen die niet is terug te voeren op een bepaalde in de gelijkebehandelingswetgeving genoemde grond wordt – als gezegd – niet door die wetgeving verboden. Zij wordt of werd naar het oordeel van de Hoge Raad ook niet verboden door rechtstreeks werkende verdragsbepalingen.¹³ De vraag of recente ontwikkelingen in het Europees recht daar nog verandering in hebben gebracht, behandel ik in de volgende paragraaf. In ieder geval heeft de Hoge Raad bij afwezigheid van enig rechtstreeks werkend verbod geoordeeld dat goed

- 12 Zie over de betekenis van het begrip discriminatie: de bijdrage 'Discriminatie of onderscheid van R. Holtmaat: Het kleine verschil met grote gevolgen of het grote verschil met kleine gevolgen', in: M.L.M. Hertogh en P.J.J. Zoontjes (red.): *Gelijke behandeling, principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene Wet Gelijke Behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 3-113. Hier wordt uitgebreid ingegaan op onder meer de betekenis van het begrip discriminatie. Een van de conclusies is dat er vrijwel geen discrepantie is tussen het algemene taalgebruik en het juridische taalgebruik. Ik wijs verder nog op de volgende conclusie: "In de juridische context krijgt die negatieve lading (van het begrip discriminatie; AvL) uitdrukking in het feit dat discriminatie verboden is met onderscheid op bepaalde 'verdachte' gronden (...)." (p. 45).
- 13 Mijns inziens wordt in het kader van privaatrechtelijke arbeidsverhoudingen nog wel eens te gemakkelijk op art. 26 IVBPR en art. 14 EVRM en sinds 1 april 2005 het Protocol nummer 12 bij het EVRM gewezen (zie bijvoorbeeld G.J.J. Heerma van Voss, *Voor de Laet: De Hoge Raad* (reeks VvA 34), Deventer 2005, p. 50). Deze artikelen bepalen dat allen gelijk zijn voor de wet. Zij zien volgens mij dus niet op gelijke behandeling in civielrechtelijke arbeidsverhoudingen.

werkgeverschap (art. 7:611 BW) de grondslag vormt voor de beantwoording van de vraag of gelijke gevallen in een specifieke situatie al of niet ongelijk mogen worden behandeld. Dit leidt in civiele arbeidsverhoudingen tot een genuanceerde toepassing van een verbod op ongelijke behandeling van gelijke gevallen.¹⁴ Verder moet de rechter in dit soort situaties terughoudend toetsen.

Uit het *Agfa*-arrest¹⁵ en het *Parallel Entry*-arrest¹⁶ is met betrekking tot het algemene gelijkheidsbeginsel in het Nederlandse arbeidsrecht het volgende toetsingsmodel af te leiden:

- Het toetsingskader wordt gevormd door de eisen van goed werkgeverschap ingevolge artikel 7:611 van het BW “in welke bepaling de algemene eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals neergelegd in de artikelen 6:2 en 6:248 BW voor het arbeidsrecht uitdrukking vinden”.
- Aan het beginsel dat gelijke arbeid, behoudens een objectieve rechtvaardigingsgrond, gelijk dient te worden beloond kan een zwaar gewicht worden toegekend, maar het is niet doorslaggevend. De vermeende schending van dit beginsel zal binnen dat kader, naast de andere omstandigheden van het geval, moeten worden beoordeeld.
- Alleen indien sprake is van een ongelijke beloning zonder objectieve rechtvaardigingsgrond die mede gelet op de overige omstandigheden van het geval als onaanvaardbaar moet worden beschouwd, is sprake van een ontoelaatbare en met de norm van artikel 7:611 van het BW strijdige ongelijkheid. De in dit verband te verrichten toetsing is van gelijke aard als die welke bij de toepassing van artikel 6:248, tweede lid, BW plaatsvindt, althans voor zover een overeengekomen ongelijkheid in beloning aan de orde is.¹⁷

14 Ik meen dat I.P. Asscher-Vonk en A.C. Hendriks in *Gelijke behandeling en onderscheid bij arbeid* (Monografie Sociaal Recht nr. 26; tweede druk), te weinig oog hebben voor deze genuanceerde benadering waar zij op p. 50 stellen “(...) dat gelijke gevallen reeds op grond van algemene juridische normen, zoals (...) de norm van het goed werkgeverschap en de eisen van redelijkheid en billijkheid, gelijk moeten worden behandeld”.

15 Zie noot 7.

16 Zie noot 8; zie ook conclusie A-G Keus bij HR 21 oktober 2005, *JAR* 2005/272.

17 J.J.M. de Laat gaat in *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst* (reeks VvA 36), Deventer 2005, uitgebreid in op de vraag waarom de Hoge Raad heeft gekozen voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (zie p. 52 e.v.).

Vegter¹⁸ constateert dat het algemene verbod op ongelijke behandeling/beloning voor gelijke arbeid aldus zwakker is dan de discriminatieverboden zoals neergelegd in de gelijkebehandelingswetgeving.¹⁹ Dat is niet verwonderlijk. De discriminatieverboden zijn – als gezegd – van een fundamenteel andere orde. Wij vinden het verwerpelijk als op basis van die gronden onderscheid tussen mensen wordt gemaakt. Voorts kunnen die gronden ook geen rechtvaardiging vormen voor een verschillende behandeling. Het zijn, in de woorden van Barnard, irrelevante factoren op basis waarvan geen onderscheid mag worden gemaakt.

3 Nieuwe ontwikkelingen in het EG-recht?

In de literatuur is de vraag opgeworpen of recente ontwikkelingen in het Europese recht geen aanleiding vormen inmiddels anders dan de Hoge Raad heeft gedaan in het *Parallel Entry*-arrest, aan te kijken tegen een algemeen verbod gelijke gevallen ongelijk te behandelen.²⁰ Er zou in het Europese recht intussen mogelijk wel een grondslag te vinden zijn voor zo'n algemeen verbod, zo wordt betoogd. Vas Nunes noemt ter ondersteuning van dit standpunt, dat hij overigens met de nodige slagen om de arm naar voren brengt, twee argumenten:

- artikel 6 van het EU-Verdrag jo. artikel 21 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie zouden een basis vormen voor een algemeen gelijkheidsbeginsel; en
- het arrest van het HvJ van 19 januari 2010 inzake *Kücükdeveci*²¹ zou ook voedsel geven aan de gedachte dat er een 'algemeen beginsel van gelijke behandeling' geldt in het gemeenschapsrecht.

Ik zal deze twee punten nalopen. Ze leiden ons inziens overigens geen van beide tot een wijziging van de bestaande status quo.

18 M.S.A. Vegter, 'Gelijke beloning voor gelijke arbeid', *Bedrijfsjuridische berichten* 2004-9.

19 Overigens is ook een hiërarchie in die discriminatieverboden aan te brengen; zie bijvoorbeeld: *Voor de Laet: De Hoge Raad* (reeks VvA 34), Deventer 2005, p. 53.

20 zie bijvoorbeeld P.C. Vas Nunes, 'Kücükdeveci: een wake-up call', *TAP* 2010, p. 147 e.v. Veldkamp gaat in haar bijdrage in dit boekje uitgebreid in op dit onderwerp (zie p. 17 e.v.).

21 HvJ 19 januari 2010, *JAR* 2010/53.

In artikel 6 van het EU-Verdrag is bepaald dat de bepalingen in het Handvest “geenszins een verruiming [inhouden] van de bevoegdheden van de unie zoals bepaald bij de Verdragen”.²² Voorts moeten de rechten, vrijheden en beginselen van het Handvest worden uitgelegd overeenkomstig de bepalingen van titel VII van het Handvest. In artikel 51 van deze titel is vastgelegd dat de bepalingen van het Handvest zijn gericht tot de instellingen en organen van de Unie. Het in artikel 21 van het Handvest neergelegde non-discriminatiebeginsel zou volgens sommigen niettemin horizontale werking hebben. De toelichting op dit artikel laat echter geen enkele ruimte voor twijfel:

“Artikel 21, lid 1, creëert daarentegen generlei bevoegdheid om met betrekking tot het optreden van de lidstaten of van particulieren antidiscriminatiewetten vast te stellen; evenmin bevat het een algeheel discriminatieverbod op deze zeer uiteenlopende gebieden. In plaats daarvan heeft dit lid alleen betrekking op discriminerend optreden van de instellingen en organen van de Unie, wanneer zij hun op grond van de Verdragen verleende bevoegdheden uitoefenen, en van de lidstaten, wanneer zij het recht van de Unie uitvoeren.”

Artikel 21, eerste lid, van het Handvest heeft mijns inziens dus geen rechtstreekse (horizontale) werking.

Voorts heeft artikel 21 betrekking op ‘discriminatie’.²³ Hiervoor werd al besproken dat discriminatie toch voornamelijk lijkt te zien op het iemand anders behandelen op basis van de gronden zoals genoemd in de gelijkebehandelingswetgeving. Kort en goed: de toepasselijkheid van het Handvest werpt mijns inziens geen nieuw licht op de zaak.

Dan het arrest in de zaak *Kücükdeveci*²⁴: in rechtsoverweging 50 van dat arrest spreekt het HvJ inderdaad van leeftijdsdiscriminatie als een “bijzondere toepassing van het algemene beginsel van gelijke

22 D.F. Berkhout lijkt in *ArA* 2010-2, p. 81 ook aan te nemen dat de bodem “voor het bestaan van een beginsel van gemeenschapsrecht op non-discriminatie” vruchtbaarder is geworden door het Handvest.

23 In de in noot 12 genoemde bijdrage wordt op p. 61 een samenvatting gegeven van het begrip discriminatie in het EG-recht. Daar wordt gesteld dat een van de elementen van het begrip discriminatie is dat het gebaseerd is op bepaalde in de richtlijnen genoemde gronden.

24 HvJ 19 januari 2010, *JAR* 2010/53.

behandeling”. In deze rechtsoverweging wordt verwezen naar rechts-overweging 76 van het arrest van het HvJ van 22 november 2005 in de zaak *Mangold*.²⁵ In die rechtsoverwegingen van het *Mangold*-arrest wordt eveneens gesproken van “het algemene beginsel van gelijke behandeling”. Ik meen echter dat het HvJ daar, gezien de context, doelt op een verbod onderscheid te maken op basis van de bekende persoonsgebonden gronden. Die context wordt overigens niet alleen gevormd door de tekst van de arresten, maar ook door de EG/EU-rechtelijke bepalingen die het HvJ uitlegt respectievelijk toepast. Die bepalingen zien alle op ‘discriminatie’ en er wordt in die bepalingen ook steeds een verband gelegd tussen de discriminatie en de persoonsgebonden gronden. De relevante bepalingen noch de door het HvJ gegeven uitleg daarvan geven mij aanleiding te denken dat een buiten de bekende discriminatiegronden gelegen horizontaal werkend algemeen verbod op ongelijke behandeling in het Europese recht zijn intrede heeft gedaan.²⁶

In het arrest van 7 juli 2011 van het HvJ vind ik een bevestiging voor de gedachte dat het Europeesrechtelijke gelijkebehandelingsrecht zich beperkt tot een verbod te discrimineren op basis van de bekende persoonsgebonden gronden.²⁷

Recente ontwikkelingen in het gemeenschapsrecht geven mij dan ook geen aanleiding anders tegen een algemeen verbod op ongelijke behandeling aan te kijken. Wat ons betreft is *Parallel Entry* nog springlevend en geldt het uit die jurisprudentie af te leiden toetsingsmodel onverkort. Er moet – om het maar eens in de bekende terminologie te vatten – volgens mij een onderscheid worden gemaakt tussen discriminatie enerzijds en ongelijke behandeling anderzijds. Discriminatie is het domein van de gelijkebehandelingswetgeving. Dus daar gaan we het in deze publicatie verder over hebben.

25 C-144/04, *Jur.* 2005, p. I-9981.

26 In dit verband wijs ik op een uitspraak van het Franse Cour de cassation van 1 juli 2009, te lezen in een samenvatting in de Engelse taal in *EELC* augustus 2010, p. 24. Uit de samenvatting lijkt te volgen dat het Cour de cassation wel een algemeen gelijkheidsbeginsel aanneemt: “The difference (in treatment between employees, AvL) must be based on objective reasons, the reality and relevance of which must be specifically verified by the judge.”

27 *JAR* 2011/212, zie met name r.o. 34 e.v.

4 Is Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving richtlijnconform?

Hiervoor werd al opgemerkt dat de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving Europeesrechtelijke wortels heeft. In deze gelijkebehandelingswetgeving heeft Nederland onder meer de Kaderrichtlijn 2000/78/EG geïmplementeerd. De Europese Commissie heeft Nederland er na een ingebrekestelling in een ‘met redenen omkleed advies’ van 31 januari 2008²⁸ op gewezen dat de Nederlandse wetgeving niet richtlijnconform is. Met name de definitie van het begrip onderscheid zoals neergelegd in de gelijkebehandelingswetten stemt, aldus de Commissie, niet overeen met de in de richtlijn neergelegde definitie van discriminatie. Overigens heeft de Raad van State in zijn advies bij de wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling waarbij de Kaderrichtlijn werd geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving ook al opgemerkt dat het de voorkeur zou verdienen de terminologie van de richtlijn zo veel mogelijk te volgen.²⁹

Met name neemt de Raad van State in het genoemde advies het feit op de korrel dat in de Nederlandse wetgeving de term ‘onderscheid’ wordt gebezigd, terwijl in de richtlijn het begrip ‘discriminatie’ wordt gebruikt. Op het eerste gezicht en afgezien van de Europeesrechtelijke bezwaren ben ik er niet van overtuigd dat het begrip discriminatie de voorkeur verdient boven de term onderscheid. Het is, anders dan de term onderscheid, een normatief begrip. Verboden discriminatie lijkt ons een tautologie en toegestane discriminatie een contradictie. Ook in het jongste, hierna te bespreken, op 30 december 2008 ingediende wetsvoorstel³⁰ naar aanleiding van het genoemde advies van de Commissie kiest de wetgever overigens (nog) niet voor de term discriminatie.

Daarnaast heeft de Raad van State de nodige kritiek op de in de Algemene wet gelijke behandeling neergelegde ‘enkele feit constructie’, inhoudende dat onderscheid op grond van bepaalde gronden, zoals homoseksualiteit is toegestaan mits dat niet leidt tot onderscheid op grond van het enkele feit dat iemand bijvoorbeeld homoseksueel is.

28 Ingebrekestelling inbreuk nr. 2006/2444.

29 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 770A, p. 3-4 en *Kamerstukken II* 2006/07, 30 967, nr. 4, p. 2.

30 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 832, nr. 2.

De Commissie richt haar pijlen in het hiervoor genoemde met redenen omklede advies eveneens in het bijzonder op deze twee punten. Naar aanleiding van de kritiek op de ‘enkele feit constructie’ van de Commissie heeft de regering aan de Raad van State de volgende vraag voorgelegd: “Zijn er mogelijkheden, en zo ja welke, om de artikelen van de Awgb waarin de zogenoemde enkele feit constructie voorkomt, zodanig aan te passen aan de terminologie en/of de strekking van de Europese Richtlijn 2000/78/EG dat de enkele feit constructie geschrapt wordt, terwijl de destijds in de Awgb neergelegde balans tussen grondrechten – in het bijzonder de balans tussen het non-discriminatie beginsel en de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs – behouden blijft.”³¹ De kritiek van de Europese Commissie op de in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving gebruikte terminologie heeft de regering ertoe gebracht een wetsvoorstel tot wijziging van onder meer de AWGB in te dienen.³²

De regering heeft dus de in het met redenen omkleed advies van de Commissie vervatte kritiek over de in de gelijkebehandelingswetgeving gebruikte terminologie enerzijds en over de houdbaarheid van de enkele feit constructie anderzijds uit elkaar gehaald. De aanpassing van de in de gelijkebehandelingswetgeving gebruikte terminologie ligt, zo stelt de regering, niet gevoelig. Het gaat hier om een paar simpele redactionele aanpassingen van de Nederlandse wetgeving.³³ De kritiek op de enkele feit constructie raakt echter een veel principiële punt. De minister stelt dat bij die enkele feit constructie de balans tussen verschillende grondrechten in het geding is. Om tot een afgewogen oordeel te komen besloot het vorige kabinet om, als gezegd, advies te vragen aan de Raad van State.

De door de Commissie en de Raad van State gewenste redactionele aanpassing van de gelijkebehandelingswetgeving vindt overigens plaats in twee stappen. Naar aanleiding van de kritiek van de Europese Commissie wordt, zoals hiervoor opgemerkt, in het hiervoor genoemde in december 2008 ingediende wetsvoorstel nog niet het in de richtlijn gebruikte woord discriminatie overgenomen. Die transitie is, aldus de regering, wetstechnisch ingewikkelder en komt dus pas later bij de Integratiewet AWGB³⁴ aan de orde. Bovendien,

31 Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken van 19 december 2008 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, nr. 2008-0000623248.

32 Zie noot 28.

33 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 31 832, nr. 7.

34 www.internetconsultatie.nl/integratiewetagwb/document/184.

zo stelt de minister, wordt de overstap naar discriminatie niet door de Europese Commissie geëist. Die overstap is wel door de Raad van State één- en andermaal aan de orde gesteld.³⁵ Juist het feit dat de regering er in het aanhangige wetsvoorstel niet voor kiest reeds nu over te stappen van het begrip onderscheid naar de term discriminatie vindt in de ogen van de Raad van State weinig genade in zijn advies naar aanleiding van het wetsvoorstel.³⁶

De laatste nieuwe loot aan de gelijkebehandelingsstam is de hiervoor genoemde Integratiewet. In deze wet worden alle gelijkebehandelingswetten samengevoegd. Een conceptwetsvoorstel is ter consultatie voorgelegd. De consultatieronde is op 1 oktober 2010 afgesloten. Er zit nog niet veel vaart in de behandeling van dit onderwerp.³⁷

5 Toetsingsschema

In zaken waarin een mogelijke discussie over (on)gelijke behandeling op basis van de gelijkebehandelingswetgeving aan de orde is, dienen de volgende vragen te worden beantwoord. Eerst moet bezien worden of de vermoedelijke ongelijke behandeling gebaseerd is op een van de gronden zoals genoemd in de gelijkebehandelingswetten.³⁸ De vraag die daarna beantwoord moet worden is of de mogelijke ongelijke behandeling valt binnen de werkingssfeer van de relevante gelijkebehandelingswet. De gelijkebehandelingswetten hebben in alle gevallen betrekking op arbeid.³⁹ Daarnaast zien zij in sommige gevallen ook op het aanbieden van goederen en diensten en/of het volgen van beroepsonderwijs. De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) heeft in dit verband bijvoorbeeld geoordeeld dat deelname aan de vierdaagse binnen de werkingssfeer van de Algemene wet gelijke behandeling viel. De discussie ging in die zaak over de vraag of het feit dat dames minder grote afstanden hoefden af

35 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 31 832.

36 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 832, nr. 4.

37 In de nota naar aanleiding van het verslag van 9 juni 2011 in de wijzigingswet van onder meer de AWGB meldt de regering: "Het kabinet zal beslissen wat er met de resultaten van de internetconsultatie zal gebeuren" (*Kamerstukken II* 2010/11, 31 832, nr. 9, p. 7).

38 Dat zijn de volgende gronden: geslacht, godsdienst, ras, seksuele geaardheid, politieke gezindheid, nationaliteit, burgerlijke staat, leeftijd, handicap/chronische ziekte, arbeidsduur en arbeid voor bepaalde respectievelijk onbepaalde tijd.

39 Zie art. 5 AWGB, art. 7:646 en 7:647 BW, art. 3 WGBL, art. 4 WGBH/CZ, art. 1b WGB.

te leggen dan de heren om een medaille te verwerven verboden ongelijke behandeling opleverde. En dat was het geval, zo oordeelde de CGB.⁴⁰

Als de vermoedelijke ongelijke behandeling binnen de werkingssfeer van de desbetreffende wet valt, moet vervolgens beoordeeld worden of sprake is van direct of indirect onderscheid. De definitie van deze begrippen in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving wijkt, zoals hiervoor besproken, af van die in de Kaderrichtlijn.⁴¹ Deze afwijking heeft volgens de regering geen materiële gevolgen: in de Nederlandse wetgeving wordt hetzelfde bedoeld als in de EG-richtlijnen.

Kort gezegd komt het erop neer dat van direct onderscheid wordt gesproken als de ongelijke behandeling gebaseerd is op de gronden genoemd in de gelijkebehandelingswetgeving. Iemand wordt dus anders behandeld dan anderen omdat zo'n grond betrekking heeft op hem of haar. Direct onderscheid is ten aanzien van de meeste gronden verboden, behoudens enkele specifiek in de toepasselijke wet genoemde gevallen.⁴² Dit wordt wel het gesloten systeem genoemd. Slechts bij leeftijdsonderscheid, onderscheid naar arbeidsduur en onderscheid tussen arbeid voor bepaalde en onbepaalde tijd kan direct onderscheid, mits objectief gerechtvaardigd, wel geoorloofd zijn. Ten aanzien van alle andere gronden wordt dus gewerkt met het hiervoor genoemde gesloten systeem.

Van indirect onderscheid is sprake als de maatstaf, de handelwijze of de bepaling (in arbeidszaken: van de werkgever) gebaseerd is op een ogenschijnlijk neutraal niet met de gronden verband houdend criterium. De vraag is of de maatregel, die dus niet het oogmerk heeft onderscheid te maken, een bepaalde groep werknemers die een persoonsgebonden kenmerk hebben dat beschermd wordt in de gelijkebehandelingswetgeving in onevenredige mate treft. Dit neutrale criterium moet, om het anders te zeggen, significant verschillend uitwerken ten aanzien van de gelijk te behandelen groepen. De

40 Naar aanleiding van deze oordelen CGB 2004-06 en 2004-175 heeft de Commissie Gelijke Behandeling een advies over deze kwestie uitgebracht: CGB-advies 2006/07, 15 juni 2006.

41 Richtlijn 2000/78/EG. Ik verwijs naar art. 2 lid 2 onder a Kaderrichtlijn voor de definitie van directe discriminatie en art. 2 lid 2 onder b voor de definitie van indirecte discriminatie.

42 Zie bijvoorbeeld art. 2 lid 2 AWGB.

CGB gaat er in beginsel van uit dat daar sprake van is als de door de maatregel getroffen groep met het in de gelijkebehandelingswetgeving beschermde persoonsgebonden kenmerk minimaal anderhalf keer zo groot is als de groep overige personen die door de maatregel getroffen worden.⁴³

Indirect onderscheid (en in geval van leeftijdsonderscheid, onderscheid naar arbeidsduur of onderscheid tussen werknemers die op grond van bepaalde of onbepaalde tijd werkzaam zijn ook direct onderscheid) is niet verboden als het objectief gerechtvaardigd is.⁴⁴ Indien met het onderscheid een legitiem doel wordt gediend en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn, is het objectief gerechtvaardigd. Een doel is legitiem als het voldoende zwaarwegend is en beantwoordt aan een werkelijke behoefte. Er mag voorts geen discriminerend oogmerk aan ten grondslag liggen. In dat laatste geval zal overigens vaak weer sprake zijn van direct onderscheid en dat is, als gezegd, in de meeste gevallen zonder meer verboden.

Met een passend middel wordt bedoeld een middel dat geschikt is om het beoogde doel te bereiken of waaromtrent de gerechtvaardigde verwachting bestaat dat het daartoe geschikt is. Het gaat dus om de doelmatigheid van het middel. Bij de vraag of het middel noodzakelijk is, komt de subsidiariteit en de proportionaliteit aan de orde. In het kader van de subsidiariteit wordt beoordeeld of het doel niet met een ander minder of geen onderscheid makend middel kan worden bereikt. Voorts moeten doel en middel met elkaar in balans zijn.

In dit bestek kan niet uitputtend worden behandeld hoe de rechter of de CGB de hiervoor omschreven toets uitvoert. Ik laat het dus bij een enkele opmerking.

De CGB lijkt zich in dit verband veel actiever op te stellen dan de civiele rechter. Dat geldt met name bij het aanleggen van de noodzakelijkheidstoets. De CGB doet soms zelf onderzoek naar alternatieven. Zij begeeft zich aldus op een terrein dat eigenlijk toebehoort

43 A-G Keus bij HR 12 april 2002, *NJ* 2002, 411.

44 Zie art. 2 lid 1 AWGB, art. 6 WGB, art. 7 lid 1 aanhef en onder c WGBL (in de WGBL geldt de uitzondering ook voor direct onderscheid. De Europese Commissie maakt overigens bezwaar tegen het feit dat in deze wet niets is bepaald over indirect onderscheid), art. 3 lid 2 WGBH/CZ, art. 7:646 lid 6, art. 7:648 lid 1 en 7:649 lid (ook direct onderscheid) BW.

aan de partij die zich verweert tegen de gestelde ongelijke behandeling. Ook is niet steeds uit de oordelen van de CGB af te leiden of de verweerder heeft kunnen reageren op de door de CGB aangedragen alternatieven. Daarmee verbreedt de CGB het debat tussen partijen niet alleen, maar zij bereidt de verweerder ook een verrassing waarop deze niet heeft kunnen reageren. Zoals is opgemerkt in de *Oordelenbundel* 2009⁴⁵ zou het interessant zijn te onderzoeken hoe de civiele rechter hiermee omgaat. Dat gaat echter het bestek van deze bijdrage te buiten. Immers indien de verweerder en klager na het oordeel niet tot elkaar komen, zal de civiele rechter veelal uitkomst moeten bieden. Mede met het oog daarop ligt een uiteenlopende behandeling niet voor de hand.

Ten slotte wil ik het vergelijkingsprobleem dat zich in gelijkebehandelingszaken voordoet niet onvermeld laten. In de woorden van Vas Nunes: "(...) gelijke behandeling heeft alles te maken met vergelijken."⁴⁶ En vergelijken is niet altijd even eenvoudig.⁴⁷ In zijn arrest *Brunnhof*⁴⁸ heeft het HvJ het volgende overwogen over de vraag op welke wijze beoordeeld moet worden of sprake is van gelijke arbeid of arbeid van gelijke waarde:

"Om uit te maken of werknemers gelijke arbeid verrichten of arbeid waaraan gelijke waarde kan worden toegekend, moet worden nagegaan of deze werknemers, gelet op een reeks van factoren zoals aard van het werk, de opleidingsvereisten en de arbeidsomstandigheden, kunnen worden geacht zich in een vergelijkbare situatie te bevinden (...)."

Ook wat deze vergelijkingsvraag betreft ga ik in deze inleiding niet de diepte in. In voorkomend geval kan deze vraag echter leiden tot lastige discussies en dat heb ik hier willen signaleren.

45 Zie C.J. Forder (red.) *Oordelenbundel 2009 Gelijke Behandeling: oordelen en commentaar*, p. 195 e.v.

46 Vas Nunes, 'Gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte in het arbeidsrecht', *TAP Special*, juni 2009, p. 23 e.v.

47 Zie bijvoorbeeld A-G Veldman, 'Wat zijn gelijke gevallen? De vergelijkingsmaatstaf in het (Europees) arbeidsrecht', *TAP Special* 3, januari 2011-3, p. 11 en de arresten HvJ 1 juli 2010, nr. C-471/08 en C-194/08, *JAR* 2010/201 en 200.

48 Zie hierover ook HvJ 26 juni 2001, nr. C-381/99, *NJ* 2002, 10 (r.o. 43).

Gelijke behandeling in de arbeid als algemeen beginsel van Unierecht

Consequenties, mogelijkheden en beperkingen voor toepassing in de Nederlandse arbeidsrechtspraktijk

A.G. Veldman¹

1 Inleiding

De *Mangold/Kücükdeveci*-arresten² die het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van leeftijd verheffen tot ‘algemeen beginsel van Unierecht’ hebben al wat pennen in beroering gebracht.³ De arresten lijken de beroepsmogelijkheden om nationaal arbeidsrecht ter discussie te stellen vanwege eventuele strijd met Europees recht aanzienlijk te vergroten. Het Europese arbeidsrecht ligt voornamelijk vast in richtlijnen die, zoals bekend, geen horizontale, directe werking kennen. Bijgevolg kan een werknemer niet rechtstreeks rechten ontleen aan grote delen van het Europese arbeidsrecht indien het gewraakte handelen van zijn particuliere werkgever gesanctioneerd wordt door (andersluidend) nationaal recht. De genoemde arresten hebben hierin wijziging gebracht. Maar welke wijzigingen precies?

Er zijn al uiteenlopende ‘vergezichten’ geschetst in de literatuur (waarover hierna meer). De meest voor de hand liggende vragen zijn uiteraard: in hoeverre leiden de arresten tot horizontale werking van (non-discriminatie)richtlijnen? Hoe ver strekt de inhoud van het algemene beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie

1 Mr. dr. A.G. Veldman is universitair hoofddocent arbeidsrecht en sociaal beleid te Utrecht.

2 Respectievelijk HvJ 22 november 2005, *JAR* 2005/289 en HvJ 19 januari 2010, *JAR* 2010/53.

3 O.a. P.C. Vas Nunes, ‘Kücükdeveci: een wake-up call’, *TAP* 2010-4, p. 147-151; M. de Mol, noot bij *Kücükdeveci*, *EHRC* 2010/42; D.F. Berkhout, ‘Discriminatie, directe werking van rechtsbeginselen en doorwerking van richtlijnen (annotatie van Kücükdeveci)’, *ArA* 2010-9, p. 70-87.

eigenlijk? Is dat beperkt tot leeftijdsdiscriminatie? Vallen alle discriminatiegronden eronder? Of strekt het zich uit over elke ongelijke behandeling van gelijke gevallen ongeacht de differentiatiegrond? Wat kunnen de gevolgen zijn voor (bepaalde) Nederlandse arbeidswetgeving? Kan de *Mangold/Kücükdeveci*-leer ook doorgetrokken worden naar andere (arbeidsrechtelijke) beginselen van Unierecht die door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) zijn erkend dan wel zijn opgenomen in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie⁴ (Handvest)?

Deze bijdrage beoogt enkele van de vragen die van invloed zijn op de mogelijkheden voor de aanwending van de genoemde arresten in de Nederlandse rechtspraak nader te bezien. Daarin zullen al eerder in de literatuur opgeworpen suggesties en analyses worden meegenomen. Door zowel de eerdere Europese rechtspraak op het terrein alsook de latere rechtspraak na *Mangold/Kücükdeveci* mee te wegen, wordt getracht een scherper beeld te krijgen van de mogelijkheden die de arresten de rechtspraak bieden, maar ook van de beperkingen die er zijn.

2 De mogelijke implicaties van *Kücükdeveci*

2.1 De *Kücükdeveci*-uitspraak

De casus van *Kücükdeveci* betrof een verboden vorm van leeftijdsonderscheid in de Duitse arbeidswetgeving. Het belang van het arrest ligt naast de materiële toetsing aan het discriminatieverbod daarin dat het HvJ oordeelde dat het mogelijke leeftijdsonderscheid moest worden getoetst aan het primaire Unierecht en niet (rechtstreeks) aan Kaderrichtlijn 2000/78/EG. Het HvJ herhaalt wat het in *Mangold* al had gezegd, namelijk dat het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep een algemeen beginsel van Unierecht is dat zijn oorsprong vindt in de diverse internationale instrumenten en de constitutionele tradities van de lidstaten. De richtlijn is slechts een uitwerking daarvan doordat het een algemeen kader schept voor de bestrijding van discriminatie op grond van onder meer leeftijd.

Het algemene beginsel van Unierecht is geldig, zo stelt het HvJ, voor zover de situatie in het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. Dat is het geval in *Kücükdeveci* omdat de

4 *PbEU* 2010, C 83/391. Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon heeft het Handvest dezelfde juridische status als de verdragen.

gewraakte Duitse regeling een materie bestrijkt die onder de Kaderrichtlijn valt en de omzettingstermijn daarvan, anders dan in de zaak *Bartsch*,⁵ is verlopen.⁶ De Duitse wetgeving wordt vervolgens *de jure* getoetst aan het algemene beginsel van Unierecht, al vormt de Kaderrichtlijn als uitwerking van dit beginsel het *de facto* toetsingskader. In antwoord op de vraag naar de gevolgen van de uitgevoerde discriminatietoets wordt door het HvJ herhaald dat richtlijnen geen verplichtingen kunnen opleggen aan particulieren. Omdat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd evenwel een algemeen beginsel van Unierecht is voor zover het een bijzondere toepassing is van het algemene beginsel van gelijke behandeling, en de richtlijn dit niet verankert maar slechts concretiseert, moet de nationale rechter elke met dit beginsel strijdige nationale bepaling buiten toepassing laten.

2.2 Horizontale werking van richtlijnen?

Juist omdat de Kaderrichtlijn het *de facto* toetsingskader blijft, wordt de suggestie gevoed dat de introductie van gelijke behandeling als algemeen beginsel, of anders gezegd als Uniegrondrecht, voornamelijk tot doel heeft om via een omweg horizontale werking van de Kaderrichtlijn te bewerkstelligen. Hier moet echter in aanmerking worden genomen dat het HvJ ook al vóór de *Mangold/Kücükdeveci*-arresten het beginsel van gelijke behandeling als algemeen beginsel van communautair recht heeft aangemerkt (zie paragraaf 3) en dat, daarnaast, ook eerdere voorbeelden zijn te vinden waarin het HvJ de niet-toepasselijkheid beveelt van nationale voorschriften die in strijd met een richtlijn zijn bevonden, hoewel het een geschil tussen particulieren betrof.⁷ Dit heeft in de literatuur destijds al geleid tot speculaties over wat wel wordt genoemd 'horizontale effecten van verticale werking'.⁸ Volgens deze redenering moet de nationale rechter als onderdeel van de staat, en daarom op basis van zijn directe gebondenheid aan het Unierecht, al het strijdig nationaal recht buiten toepassing laten, ook in horizontale situaties. Het laatste levert

5 HvJ 23 september 2008, nr. C-427/06, *JAR* 2008/319.

6 R.o. 22-23.

7 HvJ 30 april 1996, nr. C-194/94, *Jur.* 1996, p. I-2201 (*CIA Security International SA/Signalson SA en Securitel SPRL*).

8 S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford University Press, 2005, p. 234-237 (tweede druk). Zie ook D. Schiek, 'The ECJ Decision in *Mangold*: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation', *Industrial Law Journal* (35) 2006-3, p. 329-341.

strikt genomen geen horizontale werking op omdat de bepaling van Unierecht niet in de plaats zal treden van de ontstane leemte. De particulier kan dus niet rechtstreeks een recht dat volgt uit een richtlijnbeepaling tegenover een andere particulier inroepen. Wel is er een exclusieve werking tussen beide particulieren omdat de rechter als ‘staatsorgaan’ de strijdige, nationale regel niet mag toepassen. Deze exclusieve werking heeft niet per definitie tot het door de particulier gewenste effect te leiden. Het hangt af van de context van de nationale wetgeving waarvan het strijdige voorschrift deel uitmaakt of het buiten toepassing laten van het voorschrift leidt tot daadwerkelijke toewijzing van het door de particulier geclaimde recht. Het kan ook zijn dat het niet toepassen van het strijdige voorschrift slechts een leemte in de nationale wetgeving doet ontstaan die derhalve eerst door de nationale wetgever ingevuld moet worden.

Strikt genomen, sluit de casus van zowel *Mangold* als *Kücükdeveci* de bovenstaande theorie van verticale werking met exclusieve maar geen substituerende effecten, nog steeds niet uit. Het buiten toepassing laten van het discriminatoire voorschrift was in beide zaken voldoende om op basis van de resterende, nationale arbeidsregels dezelfde behandeling af te kunnen dwingen. Toch lijkt het meer aannemelijk dat het HvJ de route heeft gevolgd zoals die werd voorgesteld door A-G Tizzano in zijn conclusie bij *Mangold*. De A-G haalt namelijk de ‘verticale theorie’ uitvoerig aan maar verwierpt deze als gekunsteld.⁹ In plaats daarvan stelt hij voor om horizontale werking te verlenen aan het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van (destijds) communautair recht, een voorstel dat lijkt te zijn gevolgd door het HvJ in *Mangold* en herhaald in *Kücükdeveci*.

2.3 *Consequenties voor de nationale rechtspraktijk*

Ook al gaan de arresten op de keper beschouwd niet om de horizontale werking van richtlijnen maar om de horizontale werking van algemene beginselen die behoren tot de Unierechtsorde, de gevolgen hoeven in de praktijk niet veel te verschillen. Er zijn al uiteenlopende ‘vergezichten’ geschetst in de Nederlandse arbeidrechtliteratuur over de gevolgen van de arresten.

Zo zouden mogelijkheden ontstaan voor de directe toetsing van de Nederlandse arbeidswetgeving aan het Unierechtelijke

9 Conclusie bij *Mangold*, par. 106.

non-discriminatiebeginsel, niet alleen op de grond van leeftijd maar ook op de andere gespecificeerde discriminatiegronden (ras, sekse, seksuele voorkeur, geloof of handicap), of zelfs in geval van niet-gespecificeerde gronden. Het laatste was bijvoorbeeld aan de orde in het *Parallel Entry*-arrest van de Hoge Raad over gelijke beloning in vergelijkbare gevallen. Vas Nunes stelt voorzichtig dat vanwege de *Mangold/Kücükdeveci*-arresten vraagtekens zijn te plaatsen bij de houdbaarheid van deze leer.

Voorts zijn er ook consequenties geopperd die andere aspecten raken. De Mol wijst bijvoorbeeld op de temporele aspecten van het Unierechtelijke beginsel van gelijke behandeling dat, zoals blijkt uit het *Mangold*-arrest, geacht wordt deel uit te maken van het primaire Unierecht nog voordat de implementatieperiode van Kaderrichtlijn 2000/78/EG was verstreken. Volgens De Mol zal dit tijdsaspect van het beginsel aan belang inboeten, althans met betrekking tot de genoemde richtlijn, omdat de omzettingstermijn daarvan inmiddels ruim verstreken is.¹⁰ Dit sluit echter niet uit, lijkt me, dat de temporele aspecten van het algemene beginsel nog steeds van belang zouden kunnen zijn, ook met betrekking tot de Kaderrichtlijn, voor zover het gaat om de terugwerkende kracht van het ingeroepen primaire Unierecht van gelijke behandeling. Als het bijvoorbeeld om de opbouw van aanvullende pensioenrechten gaat, die onder de Kaderrichtlijn zijn begrepen, is wellicht een problematiek denkbaar die vergelijkbaar is met *Barber* destijds. Is het na *Mangold/Kücükdeveci* hierom eveneens van belang om te weten wanneer eigenlijk precies het algemene beginsel van gelijke behandeling geacht kan worden deel te zijn gaan uitmaken van de Unierechtsorde?

Als laatste ‘vergezicht’ zijn de mogelijke consequenties van de arresten voor de directe toepassing van andere algemene beginselen van Unierecht te noemen. A-G Bot wijst er in zijn conclusie bij *Kücükdeveci* op dat het HvJ ongetwijfeld vaker geconfronteerd zal gaan worden met de vraag naar de horizontale werking van richtlijnen omdat met het van kracht worden van het Handvest uiteenlopende grondrechten die in eerdere instantie zijn uitgewerkt in richtlijnen, tot het primaire Unierecht zijn gaan behoren.¹¹

10 *EHCR* 2010/42.

11 Conclusie dd. par. 90. Voorbeelden van grondrechten die eerder in richtlijnen zijn uitgewerkt zijn, behalve het non-discriminatieverbod van art. 21 Handvest, het recht op gezonde, veilige en waardige arbeidsomstandigheden, beperking van de maximale arbeidsduur en jaarlijkse vakantie met behoud van loon (art. 31 Handvest) en het recht op informatie en raadpleging (art. 27 Handvest).

De geschetste consequenties en mogelijkheden voor toepassing in de Nederlandse rechtspraktijk worden hierna verder besproken. Ik ga daarbij in op, achtereenvolgens, de strekking of werkingssfeer van het Uniebeginsel van gelijke behandeling (paragraaf 3), de temporele aspecten ervan (paragraaf 4) en de mogelijke consequenties van de toepassing van Uniebeginselen voor een aantal specifieke, Nederlandse arbeidswetten (paragraaf 5).

3 De strekking van het Uniebeginsel van gelijke behandeling

Waar in *Mangold* nog stelselmatig van het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd wordt gesproken, is het beginsel in *Kücükdeveci* al ruimer geformuleerd. Het HvJ spreekt van “het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep” en even later van “het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd dat een algemeen beginsel van Unierecht is voor zover het een bijzondere toepassing is van het algemene beginsel van gelijke behandeling” (zie hiervoor paragraaf 2). Zoals gezegd, is het ook niet de eerste keer dat het HvJ gelijke behandeling als een Unierechtelijk beginsel aanmerkt. Dat was al het geval in *Defrenne III*, waar het om het communautaire beginsel van gelijke behandeling naar sekse ging.¹² Autonome werking verkreeg dit laatste beginsel echter niet, al kan beweerd worden dat daar ook geen aanleiding voor was omdat (destijds) artikel 119 van het EEG-Verdrag zelf al tot het primaire gemeenschapsrecht behoorde en het HvJ daaraan directe, horizontale werking had verleend in *Defrenne II*. Wel interessant is dat het HvJ, op aangeven van A-G Bot, in zijn verwijzingen in *Kücükdeveci* de *Defrenne*-zaak opvoert als precedent.¹³ Ten aanzien van Richtlijn 75/117/EEG over gelijke beloning was immers destijds ook aangenomen dat deze richtlijn slechts ‘verduidelijking’ gaf aan artikel 119 van het EEG-Verdrag. Daardoor viel bijvoorbeeld het recht op gelijk loon in geval van *gelijkwaardig* werk, een uitbreiding die in de richtlijn was getroffen, onder het horizontaal werkende, primaire gemeenschapsrecht hoewel artikel 119 zelf toen nog slechts zag op ‘gelijk’ werk.

¹² Nr. 149/77, *Jur.* 1978, 1365, r.o. 27.

¹³ R.o. 21.

3.1 *Voorbij non-discriminatie op grond van leeftijd*

Het lijkt aannemelijk dat de strekking van het Unierechtelijke beginsel van gelijke behandeling zich niet beperkt tot de grond van leeftijd. Het omvat tenminste ook de grond van sekse, zoals hiervoor bleek. Het HvJ preciseert voorts in *Kücükdeveci* dat het beginsel van non-discriminatie naar leeftijd “een bijzondere toepassing is van het algemene beginsel van gelijke behandeling”. Samen met het feit dat de Kaderrichtlijn meerdere discriminatiegronden bestrijkt en deze richtlijn door het HvJ als een uitwerking van het Uniebeginsel van gelijke behandeling wordt aangemerkt, zou het een logische gevolgtrekking zijn dat het algemene beginsel van Unierecht in principe alle in de richtlijn uitgewerkte discriminatiegronden omvat.

Op grond van overige rechtspraak van het HvJ valt zelfs te verdedigen dat het algemene beginsel niet beperkt is tot de in artikel 19 van het VWEU gespecificeerde discriminatiegronden. Ook het algemene beginsel dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden, is door het HvJ erkend als algemeen beginsel van Unierecht in een lange en bestendige lijn van jurisprudentie.¹⁴ In de toelichting bij artikel 20 van het Handvest (‘gelijkheid voor de wet’) wordt expliciet bevestigd dat het hier om een door het HvJ erkend beginsel gaat.¹⁵ Volgens vaste rechtspraak van het HvJ houdt het beginsel in dat ‘vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is’.¹⁶ Hoewel het dus zeker niet nieuw is dat het HvJ het gelijkheidsbeginsel tot de algemene beginselen van de Unierechtsorde rekent, moet wel de functie van deze beginselen in het oog worden gehouden. Omdat het Unierecht bepaalde, processuele en (tot voor kort) fundamentele rechtswaarborgen mist, heeft het HvJ in het verleden beginselen zoals legaliteit, recht op een eerlijk proces, opgewekt vertrouwen en ook andere in de lidstaten erkende grondrechten waaronder ook gelijke behandeling, bestempeld als (ongeschreven) algemene beginselen die deel uitmaken van de Unierechtsorde. Alle instellingen van de Unie die behoren tot deze rechtsorde zijn daaraan gebonden in hun handelen en derhalve ook de lidstaten voor zover zij uitvoering geven aan regelingen van Unierecht.¹⁷ Voor wat betreft de

14 O.a. nr. 283/83, *Jur.* 1984, I-3791 (*Racke*); nr. C-15/95, *Jur.* 1997, I-1961 (*EARL*); nr. 292/97, *Jur.* 2000, I-2737 (*Karlsson*).

15 Toelichtingen bij het Handvest, *PbEU* 2007, C 303/17.

16 R.o. 38 (*Karlsson*).

17 HvJ 24 maart 1994, nr. C-2/92, *Jur.* 1994, p. I-955 (*Bostock*).

plicht tot gelijke behandeling zou dus eerder van een *accessoir* recht gesproken moeten worden, enigszins vergelijkbaar met artikel 14 van het EVRM. Het algemene Uniebeginsel van gelijke behandeling moet in acht worden genomen voor zover het de toepassing en uitvoering van het overige Unierecht betreft.

3.2 'Gelijkheid voor de wet' en de uitvoering van richtlijnen

Het voorafgaande geldt ook voor de uitvoering van richtlijnen. Er zijn verschillende voorbeelden in de rechtspraak van het HvJ waarbij de uitvoeringswijze van richtlijnen rechtstreeks wordt getoetst aan het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van Unierecht. In *Rodríguez Caballero* ging het om Insolventierichtlijn 80/987/EG.¹⁸ Het Spaanse recht bood de werknemer geen loongarantie in geval van insolventie van zijn werkgever met betrekking tot ontslagvergoedingen die bij schikking waren vastgesteld, in plaats van door de rechter. Het HvJ maakt duidelijk dat zodra een nationale, wettelijke regeling binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht komt, beoordeeld moet worden of die regeling verenigbaar is met de fundamentele rechten, in dit geval het algemene beginsel van gelijkheid en non-discriminatie, waarvan het HvJ de eerbiediging verzekert. Het HvJ oordeelt dan ook in *Rodríguez Caballero* dat de nationale rechter elke nationale, discriminerende bepaling buiten beschouwing moet laten zonder dat hij de opheffing ervan door de wetgever heeft te vragen of af te wachten, en op de leden van de door die discriminatie benadeelde groep dezelfde regeling dient toe te passen als op de andere werknemers (dit overigens met een verwijzing naar *Nimz*,¹⁹ welke zaak over ongelijke beloning naar sekse handelde).²⁰ Opmerkelijk is dat niet alleen rechtstreeks wordt getoetst aan het algemene gelijkheidsbeginsel ongeacht de differentiatiegrond, maar ook dat het Uniebeginsel in dit geval tot meer dan een zuivere, exclusieve werking dient te leiden. Niet alleen moet de rechter een strijdig voorschrift buiten toepassing laten maar ook op de benadeelde groep dezelfde regeling toepassen die geldt voor de andere werknemers.

De *Mangold/Kückdeveci*-arresten lijken eerder een bevestiging dan een wijziging van de lijn van rechtspraak zoals deze al uit onder meer *Rodríguez Caballero* volgde. Een voortgaande lijn blijkt ook

18 HvJ 12 december 2002, *JAR* 2003/73.

19 HvJ 7 februari 1991, nr. C-184/89, *Jur.* 1991, p. I-297.

20 R.o. 43.

uit *Chatzi*, welke zaak na *Kücükdeveci* werd gewezen.²¹ De vraag of ouders van een tweeling recht hebben op dubbel ouderschapsverlof, evenals de ouders van twee kinderen, wordt niet alleen aan Ouderschapsverlofrichtlijn 96/34/EG zelf getoetst maar daarnaast ook rechtstreeks aan “het beginsel van gelijke behandeling dat deel uitmaakt van de algemene beginselen van het recht van de Unie en waarvan het fundamentele karakter is vastgelegd in artikel 20 van het Handvest”.²² Opnieuw wordt het Uniegrondrecht van gelijke behandeling toegepast op ‘welke grond dan ook’. Na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon kan het HvJ bovendien ook naar het verbindend geworden artikel 20 van het Handvest (gelijkheid voor de wet) verwijzen, al lijkt dit weinig toe te voegen aan de toets aan de algemene beginselen van Unierecht.

3.3 *Horizontale werking van het Uniebeginsel binnen de Nederlandse rechtspraak*

Directe toetsing aan gelijke behandeling als algemeen beginsel van Unierecht waarbij in geval van strijd de rechter het nationale recht niet mag toepassen, zoals in *Mangold/Kücükdeveci*, vormt op grond van het voorafgaande geen breuk met het verleden. Wel nieuw in de *Mangold/Kücükdeveci*-arresten is echter de horizontale werking van het Uniebeginsel.²³ Hoewel het HvJ aan dit aspect geen enkele overweging wijdt in de beide arresten, moet geconstateerd worden dat de hiervoor besproken zaken *Rodríguez Caballero* en *Chatzi* rechtsgeschillen betroffen die waren aangespannen tegen, respectievelijk, het Spaanse loongarantiefonds dat een zelfstandig bestuursorgaan lijkt te zijn en het Griekse Ministerie van Financiën. Zoals het HvJ in *Mangold* en *Kücükdeveci* echter niet stilstaat bij het feit dat het geschil particuliere verweerders betrof, staat het HvJ in de andere twee zaken niet stil bij de vraag of de verweerders tot onderdeel van de staat zijn te rekenen. In alle zaken wordt slechts benadrukt dat op de nationale rechter als onderdeel van de staat de verplichting rust om de uit het Unierecht voortvloeiende rechtsbescherming te verzekeren.

21 HvJ 16 september 2010, nr. C-149/10, *EHRC* 2010/132 (m.nt. A. Veldman).

22 R.o. 63.

23 Vergelijk hierover De Mol (*EHRC* 2010/42) die ook wijst op een andere uitspraak van het HvJ uit 2009 waarin horizontale directe werking wordt toegekend aan het algemene beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit.

Vaststaat dat de toetsing van nationaal recht aan het (ongeschreven) Uniebeginsel van gelijke behandeling, ook wanneer het hoofdgeding een geschil tussen particulieren betreft, tot gevolg heeft dat de Europese rechter ‘het monopolie’ verwerft op de finale uitleg van dit beginsel.

Vanuit dit oogpunt is af te vragen, zoals Vas Nunes doet,²⁴ of dit ook consequenties moet hebben voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de arbeid door de Nederlandse rechter. Volgens de *Parallel Entry*-jurisprudentie van de Hoge Raad is het handelen van de werkgever in strijd met het gelijkheidsbeginsel alleen dan ongeoorloofd, wanneer dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.²⁵ Het voorwerp van geschil in *Parallel Entry*, namelijk ongelijke beloning zonder dat van een verboden discriminatiegrond sprake was, valt inhoudelijk gezien onder het door het HvJ erkende Uniebeginsel van gelijke behandeling, zoals hiervoor is betoogd. Het naar Nederlands recht ondergeschikt maken van het gelijkheidsbeginsel aan de redelijkheid en billijkheid zou daarmee in strijd kunnen zijn. Desondanks zou ik menen dat het Uniegrondrecht niet van toepassing is op de situatie die aan de orde was in *Parallel Entry* omdat deze buiten de werkingssfeer van het Unierecht valt.²⁶ Beloning als zodanig valt niet onder de regelgevende competenties van de Unie (art. 153 lid 5 VWEU) en gelijke beloning wordt slechts door Uniewetgeving bestreken voor zover het om bepaalde, gespecificeerde differentiatiegronden gaat (art. 157 VWEU, de non-discriminatie-richtlijnen bij de arbeid en de richtlijnen over deeltijd-, uitzend- en tijdelijk werk).

Het toepassingsbereik van het Uniegrondrecht van gelijke behandeling kent hiermee een belangrijke beperking. De nationale maatregel moet binnen de werkingssfeer van het Unierecht kunnen worden gebracht voordat een Uniebeginsel daarop van toepassing kan zijn. Daarvoor bestaan verschillende manieren. Het kan om een uitvoeringsmaatregel van Unierecht gaan of er is anderszins een aanknopingspunt met het Unierecht omdat de situatie of materie door bijvoorbeeld een richtlijn wordt bestreken. In *Mangold* ging het om een nationale uitvoeringsmaatregel van Richtlijn 99/70/EG (raamovereenkomst over arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd). In *Kücükdeveci* viel de nationale regeling van de ontslagvoorwaarden binnen het toepassingsbereik van Richtlijn 2000/78/EG. In

24 P.C. Vas Nunes, ‘Kücükdeveci: een wake-up call’, *TAP* 2010-4, p. 151.

25 HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68.

26 Zie ook mijn annotatie bij *Mangold*, *ArA* 2006-3, p. 78-100, m.n. noot 16.

Bartsch ontbrak juist deze band waardoor het Unierechtelijk beginsel van gelijke behandeling niet van toepassing was. Noch Richtlijn 2000/78/EG waarvan de omzettingstermijn niet was verstreken, noch artikel 19 van het VWEU dat slechts een machtigingsbepaling vormt voor Uniewetgeving konden volgens het HvJ de regeling van het aanvullende nabestaandenpensioen in *Bartsch* onder de werkingssfeer van het Unierecht brengen.²⁷

Of een aanknopingspunt met het Unierecht is te vinden, is een kwestie die overigens uiteenlopend gewaardeerd kan worden. De afbakening tussen de Unierechtsorde en de nationale rechtsorde vormt geen strakke lijn. Morijn geeft een aardig voorbeeld van buiten het arbeidsrecht. Volgens de Europese Commissie valt de Litouwse wet die de publieke circulatie verbiedt van informatie waarin homoseksualiteit wordt 'gepromoot', binnen de werkingssfeer van het Unierecht omdat het gedeeltelijk onder het bereik valt van de richtlijnen over audiovisuele mediadiensten en e-commerce.²⁸ Daar zal niet iedere lidstaat het niet mee eens zijn. Desalniettemin is de vraag hoe ver de werkingssfeer van het Unierecht precies strekt wel bepalend voor het toepassingsbereik van de Uniegrondrechten, of zij nu erkend zijn door het HvJ als algemene beginselen of door het Handvest.

4 Temporele aspecten van het Uniebeginsel

Is het van belang om te weten vanaf wanneer het beginsel van gelijke behandeling is gaan behoren tot de erkende beginselen van de Unierechtsorde? De vraag zou relevant kunnen zijn in verband met de geldigheid van rechtsaanspraken nog vóórdat de omzettingstermijn van een richtlijn die hetzelfde onderwerp regelt, is verstreken (*Mangold*), dan wel in verband met de terugwerkende kracht van rechtsaanspraken die nadien aanhangig zijn gemaakt. Illustratief met betrekking tot het laatste is de bij het HvJ aanhangige zaak *Römer/Freie und Hansestadt Hamburg*.²⁹

Römer die sinds 2001 een geregistreerd partnerschap is aangegaan, betwist de hoogte van zijn aanvullend ouderdomspensioen dat is berekend op een (lagere) grondslag voor ongehuwden. Hij meent

27 HvJ 23 september 2008, nr. C-427/06, *JAR* 2008/319, r.o. 17-18.

28 J. Morijn, 'Het juridisch bindende handvest van de grondrechten van de EU: eerste ervaringen en openstaande vragen', *Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten* 2011-1, p. 45-62.

29 Nr. C-147/08, *PbEU* 2008, C 171/15-16.

dat sprake is van strijd met de Kaderrichtlijn omdat de pensioenregeling homoseksuelen benadeelt die (naar Duits recht) niet kunnen trouwen. In antwoord op de prejudiciële vraag naar de gevolgen *ratione temporis* van een mogelijke discriminatie stelt A-G Jääskinen in zijn conclusie dat hier dezelfde redenering als in *Mangold* moet gelden. Nationaal recht moet buiten toepassing blijven wanneer dat strijdig is met een algemeen beginsel van Unierecht, in dit geval het verbod op discriminatie op grond van seksuele geaardheid, en zulks met ingang van een datum die vóór het verstrijken van de omzettingstermijn van de Kaderrichtlijn ligt.³⁰ Ook als men de A-G volgt in zijn oordeel dat het Uniebeginsel van gelijke behandeling hier in het geding is, is het qua temporele gevolgen moeilijk staande te houden dat het verbod op discriminatie naar seksuele geaardheid van meet af aan een door het HvJ erkend Uniebeginsel is geweest. Dit is het gevolg van de *Grant*-zaak uit 1998 waarin het HvJ onomwonden verklaarde dat het gemeenschapsrecht, naar de toenmalige stand van het recht, geen recht op gelijke behandeling op grond van seksuele geaardheid kende.³¹ De A-G onderkent dat in de jaren negentig het algemene beginsel voor wat betreft seksuele geaardheid niet erkend was. Hij stelt daarom voor om met betrekking tot de pensioenaanspraken die Römer met ingang van 2001 maakt, uit te gaan van de erkenning van deze discriminatievorm door het Europees Hof van de Rechten van de Mens in december 1999, aangezien de Unie de door het EVRM beschermde grondrechten als algemene beginselen waarborgt (art. 6 lid 3 VEU).³²

Met name voor aanvullende pensioenrechten kan de terugwerkende kracht van het Unierecht van bijzonder belang zijn, zoals in het verleden is gebleken bij de gelijke pensioenrechten voor mannen en vrouwen.³³ Toch geldt ook voor de *Römer*-zaak dat de grootste beperking van de toepassing van een Uniebeginsel van gelijke behandeling op grond van seksuele geaardheid, ook *ratione temporis*, ligt in het feit of de nationale pensioenvoorwaarden wel binnen de werkingssfeer van het Unierecht zijn te brengen. A-G Jääskinen lijkt dit aspect over het hoofd te zien. Evenals geldt voor het

30 Conclusie van 15 juli 2010, onder meer punt 153.

31 HvJ 17 februari 1998, nr. C-249/96, *Jur.* 1998, p. I-621.

32 Punt 147.

33 Naast de terugwerkende kracht van de aanspraak op gelijke behandeling gaat het dan ook nog om het (aanzienlijke) verschil tussen een recht op gelijke pensioenuitkeringen of een recht op gelijke opbouw van pensioenrechten vanaf een zekere datum. In de conclusie bij Römer blijft dit aspect onbesproken.

nabestaandenpensioen in *Bartsch*, zie ik geen aanknopingspunt met het Unierecht voorafgaand aan het moment dat de omzettingstermijn van Richtlijn 2000/78/EG (in 2003) is verlopen. Toepassing van dezelfde redenering als in *Mangold* gaat mank omdat de litigieuze regeling in die zaak niet slechts onder de Kaderrichtlijn viel, waarvan de termijn nog niet was verstreken, maar volgens het HvJ uitvoering gaf aan Richtlijn 99/70/EG.

Dit leidt tot de meer algemene conclusie dat het Uniebeginsel van gelijke behandeling niet verder kan terugwerken dan de datum waarop de specifieke regeling van Unierecht, die een nationale regeling onder de werkingssfeer van het Unierecht brengt, geldig recht is geworden. Voor discriminerende maatregelen in de arbeid op ‘nieuwe’ gronden, zoals leeftijd of seksuele geaardheid zal dat vaak samenvallen met het einde van de omzettingstermijn van de Kaderrichtlijn en daarom niet tot ‘verrassingen’ hoeven te leiden. Dit is anders wanneer het discriminerende voorschrift *ratione materiae* is onder te brengen onder een andere, eerdere arbeidsrichtlijn. Een voorbeeld hiervan uit de Europese rechtspraak is, naast *Mangold*, de *CTG*-zaak. Ter stimulering van het aannemen van jongeren werd deze categorie van werknemers uitgesloten van de berekening van het relevante aantal werknemers voor een collectief ontslag.³⁴ Hoewel de uitspraak van een latere datum is dan *Mangold*, kwam leeftijdsdiscriminatie als Uniebeginsel echter niet ter sprake. In plaats daarvan achtte het HvJ de uitsluiting van jongere werknemers in strijd met de richtlijn over collectief ontslag zelf.

5 Toepassing van het Uniebeginsel op de Nederlandse arbeidswetgeving

De belangrijkste implicatie van de *Mangold/Kücükdeveci*-leer is de horizontale directe werking van het Uniebeginsel van gelijke behandeling. Hoewel toegepast in een geding tussen particulieren, beperkt de horizontale werking van het beginsel zich tot zoverre tot een grondslag voor de toetsing van de rechtmatigheid van nationale wetgeving. In zoverre blijft het HvJ nog enigszins trouw aan de leer dat de algemene beginselen van Unierecht zien op het handelen van de Unie zelf met inbegrip van de lidstaten voor zover zij uitvoerder zijn van Unierecht (zie paragraaf 3.1). Of de horizontale werking doorgetrokken zal worden naar private regels en handelingen, betwijfel ik daarom ook.

34 HvJ 18 januari 2007, nr. C-385/05, *Jur.* 2007, p. I-611.

In geval van strijdige wetgeving biedt de *Mangold/Kücükdeveci*-leer echter mogelijkheden voor de praktijk om in een geding tegen een particuliere werkgever rechtstreeks aanspraken te ontleen aan het Uniebeginsel, zonder het optreden van de nationale wetgever te hoeven afwachten.

Op het gebied van leeftijdsdiscriminatie is bijvoorbeeld te denken aan de tijdelijke verruiming van de ketenregeling van artikel 7:668a van het BW voor jongeren onder de 27 jaar. Dit is mogelijk in strijd met de Kaderrichtlijn wanneer op grond van het *Mangold*-arrest, dat een soortgelijke regeling voor ouderen betrof, wordt aangenomen dat het middel niet proportioneel is om jeugdwerkloosheid te bestrijden omdat het alleen leeftijd als criterium hanteert en bijvoorbeeld geen rekening houdt met de (duur van de) werkloosheidsstatus van de jongere werknemer. In geval van een vierde, opeenvolgende overeenkomst voor bepaalde tijd zou in rechte gesteld kunnen worden dat sprake is van een overeenkomst voor onbepaalde tijd wanneer de rechter het zesde lid van artikel 7:668a van het BW op grond van de *Mangold/Kücükdeveci*-leer buiten toepassing moet laten.

Een soortgelijke rechtsactie is denkbaar met betrekking tot het onderscheid in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML). Een werknemer onder de 23 jaar die het minimumjeugdloon verdient, zou een loonvordering kunnen instellen ter hoogte van het minimumloon voor volwassenen wanneer de rechter het leeftijdscriterium uit de WML op grond van de *Mangold/Kücükdeveci*-leer buiten toepassing moet laten. Ook hier kan betoogd worden dat het in de wet gehanteerde middel onvoldoende geschikt is om jonge werknemers meer kansen op werk te bieden omdat het alleen leeftijd als criterium hanteert, zonder met andere omstandigheden rekening te houden. Bovendien geldt, zoals het HvJ in *Kücükdeveci* overwoog, dat de leeftijdsgrens jonge werknemers op ongelijke wijze treft, namelijk alleen die jongeren die op jonge leeftijd zonder of slechts na een korte beroepsopleiding gaan werken en niet de jongeren die pas na een langere opleiding aan de slag gaan.

Er komen meer ‘vergezichten’ in beeld wanneer de *Mangold/Kücükdeveci*-redenering ook van toepassing zou zijn op andere algemene beginselen van Unierecht. Heerma van Voss en Van Sloten wijzen op het vakantierecht van artikel 7:635, vierde lid, van het BW dat vanwege het *Schultz/Springer*-arrest³⁵ strijdig is met de Arbeids-tijdenrichtlijn. Het Hof Amsterdam oordeelde dat eerst het optreden

35 NJ 2009, 252.

van de wetgever moet worden afgewacht omdat de bepaling zich niet leent voor richtlijnconforme interpretatie.³⁶ Heerma van Voss en Van Sloten stellen echter, op de voet van het *Kücükdeveci*-arrest, dat de Arbeidstijdenrichtlijn slechts een concretisering vormt van het Uniegrondrecht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon (art. 31 lid 2 Handvest). Op deze grondslag valt te betogen dat de rechter artikel 7:635, vierde lid, van het BW buiten toepassing moet laten, los van het vraagstuk van de horizontale werking van richtlijnen.³⁷

Het lijkt bij deze redenering nog wel de vraag of de grondrechten uit het Handvest op één lijn zijn te zetten met de (ongeschreven) algemene beginselen van Unierecht. Waar tenminste het algemene beginsel van gelijke behandeling op grond van leeftijd tegen particulieren kan worden ingeroepen, is dat bij de rechten uit het Handvest waarschijnlijk niet het geval.³⁸ Het HvJ beschouwt het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon echter ook als ‘een bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht’.³⁹ Langs deze weg zou het via de *Mangold/Kücükdeveci*-redenering mogelijk horizontale werking kunnen hebben. Hier staat wel tegenover dat het bedoelde beginsel van communautair sociaal recht in het verleden nooit autonoom is toegepast maar altijd ter ondersteuning van de uitleg van de Arbeidstijdenrichtlijn. Van het algemene Uniebeginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie daarentegen zijn meerdere voorbeelden te vinden van autonome toepassing. Kortom, als gevolg van het Handvest verwerven de andere, voor het arbeidsrecht, relevante beginselen wel een zelfstandige status, maar lijkt het de vraag of zij dáárdoor ook toepassing kunnen vinden in horizontale situaties.

6 Conclusies

Het *Kücükdeveci*-arrest bevestigt dat gelijke behandeling in de arbeid een algemeen beginsel van Unierecht is en derhalve een Uniegrondrecht. Hoewel directe toetsing van nationaal recht aan het algemene beginsel van gelijke behandeling zeker geen nieuwe ontwikkeling is in het Europees recht, is wel nieuw dat het arrest, en zijn voorganger *Mangold*, horizontale werking verlenen aan dit algemene beginsel. Dit houdt naar alle waarschijnlijkheid niet in dat het algemene beginsel van gelijke behandeling van toepassing is op private regels

36 Hof Amsterdam 10 november 2009, *LJN* BK4648.

37 *NJB* 2010, p. 951.

38 Zie bij De Mol, *EHRC* 2010/42.

39 O.a. nr. C-173/99, *Jur.* p. I-4881, r.o. 43 (BECTU).

en handelingen maar wel dat het mogelijk is om de rechtmatigheid van nationaal recht te toetsen in gedingen tussen particulieren. Omdat met het beginsel strijdige, nationale bepalingen buiten toepassing moeten blijven, kan de werknemer direct rechten ontleen aan het algemene beginsel van Unierecht, ook tegenover een particuliere werkgever. Dit opent nieuwe kansen voor de rechtspraktijk. Hierbij lijkt het wel voornamelijk te zullen gaan om Nederlandse arbeidswetten die mogelijk in strijd zijn met de Kaderrichtlijn.

Hoewel op grond van zowel eerdere als latere rechtspraak van het HvJ valt te betogen dat het door het HvJ bedoelde algemene beginsel ziet op de gelijke behandeling van gelijke gevallen ongeacht de aard van de differentiatiegrond, zijn er belangrijke beperkingen aan de toepassing van het beginsel. De lidstaten met in begrip van de rechter zijn slechts gehouden het Uniegelijkheidsbeginsel toe te passen voor zover uitvoering wordt gegeven aan overig Unierecht. De nationale maatregel moet derhalve eerst binnen de werkingssfeer van het Unierecht gebracht kunnen worden. Algemene beloningsmaatregelen, zoals bijvoorbeeld aan de orde in de *Parallel Entry*-zaak, lijken hierdoor niet geraakt te kunnen worden. Ook zal het consequenties kunnen hebben voor de terugwerkende kracht van het beginsel. Het Uniebeginsel van gelijke behandeling in de arbeid zal niet verder kunnen terugwerken dan de datum waarop de arbeidsrichtlijn, die een nationale regeling onder de werkingssfeer van het Unierecht brengt, geldig recht is geworden. In geval van discriminerende wetgeving naar leeftijd zal dit vaak samenlopen met het einde van de omzettingstermijn van de Kaderrichtlijn, tenzij het om een materie gaat die door een eerdere arbeidsrichtlijn is geregeld (bijvoorbeeld arbeidstijden, tijdelijke arbeidsovereenkomsten, collectief ontslag).

Tot slot valt te concluderen dat ook de aanwending van een ‘*Mangold/Kückdeveci*-redenering’ op andere, voor het arbeidsrecht relevante beginselen van Unierecht de nodige haken en ogen kent. De door het HvJ erkende beginselen van communautair sociaal recht zijn, anders dan het gelijkheidsbeginsel, niet eerder zelfstandig toegepast, ook niet in verticale situaties. Wel zijn er in het verbindend geworden Handvest verschillende sociale grondrechten gecodificeerd die eerder in arbeidsrichtlijnen zijn uitgewerkt. In deze gevallen valt te beweren dat de richtlijnen slechts een concretisering zijn van direct toepasselijk, primair Unierecht. Het is echter de vraag of de grondrechten uit het Handvest, wanneer zij niet tevens zijn erkend en zelfstandig toegepast als algemeen beginsel van Unierecht, ook horizontale werking kunnen verkrijgen.

Maakt de kantonrechtersformule een verboden onderscheid naar leeftijd?

*Y. van Gernerden en E.M. Hoogeveen*¹

Zowel in de literatuur als in de lagere rechtspraak is de vraag opgeworpen of de kantonrechtersformule verboden onderscheid naar leeftijd maakt en derhalve in strijd is met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL). Het lijkt erop dat de Hoge Raad deze vraag in het arrest *Rutten/Breed*² ontkennend heeft beantwoord. In dit artikel zal worden nagegaan of de opvatting van de Hoge Raad, mede gelet op de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ), juist is.

1 Direct en indirect onderscheid

De kantonrechtersformule maakt zowel direct als indirect onderscheid op basis van leeftijd. Bij het berekenen van de hoogte van de vergoeding wordt in de A-factor, zoals bekend, uitgegaan van het aantal gewogen dienstjaren van de werknemer. Dit onderscheid is direct omdat – afhankelijk van de leeftijd van de werknemer – een half, één, anderhalf of twee maandsalaris(sen) per gewerkt dienstjaar heeft te gelden als uitgangspunt voor de vergoeding. Het hanteren van de lengte van het dienstverband is ook een vorm van indirect onderscheid: in het algemeen zullen oudere werknemers meer dienstjaren hebben dan jongere werknemers, zodat de formule gemiddeld genomen voor oudere werknemers gunstiger uitpakt.

¹ Mevr. mr. Y. van Gernerden en mevr. mr. E.M. Hoogeveen zijn advocaat bij DLA Piper te Amsterdam.

² HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72.

2 Leefijdscriminatie

In tegenstelling tot de meeste andere gelijkebehandelingswetten, kan blijkens artikel 7 van de WGBL zowel indirect als direct onderscheid objectief gerechtvaardigd zijn. De vraag of een vastgesteld onderscheid objectief gerechtvaardigd is, verloopt volgens de vaste toetsingscriteria van het HvJ: is het doel van het onderscheid legitiem (legitimiteitsvereiste) en zijn de middelen om dat doel te bereiken passend (doelmatigheidsvereiste) en noodzakelijk (proportionaliteitsvereiste). Dit is ook gecodificeerd in artikel 7, eerste lid, onder c, van de WGBL.

Nu de kantonrechtersformule onderscheid maakt naar leeftijd, is het dan ook de vraag of dit gemaakte onderscheid ook een verboden onderscheid is, oftewel: valt het gemaakte onderscheid objectief te rechtvaardigen? Heemskerk wijst erop dat in de toelichting op de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters, noch in de literatuur aandacht is besteed aan de reden voor het hanteren van leeftijd als een criterium voor ontslagvergoeding.³ Zelf onderscheidt hij een tweeledig doel, namelijk het honoreren van bedrijfstrouw en inkomensbescherming. Naar onze mening is ‘bedrijfstrouw’ oftewel ‘anciënniteit’ met name het achterliggende doel voor het laten meewegen van het aantal dienstjaren (het indirecte onderscheid) en is het achterliggende doel van het wegen van het aantal dienstjaren (de directe discriminatie) de slechtere arbeidsmarktpositie van oudere werknemers. Dit komt ook overeen met de toelichting bij Aanbeveling 3.2 van de Kring van Kantonrechters: “De A-factor gaat uit van het beginsel dat trouwe dienst billijkheidshalve van invloed is op de hoogte van de ontbindingsvergoeding en de leeftijdscorrectie ziet op de met het ouder worden verslechterende positie van de werknemer op de arbeidsmarkt.”

3 Indirect onderscheid en het *Cadman*-arrest

Op grond van het *Cadman*-arrest⁴ wordt veelal aangenomen dat het in de kantonrechtersformule gemaakte indirecte onderscheid ter zake

3 M. Heemskerk, ‘Discrimineert de kantonrechter naar leeftijd?’, *ArbeidsRecht* 2006, 2.

4 HvJ 3 oktober 2006, *JAR* 2006/267 (*Cadman*).

de anciënniteit zonder meer gerechtvaardigd zou zijn.⁵ Het ging in deze zaak om mevrouw Cadman, die in dienst was van de Britse arbeidsinspectie (HSE). Het beloningssysteem dat HSE hanteerde, was afhankelijk van de lengte van het dienstverband alsmede van de individuele prestaties. Vier mannelijke collega's die hetzelfde werk deden als Cadman maar wel alle vier langer in dienst waren, hadden een aanmerkelijk hogere beloning ontvangen.⁶ Het HvJ overwoog dat de werkgever anciënniteit mag belonen, zonder dat hij dit specifiek hoeft te rechtvaardigen. Dit is alleen anders als de werknemer gegevens kan verschaffen op grond waarvan ernstig kan worden getwijfeld of toepassing van het criterium beroepservaring in het betrokken geval geschikt is ter bereiking van het doel. Hieruit kan worden afgeleid dat het belonen van anciënniteit in beginsel geen verboden onderscheid oplevert.

Ons inziens geldt deze ruime proportionaliteitstoets uit het *Cadman*-arrest ook voor de toepassing van anciënniteit in de kantonrechtersformule. Wij zien niet in waarom op grond van het enkele feit dat het in het *Cadman*-arrest ging om het belonen van beroepservaring, terwijl het bij de kantonrechtersformule gaat om het belonen van loyaliteit (bedrijfstrouw), een andere maatstaf zou moeten gelden voor de toepassing van anciënniteit als beloningsmaatstaf.⁷ Specifieke objectieve rechtvaardiging voor het mogen laten meetellen van het aantal dienstjaren bij de berekening van de kantonrechtersformule, is ons inziens dus niet vereist. Overigens zijn wij van mening dat de objectieve rechtvaardiging voor het laten meetellen van het aantal dienstjaren bij de berekening van de ontslagvergoeding, wel degelijk aanwezig is. Het belonen van anciënniteit is een legitiem doel; de werknemer wordt op die wijze beloond voor zijn loyaliteit. Dit doel, het belonen van loyaliteit, kan ook niet op een andere,

5 P.S. Vas Nunes, *SDU Commentaar Arbeidsrecht*, Werving en selectie/Gelijke behandeling art. 3 WGBL, C.8.

6 Uit onderzoek van een onafhankelijke Britse commissie was namelijk gebleken dat in de gehele Europese Unie vrouwelijke werknemers in het algemeen een geringere anciënniteit hebben dan hun mannelijke collega's omdat veel vrouwen hun loopbaan onderbreken als zij kinderen krijgen.

7 Zie ook W.C.M. Broersma, 'Cadman: storm in een glas water?', *ArbeidsRecht* 2007, 14.

minder discriminerende wijze worden bereikt.⁸ Dat het belonen van loyaliteit een legitiem doel kan vormen, blijkt overigens ook uit de parlementaire geschiedenis van de WGBL.⁹

4 De Hoge Raad in *Rutten/Breed*

In het arrest *Rutten/Breed* werd de vraag of de kantonrechtersformule verboden leeftijdsonderscheid oplevert voor het eerst voorgelegd aan de Hoge Raad. Het ging in deze zaak om de vraag of het Hof Arnhem de zogenoemde XYZ-formule had mogen toepassen in een artikel 7:681-procedure, welke vraag de Hoge Raad ontkennend beantwoordde. Met betrekking tot de klacht dat de kantonrechtersformule verboden leeftijdsonderscheid maakt, overwoog de Hoge Raad (r.o. 3.9.2): “Het aantal dienstjaren en de leeftijd van de benadeelde zijn factoren waarmee de rechter bij de begroting van de schade rekening kan houden. In hoeverre de lengte van het dienstverband en de hoogte van de leeftijd van de benadeelde een rol spelen, zal afhangen van de omstandigheden van het concrete geval die tot het oordeel hebben geleid dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Dit betekent dat zij individueel moeten worden meegewogen. Dat de rechter daarbij in het algemeen meer gewicht aan deze factoren toekent naarmate het dienstverband langer heeft geduurd en de leeftijd van de betrokkene hoger is, is in overeenstemming met de aard van de aansprakelijkheid en van de schade. Het hof heeft in het onderhavige geval voldoende onderkend dat hierop uitzonderingen mogelijk zijn. Van een verboden algemeen onderscheid naar leeftijd is derhalve reeds daarom geen sprake.”

Het gebruik van een formule in de artikel 7:681-procedure wees de Hoge Raad zoals bekend van de hand. De rechter dient bij het begroten van de schadevergoeding rekening te houden met alle omstandigheden van het geval, waarbij de lengte van het dienstverband en de hoogte van de leeftijd van de werknemer *een* rol kan spelen: individuele weging is vereist. Uit de hiervoor opgenomen rechtsoverweging van de Hoge Raad leiden wij af dat de Hoge Raad

8 Zie ook Ktr. Heerlen 23 augustus 2006, *JAR* 2006/230. Zie anders M. Heemskerk, ‘Discrimineert de kantonrechter naar leeftijd?’, *ArbeidsRecht* 2006, 2. Heemskerk meent dat het leeftijdsonderscheid in de kantonrechtersformule slechts kan worden gerechtvaardigd door het doel ‘inkomensbescherming’ en niet (ook) door het doel ‘belonen van loyaliteit’.

9 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 32.

echter geen problemen lijkt te hebben met het laten meewegen van de factoren leeftijd en duur van het dienstverband. Wel blijft het de vraag of de kantonrechtersformule niet te ver gaat in het veralgemenen van deze factoren bij het bepalen van de hoogte van de ontslagvergoeding. Dat door toepassing van de C-factor tegemoet kan worden gekomen aan het individuele geval, achtte de Hoge Raad niet voldoende om de toepassing van de kantonrechtersformule in een artikel 7:681-procedure te rechtvaardigen. Wel is het juist de C-factor die maakt dat de kantonrechtersformule geen verboden onderscheid op grond van leeftijd met zich brengt. In de praktijk blijkt de C-factor echter niet veel te fluctueren.¹⁰ Daarbij is het jammer dat de Kring van Kantonrechters bij het opstellen van de vernieuwde Aanbevelingen niet uitvoeriger aandacht heeft besteed aan de rechtvaardiging van het gemaakte leeftijds onderscheid in de A-factor.¹¹ Naar onze mening zouden kantonrechters bij het bepalen van de ontslagvergoeding vaker (nader) moeten motiveren waarom zij de C-factor op bepaalde wijze invullen en zouden rechters zich dus vaker dan nu het geval is moeten afvragen of de leeftijd en het dienstverband van de betreffende werknemer inderdaad nopen tot een hogere dan wel lagere vergoeding. De arbeidsmarktpositie van een vijftigjarige advocaat met 25 dienstjaren is in zijn algemeenheid immers lang niet slecht, hetgeen niet geldt voor de vijftigjarige bouwvakker met een gelijk aantal dienstjaren. Dit zou tot uitdrukking moeten en kunnen komen in de C-factor. Uit het hierna te bespreken *Mangold*-arrest blijkt dat het HvJ veel waarde hecht aan de vraag of er ruimte is af te wijken van de hoofdregel als de persoonlijke omstandigheden daartoe nopen.

- 10 Zie C.J. Loonstra en P. Kruit, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2009: vuurwerk in ontslagland!', *ArbeidsRecht* 2010, 27. De laagste toegekende C-factor in 2009 is een C=0,25 van kantonrechter Sap uit Amersfoort (*LJN* BK5741), terwijl de hoogst toegekende C-factor een C=2 was.
- 11 Zie ook G. Heerma van Voss, 'De gemiste kansen van de nieuwe aanbevelingen', *NJ* 2009, 4, p. 236-237. Wel wordt in de Aanbevelingen opgemerkt dat kantonrechters de C-factor (onder andere) kunnen benutten om de kans op de arbeidsmarkt van bijvoorbeeld oudere werknemers te onderzoeken en op deze wijze de vergoeding te beïnvloeden.

5 Het Europese Hof over leeftijdsdiscriminatie

5.1 *Mangold*

Er is over dit onderwerp een aantal relevante arresten van het HvJ omtrent leeftijdsdiscriminatie waaruit het een en ander zou kunnen worden afgeleid over de houdbaarheid van de kantonrechttersformule.¹² In het arrest *Mangold* stond de Duitse wetgeving omtrent het mogen sluiten van een contract voor bepaalde tijd centraal.¹³ De hoofdregel naar Duits recht is dat slechts een contract voor bepaalde tijd mag worden gesloten indien dit door objectieve redenen is gerechtvaardigd. Er gold echter een uitzondering voor oudere werknemers: voor een tijdelijke arbeidsovereenkomst met werknemers van 52 jaar en ouder was geen objectieve rechtvaardiging vereist.¹⁴ Het doel van deze bepaling was volgens de Duitse wetgever om het opnemen in het arbeidsproces van oudere werknemers te bevorderen. In deze zaak ging het om een 56-jarige werknemer (een advocaat) die een arbeidsovereenkomst voor acht maanden kreeg. Het HvJ overweegt dat dit doel redelijkerwijs niet in twijfel kan worden getrokken, waarmee de legitimiteit ervan vaststaat. Het HvJ acht het middel om dit doel te bereiken echter niet passend en noodzakelijk. De regeling geldt voor alle werknemers, ongeacht of zij vóór het sluiten van de arbeidsovereenkomst werkloos waren. Het gevolg van die regeling is dat deze categorie werknemers het gevaar loopt om gedurende een substantieel deel van de beroepsloopbaan te worden uitgesloten van het genot van een vaste dienstbetrekking, waardoor zij minder werknemersbescherming genieten. De leeftijd van de werknemer was het enige criterium voor toepassing van die regeling, terwijl niet was aangetoond dat de gestelde leeftijdsgrens als zodanig, los van iedere overweging van de structuur van de arbeidsmarkt of de persoonlijke situatie van de betrokkene, objectief noodzakelijk was voor de verwezenlijking van het doel om opname van oudere werknemers in het arbeidsproces te bevorderen. Daardoor achtte het HvJ deze wettelijke regeling niet passend en noodzakelijk.

12 Beide arresten zijn voorts van belang in het kader van het kunnen toetsen aan algemene beginselen van EU-recht indien de richtlijn (nog) niet (juist) is omgezet. Deze materie gaat het bestek van dit artikel te buiten. Zie hierover o.a. P.C. Vas Nunes, 'Küçükdeveci: een wake-up call', *TAP* 2010-4, p. 147-151.

13 HvJ 22 november 2005, *JAR* 2005/289 (*Mangold*).

14 Vóór 1 januari 2003 gold als grens dat het ging om een werknemer van 58 jaar of ouder.

Blijkens het *Mangold*-arrest maakt een algemene verwijzing naar het verbeteren van de marktpositie van oudere werknemers als rechtvaardiging van direct leeftijdsonderscheid, dit onderscheid nog niet objectief gerechtvaardigd. Er dient ook naar de individuele situatie van de werknemer te worden gekeken. Wij herhalen daarom ons standpunt dat de kantonrechters bij het toepassen van de C-factor van de kantonrechtersformule meer aandacht zouden moeten besteden aan de arbeidsmarktpositie van *deze* werknemer, en in hoeverre zijn leeftijd daarin een rol speelt. Dat gewerkte dienstjaren van oudere werknemers bij de berekening van de ontslagvergoeding in beginsel zwaarder wegen vanwege de in het algemeen slechtere arbeidsmarktpositie van de oudere werknemer, is ons inziens geen verboden onderscheid. Een belangrijk en ons inziens doorslaggevend verschil is echter dat het in de *Mangold*-zaak ging om wetgeving die nadelig was voor alle oudere werknemers en oudere werknemers zelfs categorisch uitsloot van de arbeidsrechtelijke bescherming van een vast contract. Dat is een vorm van leeftijdsonderscheid die niet te rechtvaardigen valt.

5.2 Küçükdeveci

In dit arrest ging het om mevrouw Küçükdeveci die na een dienstverband van ongeveer tien jaar, toen zij 28 jaar oud was, werd ontslagen door haar werkgever Swedex. De opzegtermijn werd berekend aan de hand van het Duitse Burgerlijk Wetboek (BGB). In het BGB stond dat de duur van de arbeid die is verricht vóór het 25^{ste} levensjaar van de werknemster, niet meetelt bij het bepalen van de duur van de opzegtermijn. In het geval van Küçükdeveci had dit tot gevolg dat in plaats van een opzegtermijn van vier maanden een opzegtermijn van één maand werd gehanteerd. Als doel van deze regeling werd gegeven dat werkgevers een erkend bedrijfseconomisch belang hebben om een flexibel personeelsbeheer te hebben. Dit doel is volgens het HvJ legitiem: het valt onder beleid op het terrein van werkgelegenheid. Het gekozen middel acht het HvJ echter niet passend om het doel te bereiken. Ten eerste geldt de ‘25-jaar-regel’ ongeacht de leeftijd van de werknemer op het tijdstip van het ontslag. Als de werknemer lange tijd in dienst is en pas op hogere leeftijd uit dienst gaat, is deze werknemer minder flexibel, maar wordt hij desalniettemin geconfronteerd met een lage anciënniteit voor de berekening van de opzegtermijn. Het middel is op dit punt dus niet passend. Ten tweede treft het jonge werknemers op ongelijke wijze, aangezien het jongeren treft die op jonge leeftijd

zonder of na een korte opleiding gaan werken en niet de jongeren die pas na een langere beroepsopleiding aan de slag gaan.

In het *Küçükdeveci*-arrest was de Duitse regeling aldus niet objectief gerechtvaardigd omdat niet voldaan was aan het doelmatigheidsvereiste. Daarvoor geeft het HvJ twee redenen. Ten eerste gold de Duitse ‘25-jaar-regel’ ongeacht de leeftijd van de werknemer op het tijdstip van het ontslag, zodat ook bij ontslag van een ‘oudere’ werknemer de opgebouwde anciënniteit niet meetelt. Ten aanzien van die werknemer kan dan niet worden volgehouden dat het doel is ‘flexibele werknemers’ minder ontslagbescherming te geven. Bij de toepassing van de kantonrechtersformule is dit nu juist niet het geval: de oudere werknemer ontvangt bij een gelijk aantal dienstjaren altijd een hogere vergoeding in vergelijking met zijn jongere collega, vanwege het aspect van het wege van de dienstjaren. Zo bezien lijkt de zogenaamde Groen-variant, waarbij het aantal dienstjaren niet wordt gewogen als de werknemer op latere leeftijd in dienst trad, wel in strijd te zijn met het *Küçükdeveci*-arrest.¹⁵ Het doel van het leeftijdsonderscheid in de kantonrechtersformule is zoals gezegd tweërlei; het belonen van anciënniteit en het compenseren van de slechtere arbeidsmarktpositie van de oudere werknemer. Dit laatstgenoemde argument gaat evenzeer op ten aanzien van de werknemer die op latere leeftijd in dienst trad en wordt ontslagen.

De Duitse regeling in het *Küçükdeveci*-arrest is volgens het HvJ voorts niet passend omdat de regeling jongere werknemers die zich sneller op de arbeidsmarkt begeven, harder raakt. Werknemers zonder of met een korte opleiding zitten immers langer onder de ‘25-jaarcategorie’ dan werknemers die zich pas na een (langere) beroepsopleiding op de arbeidsmarkt begeven.

Bij de berekening van de ontslagvergoeding volgens de kantonrechtersformule gaat ook dit argument niet op. Weliswaar zullen werknemers met een korte opleiding zich eerder op de arbeidsmarkt begeven en zo langer in de lagere leeftijdscategorie zitten, maar voor de berekening van de ontslagvergoeding is naast leeftijd ook anciënniteit van belang. Deze werknemers die op jongere leeftijd beginnen, worden in de ontslagvergoeding wel gecompenseerd doordat zij ook meer anciënniteit hebben.

15 Overigens valt binnen de gepubliceerde uitspraken vanaf 1 januari 2009 geen uitspraak meer te vinden waarin de kantonrechter de Groen-variant toepast.

6 Het plafond van de kantonrechtersformule

Een recent arrest van het HvJ in een Deense zaak is van belang voor de maximering van de kantonrechtersformule tot de pensioengerechtigde leeftijd, oftewel het plafond van de kantonrechtersformule.¹⁶ Centraal stond een Deense regeling waarin was bepaald dat werknemers die aanspraak kunnen maken op ouderdomspensioen (in Denemarken gaat het dan om werknemers van zestig jaar of ouder) niet in aanmerking komen voor de speciale ontslagvergoeding ter hoogte van drie maand-salarissen bij een dienstverband van meer dan achttien jaar. Het doel van de speciale ontslagvergoeding was het beschermen van werknemers met een groot aantal dienstjaren in de onderneming, door deze werknemers financieel te helpen bij hun herintreding in het arbeidsproces. Een dergelijk doel valt volgens het HvJ binnen de legitieme doelstellingen van beleid op het terrein van werkgelegenheid en de arbeidsmarkt. Het HvJ acht het doel dat met deze regeling wordt nagestreefd, namelijk het faciliteren van een overgang naar een nieuwe dienstbetrekking, aldus legitiem. Ook is de regeling volgens het HvJ geschikt om dit doel te bereiken. De regeling voldoet echter niet aan de eisen van proportionaliteit, omdat ook werknemers die weliswaar voor ouderdomspensioen in aanmerking komen (60-plussers) maar actief willen blijven op de arbeidsmarkt, erdoor worden benadeeld. Vanwege het feit dat zij een pensioenuitkering *kunnen* krijgen, ontvangen zij geen ontslagvergoeding. De regeling kan werknemers er bovendien toe dwingen een ouderdomspensioen te accepteren dat lager is dan wanneer zij langer zouden doorwerken.

Naar aanleiding van dit arrest is het ons inziens de vraag of deze overweging van het HvJ ook opgaat voor de maximering van de kantonrechtersformule. In de huidige Aanbeveling 3.5 staat: “Indien de verwachte inkomstenderving tot aan de redelijkerwijs te verwachten pensioneringsdatum van de werknemer lager is dan de uitkomst van de formule, dan wordt de vergoeding berekend aan de hand van die inkomstenderving, tenzij verwijtbaarheid, risicosfeer en de overige bijzondere omstandigheden als bedoeld in aanbeveling 3.4.4 billijkheidshalve aanleiding geven tot een andere vergoeding.” In de toelichting bij deze Aanbeveling wordt vermeld dat bij de bepaling van de vergoeding rekening dient te worden gehouden met de mogelijkheid dat een werknemer vrij is zijn pensioendatum te stellen voor of na zijn 65^e jaar. Voorts wordt in de toelichting gesteld dat per

16 HvJ 12 oktober 2010, *JAR* 2010/296 (*Region Syddanmark*).

individuele zaak zal moeten worden nagegaan of de door de werknemer genoemde pensioendatum aannemelijk kan worden geacht.

Evenals hiervoor is aangegeven ten aanzien van de vraag of de A-factor verboden onderscheid oplevert, menen wij dat het ook voor de maximering van de ontslagvergoeding van essentieel belang is dat de regel slechts geldt als hoofdregel: in individuele gevallen kan recht worden gedaan aan de positie van de betreffende werknemer.

7 Is het leeftijdsonderscheid in de kantonrechtर्सformule objectief gerechtvaardigd?

Na de uiteenzetting van de bovengenoemde arresten menen wij dat het leeftijdsonderscheid in de kantonrechtर्सformule geen verboden onderscheid oplevert. Het indirecte onderscheid dat wordt gemaakt door rekening te houden met het aantal dienstjaren (anciënniteit) van de werknemer, behoeft ons inziens gezien het *Cadman*-arrest geen bijzondere rechtvaardiging. Het wegen van het aantal dienstjaren afhankelijk van de leeftijd van de betreffende werknemer ten tijde van het ontslag, is een vorm van direct onderscheid, maar met een legitiem doel. Het wegen van het aantal dienstjaren bij de berekening van de ontslagvergoeding is ook een passende methode om het doel te bereiken. De opgebouwde anciënniteit en de leeftijd van de betreffende werknemer zijn tezamen de parameters van de A-factor, waardoor rekening wordt gehouden met het verslechteren van de arbeidsmarktpositie van de werknemer naarmate hij ouder wordt. Belangrijk is voorts dat aan de individuele situatie van de werknemer tegemoet kan worden gekomen bij de vaststelling van de C-factor. Overigens heeft het HvJ er reeds diverse keren op gewezen dat de lidstaten over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken bij de keuze van de maatregelen die geschikt zijn ter verwezenlijking van hun doelstellingen op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheid, zodat de toets dient te zijn of het middel niet kennelijk ongeschikt is om het legitieme doel te bereiken.¹⁷

Ook aan het proportionaliteitsvereiste is voldaan: het doel kan ons inziens ook niet op een andere wijze worden bereikt die minder

17 Zie o.a. HvJ 22 november 2005, *JAR* 2005/289 (*Mangold*) en HvJ 12 oktober 2010, *JAR* 2010/296 (*Region Sydänmark*).

onderscheidend is. In de literatuur is wel gewezen op de mogelijkheid minder te generaliseren door de leeftijdsfactor afhankelijk te stellen van de sector waar de betreffende werknemer werkzaam is. Niet voor alle sectoren kan immers op gelijke wijze worden geconcludeerd dat de arbeidsmarktpositie van de werknemer dusdanig afneemt als hij ouder wordt.¹⁸ Naar onze mening is dit echter geen beter alternatief omdat een dergelijke meer genuanceerde benadering afbreuk zou doen aan het doel van de kantonrechtersformule, namelijk het vergroten van de rechtszekerheid via een eenvoudig, transparant en makkelijk te hanteren systeem. Bovendien biedt ook hier de C-factor uitkomst. Indien de arbeidsmarktpositie van een werknemer (sterk) afwijkt van hetgeen gebruikelijk is, kan, blijkens de toelichting op Aanbeveling 3.2 voldoende grond bestaan om door middel van de C-factor af te wijken van de gewogen dienstjaren.

18 Zie bijvoorbeeld J.M. van Slooten, 'De inbedding van het gelijkebehandelingsrecht in de arbeidsrechtpraktijk', *ArbeidsRecht* 2007, 40.

Het maken van onderscheid in een sociaal plan

C.S. Kehrer-Bot en E.L.J. Bruyninckx¹

In deze bijdrage wordt het sociaal plan tegen het licht van de gelijkebehandelingswetgeving gehouden. Daarbij ligt de focus enerzijds op seniorenregelingen, waarbij aan oude(re) werknemers andersoortige regelingen worden aangeboden dan aan jonge(re) werknemers en anderzijds op regelingen waarbij onderscheid wordt gemaakt naar de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst.

1 Inleiding

De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) heeft zich een aantal keren uitgelaten over de vraag of in strijd met de op 1 mei 2004 in werking getreden Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) wordt gehandeld indien in een sociaal plan aan oude(re) boventallige werknemers een andere vertrekregeling wordt aangeboden dan aan jonge(re) boventallige werknemers. Onderzocht wordt of gekomen kan worden tot een checklist voor een ‘WGBL-proof’ sociaal plan. Daarbij wordt onder meer aangesloten bij het advies van de CGB van 2007 inzake seniorenregelingen in een sociaal plan, het advies van de CGB van 2009 inzake seniorenregelingen in het algemeen² en de

1 Mevr. mr. C.S. Kehrer-Bot is verbonden aan Employment Law Support te Rotterdam, mevr. mr. E.J.L. Bruyninckx is advocaat bij AKD te Rotterdam.

2 CGB-advies 2006-4, inzake seniorenregelingen als onderdeel van leeftijdsfase bewust personeelsbeleid; CGB-advies 2007-5, inzake leeftijds onderscheid in sociale plannen; CGB-advies 2009-3, inzake de toetsing van seniorenregelingen aan de WGBL.

relevante jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ). Ook wordt aandacht besteed aan op handen zijnde ontwikkelingen rondom de Werkloosheidswet (WW) en de Algemene Ouderdomswet (AOW) die van invloed zouden kunnen zijn op de uitkomst van de oordelen van de CGB en rechters over dit onderwerp.

Ook wordt ingegaan op de Wet tot uitvoering van Richtlijn 99/70/EG van de Raad van de Europese Unie van 28 juni 1999 betreffende de door het Europees Verbond van Vakverenigingen (EVV), de Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe (UNICE) en het European Centre of Employers and Enterprises providing Public services (CEEP) gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die op 22 november 2002 in werking is getreden (de richtlijn). Artikel 7:649 van het BW verbiedt de werkgever onderscheid te maken in de arbeidsovereenkomst tussen werknemers op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst, tenzij dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Onderzocht wordt in hoeverre werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een sociaal plan gelijkgesteld moeten worden met werknemers in vaste dienst.

2 WGBL

De WGBL verbiedt het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeid, tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Bij het toetsen van (senioren)regelingen aan de WGBL gaat het om twee vragen: (1) maakt de regeling (direct of indirect) onderscheid naar leeftijd en (2) zo ja, kan dit onderscheid objectief worden gerechtvaardigd?

Bij de beantwoording van de eerste vraag is de voorvraag of wel sprake is van vergelijkbare gevallen. Zijn de personen of groepen die met elkaar vergeleken worden in dienst van één werkgever en bevinden zij zich 'in een vergelijkbare situatie'? In de praktijk kan dit lastiger zijn dan men aanvankelijk zou denken. In de *Hlozek*-zaak achtte het HvJ een sociaal plan dat mannelijke boventalligen recht geeft op een overbruggingspensioen vanaf 55 jaar en vrouwelijke boventalligen vanaf vijftig jaar niet discriminerend omdat mannen – op basis van de stand van de algemene ervaring ten tijde van de herstructurering – in de leeftijdsgroep vanaf vijftig jaar zich niet in een vergelijkbare arbeidsmarktpositie bevinden als vrouwen in die

leeftijdscategorie.³ Heemskerk merkt meer in het algemeen op dat de ‘andere’ (slechtere) arbeidsmarktpositie van ouderen ten opzichte van die van jongeren zorgt voor ongelijke gevallen die niet gelijk behandeld mogen worden.⁴ Dan zou dus niet worden toegekomen aan de vraag of er sprake is van (in)direct leeftijdsverschied.

Indien sprake is van vergelijkbare gevallen moet het onderscheid een legitiem doel hebben, moet het middel ter bereiking van dit doel passend en noodzakelijk zijn. Deze criteria zijn van belang in het kader van de algemene uitzondering op het verbod van onderscheid en zijn opgenomen in artikel 7, eerste lid, onder c, van de WGBL. Er gelden ook twee bijzondere uitzonderingsgronden opgenomen in artikel 7, eerste lid, onder a en b, van de WGBL. Deze twee uitzonderingsgronden gaan het bestek van deze bijdrage te buiten.

3 De eerste oordelen van de CGB

Vóór de inwerkingtreding van de WGBL was het doel van de afzonderlijke regelingen voor jonge werknemers enerzijds en oude werknemers anderzijds in een sociaal plan niet altijd duidelijk: vaak puur financieel, soms ook vanwege de al dan niet terechte gedachte ouderen te ontzien. Daarbij was de definitie van ‘ouderen’ c.q. de gehanteerde leeftijdsgrens vaak arbitrair. In de eerste periode na de inwerkingtreding van de WGBL, kwam de CGB vrijwel steeds tot het oordeel dat een ouderenregeling in een sociaal plan, waarbij niet de mogelijkheid bestond om te kiezen voor een andere regeling waarin het sociaal plan voorziet, niet objectief te rechtvaardigen was.⁵

Bescherming van de inkomenspositie van oudere werknemers aanvaardde de CGB in de oordelen van 2005 en 2006 op zichzelf wel als legitiem doel. De gekozen leeftijdsgrens en de voor die groep getroffen regeling moet echter wel aansluiten op de werkelijke arbeidsmarktpositie van de desbetreffende groep, wil het middel ter bereiking van dat doel passend worden geacht. De eerste aan haar voorgelegde regelingen achtte de CGB vaak niet rechtvaardig, omdat de keuzemogelijkheid tussen de ‘jongere’ regeling en de regeling

3 HvJ december 2004, *JAR* 2005/16 (*Hlozek*). Overigens is het HvJ daar in latere arresten niet op teruggekomen.

4 M. Heemskerk, ‘Ouderenregeling sociaal plan: het mag weer’, *SMA* 2008-5.

5 CGB 14 juli 2005, oordeel 2005-128 tot en met 130; CGB 7 augustus 2006, oordeel 2006-172; CGB 13 maart 2006, oordeel 2006-37 tot en met 40; CGB 20 maart 2006, oordeel 2006-46.

voor de ‘ouderen’ ontbrak. Daarnaast vond steeds een toetsing plaats van de gevolgen van de seniorenregeling in individuele gevallen.

4 Intermezzo: contextuele toetsing van seniorenregelingen in arbeidsvoorwaarden

Terwijl voornoemde ontwikkeling over leeftijdsonderscheid in een sociaal plan gaande was, kwam er vrijwel gelijktijdig discussie over leeftijdsvakantiedagen op gang. In 2005 verzocht de CGB de heer W.A.M. de Lange onderzoek te doen naar de correlatie tussen leeftijd, werkdruk en inzetbaarheid van werknemers.⁶ In haar opdracht aan De Lange heeft de CGB verzocht een instrument te ontwikkelen waarmee de belasting van functies kan worden gemeten en op objectieve wijze een relatie kan worden gelegd met leeftijd. Hoewel leeftijdsvakantiedagen de directe aanleiding voor het onderzoek betroffen, zijn de conclusies in het rapport breder uitgewerkt en hebben deze betrekking op alle vormen van seniorenregelingen. Vervolgens heeft de CGB in 2006 een advies uitgebracht over seniorenregelingen als onderdeel van leeftijdsfase bewust personeelsbeleid waarin werd voortgeborduurd op het advies van De Lange.⁷ De CGB geeft in dit advies aan dat zij bij de beoordeling van de werkelijke behoefte (in cao's) van organisaties aan voorzieningen voor ouderen, specifiek kijkt naar functietekenen in combinatie met maatregelen die binnen de organisatie zijn genomen met als doel de belasting, de belastbaarheid en de inzetbaarheid van oudere werknemers positief te beïnvloeden. Met dit advies werd de aanvankelijk ingezette lijn van de CGB genuanceerd en werden leeftijdsonderscheidende regelingen in een bredere context geplaatst.⁸ De CGB acht een beoordeling van seniorenregelingen in een bredere context op haar plaats indien blijkt dat sociale partners:

- (i) uitdrukkelijk hebben stilgestaan bij de belasting door de functies in kwestie en de belastbaarheid van werknemers; en
- (ii) in kaart hebben gebracht hoe de inzetbaarheid van oudere werknemers zal worden vergroot, zo mogelijk in een breed kader; en

6 W.A.M. de Lange, 'De wenselijkheid van het maken van onderscheid naar leeftijd', bijlage bij CGB-advies 2006-4, februari 2005.

7 CGB-advies 2006-4, inzake seniorenregelingen als onderdeel van leeftijdsfase bewust personeelsbeleid.

8 Ouderenregelingen zijn in principe discriminerend: slechtere arbeidsmarktpositie dient als startpunt voor de beoordeling van het onderscheid en individuele werknemers moeten de mogelijkheid hebben om te kiezen.

- (iii) tegen deze achtergrond tot de conclusie komen dat bepaalde faciliteiten alleen of in sterkere mate voor oudere werknemers beschikbaar moeten zijn.

Als voorbeeld dienen de zogenaamde leeftijdsvakantiedagen. Waar het toekennen van extra vakantiedagen voor oudere werknemers wordt gemotiveerd met een beroep op het verminderen van de belasting en het verhogen van de belastbaarheid, zal de maatregel op zichzelf genomen moeilijk passend en/of noodzakelijk kunnen worden geacht, aldus ook de CGB in het eerste oordeel over dit onderwerp.⁹ Echter, indien deze maatregel onderdeel is van een breder levensfasebewust personeelsbeleid, is er minder snel aanleiding verboden leeftijds onderscheid aan te nemen, omdat de maatregel dan niet op zichzelf staat, maar onderdeel is van een aantal maatregelen die bij elkaar wél kunnen bijdragen aan het gestelde doel.¹⁰ Dan past een beoordeling van regelingen binnen de context van het brede beleid.

Na dit advies oordeelde de CGB dan ook dat het niet zozeer om de afzonderlijke aspecten van de ouderenregeling in het sociaal plan gaat, maar veel meer om het pakket als geheel van de ene groep en de andere groep en de weging van die pakketten ten opzichte van elkaar.¹¹ Daarbij is tevens uitdrukkelijk overwogen dat niet een individuele, maar een collectieve vergelijking de basis moet zijn voor de vraag of in een sociaal plan leeftijds onderscheid wordt gemaakt. Als de voor de gehele groep getroffen regeling redelijk wordt bevonden, kan de omstandigheid dat de regeling in een individueel geval minder gunstig uitpakt geen verboden onderscheid opleveren, aldus de CGB. Er kan dan hooguit sprake zijn van een evident onbillijke uitkomst die via de hardheidsclausule van het sociaal plan moet worden opgelost.

5 Arbeidsvoorwaarden → sociaal plan

De doelstelling van regelingen in een sociaal plan is in het algemeen beperkter dan de doelstellingen die werkgevers en werknemers voor

9 CGB 24 september 2004, oordeel 2004-118, *JAR* 2004/223.

10 Men denke aan de combinatie van maatregelen die gericht zijn op het reduceren van de nadelen die verbonden zijn aan belastende functienmerken, zoals een gezondheidsbeleid, sociaal-medische begeleiding, het faciliteren van jobrotation, taakverbreding en taakverrijking, scholing gericht op blijvende inzetbaarheid en zo meer.

11 Zie voor het eerste oordeel na het advies van 2006: CGB 12 oktober 2006, oordeel 2006-210.

ogen hebben bij het samenstellen van een arbeidsvoorwaardenpakket. Leeftijdsspecifieke regelingen in een sociaal plan strekken ertoe werknemers te compenseren voor toekomstige inkomstenderving door het verlies van de arbeidsbetrekking of verandering in de arbeidsvoorwaarden als gevolg van herplaatsing.

Uit haar in 2007 uitgebrachte advies over leeftijdsonderscheid in sociale plannen, blijkt dat de CGB rekening houdt met het bijzondere karakter van de factor leeftijd, door de leeftijdsgebonden maatregelen contextueel te beoordelen.¹² De werkgever moet dan wel aantonen dat er redenen zijn om ten behoeve van bepaalde groepen werknemers leeftijdsspecifieke maatregelen te treffen. Tot slot zegt de CGB in dit advies met zo veel woorden dat het rekening houden met de minder goede positie van ouderen op de arbeidsmarkt (op zichzelf) een legitiem doel is voor leeftijdsonderscheid, ook al pakt het in een individueel geval ongunstig uit. Die minder goede positie is evenwel slechts een startpunt voor de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging van het gemaakte leeftijdsonderscheid. In principe kan in individuele zaken worden volstaan met een verwijzing naar die arbeidsmarktpositie.

Naar aanleiding van het advies van de CGB in 2007 over leeftijdsonderscheid in sociale plannen is voorzichtig gesuggereerd dat het erop lijkt dat het gemaakte onderscheid sneller objectief gerechtvaardigd zal zijn als de betreffende maatregelen onderdeel uitmaken van een breder geheel.¹³ Het zal gemakkelijker zijn voor een werkgever om in een sociaal plan verschillende regelingen te treffen voor specifieke leeftijdsgroepen binnen zijn bedrijf als die het (logische) gevolg zijn van of voortvloeien uit eerder gevoerd levensfasebewust personeelsbeleid. Voor deze gedachte kan steun worden gevonden in voormeld advies van de CGB over leeftijdsonderscheid in sociale plannen: “De opstellers van een sociaal plan worden opgeroepen bij het bepalen van doel en voorzieningen in sociale plannen aan te sluiten bij de regeling van employability in cao’s en aldus de regeling toe te spitsen op de kansen van ouderen op de arbeidsmarkt in plaats van de minder goede arbeidsmarktpositie van ouderen te benadrukken.”¹⁴

12 CGB-advies 2007-5, inzake leeftijdsonderscheid in sociale plannen.

13 C.S. Kehrer-Bot, ‘Jong geleerd oud gedaan: leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid’, *ArbeidsRecht* 2007, 55.

14 UWV Kwartaal Verkenning.

6 De ontwikkelingen die uit de adviezen en oordelen zijn voortgevloeid

De CGB biedt werkgevers gaandeweg dus steeds meer ruimte om ouderenregelingen te rechtvaardigen: rekening houden met de slechtere arbeidsmarktpositie (wel afhankelijk van de regio en de specifieke sector) van oudere werknemers wordt steeds aanvaard als een legitiem doel.^{15,16} Die slechtere arbeidsmarktpositie van oudere werknemers is medio 2010 nogmaals onderschreven. Uit een publicatie van het UWV in *UWV Kwartaal Verkenning* blijkt dat werknemers van 55 jaar of ouder veel moeilijker dan jongere werknemers te herplaatsen zijn.¹⁷ In de oordelen van de CGB, de jurisprudentie en de hiervoor genoemde adviezen van de CGB wordt rekening gehouden met de inkomensbescherming vanwege de slechtere arbeidsmarktpositie. De richtlijn biedt daarvoor, zoals Heemskerk opmerkt, de ruimte.^{18,19} Artikel 6, eerste lid, onder a, van de richtlijn bepaalt dat lidstaten kunnen bepalen dat leeftijdsonderscheid gerechtvaardigd is door een legitiem doel op de arbeidsmarkt. De richtlijn geeft de bevoegdheid aan lidstaten om te bepalen dat leeftijdsonderscheid gerechtvaardigd is door een legitiem doel op het terrein van de arbeidsmarkt. Volgens Heemskerk is het bepleitbaar dat Nederland die bevoegdheid heeft benut via de algemene objectieve rechtvaardigingstoets van artikel 7, eerste lid, onder c, van de WGBL. De kern is echter, zoals Heemskerk terecht opmerkt, dat oudere werknemers in tegenstelling tot jongere werknemers niet of nauwelijks meer ander werk vinden. Die andere arbeidsmarktpositie zorgt voor ongelijke gevallen en die mogen niet gelijk behandeld worden, zoals wij aan het begin van deze bijdrage al hebben opgemerkt. Heemskerk komt dus niet toe aan een objectieve rechtvaardiging. De CGB heeft deze benadering (nog) niet gevolgd en gaat

15 Zie bijvoorbeeld CGB 13 maart 2006, oordeel 2006-37 tot en met 40, waar het ging om een regio waar de arbeidsmarktpositie al verslechterde vanaf 45 jaar.

16 Bijvoorbeeld CGB 19 april 2005, oordeel 2005-69; CGB 12 oktober 2006, oordeel 2006-210.

17 Tegenover elke dertien werkloze 55-plussers stond er in 2009 maar één die werd aangenomen. Bedrijven blijken vooral behoefte te hebben aan goed opgeleid personeel en niet te oud personeel, aldus de analyse. Echter, 22% van de werkzoekenden via het UWV is ouder dan 55 jaar, de helft van alle langdurig werklozen is 55 jaar of ouder.

18 Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303/16.

19 M. Heemskerk, 'Ouderenregeling sociaal plan: het mag weer', *SMA* 2008-5.

steeds uit van direct leeftijdsonderscheid en onderzoekt of dit objectief gerechtvaardigd is.

Voorts heeft de CGB sinds 2006 in meerdere oordelen overwogen dat het legitiem is om bij regelingen van inkomenszekerheid rekening te houden met sociale zekerheidsuitkeringen, zoals WW en de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (Wet IOAW).²⁰ Een ander aspect waarmee rekening mag worden gehouden bij het opstellen van ouderenregelingen in een sociaal plan is de socialezekerheids-, ontslag- en pensioenpositie van de oudere werknemer. Die positie is in het algemeen beter dan de positie van jongere werknemers die voor ontslag worden voorgedragen. Dit gegeven mag worden meegewogen bij de samenstelling van het pakket aan maatregelen voor beide groepen. Weliswaar levert die pensioenpositie of socialezekerheidspositie op zich geen legitieme reden voor het maken van leeftijdsonderscheid (zoals wel het geval is bij een slechtere arbeidsmarktpositie), maar het kan wel een rol spelen bij de toets of in de desbetreffende regeling al of niet ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt. De gewenste keuzevrijheid tussen de seniorenregeling en de regeling voor jongere werknemers (die meestal is gebaseerd op de kantonrechtersformule) die de CGB aanvankelijk dienaangaande propageerde werd in het advies van de CGB van 2007 wat genuanceerd: als iedereen een keuzerecht zou hebben, zou een sociaal plan niet uitvoerbaar zijn in verband met de daaraan verbonden kosten.^{21,22} Het gaat erom dat de oudere werknemer wordt gecompenseerd voor de verwachte inkomstenderving tot aan zijn pensioengerechtigde leeftijd, waarbij rekening mag worden gehouden met collectieve regelingen (WW, Wet IOAW et cetera) waarop een werknemer aanspraak kan maken.

7 Toetsing van een sociaal plan: terughoudend vanwege betrokkenheid vakbonden?

De CGB stelde zich aanvankelijk op het standpunt dat zij niet gehouden is sociale plannen terughoudend te toetsen, zelfs als sprake is van een collectieve regeling, daarbij verwijzend naar de jurisprudentie

20 Zie bijvoorbeeld CGB 14 mei 2007, oordeel 2007-78.

21 CGB 14 juli 2005, oordeel 2005-128 tot en met 130.

22 Zie ook E.L.J. Bruyninckx en C.S. Kehrer-Bot, 'Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij toepassing sociaal plan', *ArbeidsRecht* 2006, 42, p. 51.

van het HvJ.²³ Ook dit standpunt bleek aan verandering onderhevig: de CGB kent sinds 2007 belang toe aan de rol die sociale partners (niet zijnde het medezeggenschapsorgaan) spelen bij het vaststellen van een sociaal plan.²⁴ Collectieve afspraken vormen aanleiding om het gemaakte onderscheid terughoudend te toetsen. Uit een tweetal arresten van het HvJ kan worden afgeleid dat de Europese wet- en regelgeving voor die terughoudende toetsing ruimte biedt, hoewel daar in de literatuur wisselend over wordt gedacht.^{25, 26} Betoogd kan worden dat van een marginale toetsing door de CGB (en de rechter) sprake kan zijn, indien sociale partners betrokken zijn bij het sociaal plan en duidelijk is dat de gestelde leeftijdsgrens (en de daarmee samenhangende regelingen) voortvloeit uit weloverwogen doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid. Daarbij is van belang dat voldoende inzicht wordt gegeven in de gevolgde gedachtegang.²⁷ De instemming van de vakbonden is van belang, omdat dit impliceert dat de belangen van de betrokken werknemers zijn meegewogen en dat het resultaat in de gegeven omstandigheden voldoende is bevonden door vakbonden die de belangen van werknemers in de desbetreffende onderneming of in de branche vertegenwoordigen. Daarbij is van belang dat de betrokken vakbond voldoende representatief is.²⁸ De CGB verwijst in 2008 met zo veel woorden naar haar rapport uit 2007 en stelt: “Juist voor de beoordeling van de vraag of een compensatie ‘redelijk’ is te achten, acht de CGB de instemming van de vakbonden die partij zijn bij het sociaal plan van belang.”²⁹

23 HvJ 7 februari 1991, nr. C-19/89, Jur. 1991, p. I-297 (NIMZ).

24 CGB-advies 2007-5, inzake leeftijdsonderscheid in sociale plannen.

25 HvJ 31 mei 1995, JAR 1995/198 (Royal Copenhagen) en HvJ 16 oktober 2007, JAR 2007/288 (Palacios).

26 W.M.C Broersma, ‘Groen licht voor verplichte ouderenregeling in sociaal plan?’, *ArbeidsRecht* 2007, 50 en J.M.van Slooten, ‘De inbedding van het gelijkebehandelingsrecht in de arbeidsrechtpraktijk’, *ArbeidsRecht* 2007, 40.

27 CGB-advies 2007-5, inzake leeftijdsonderscheid in sociale plannen, p. 32.

28 Vergelijk HR 8 juni 2007, JAR 2007/162 en Ktr. Haarlem 9 oktober 2006, JAR 2007/39, zie over representativiteit van vakbonden uitgebreider S.F. Sagel, ‘Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan CAO’s’, *ArbeidsRecht* 2006, 44.

29 CGB 29 april 2008, oordeel 2008-65.

8 Het meest recente advies van de CGB over seniorenregelingen in arbeidsvoorwaarden

Seniorenregelingen die ingebed zijn in een levensfasebewust personeelsbeleid worden, zoals hiervoor al aangegeven, minder strikt (te weten contextueel) beoordeeld dan seniorenregelingen die geen deel uitmaken van zo'n breed personeelsbeleid. Aangezien in de praktijk bleek dat er behoefte was aan verduidelijking van de voorwaarden om contextueel te kunnen toetsen, heeft de CGB in 2009 een advies in aansluiting op het advies van 2006 opgesteld.³⁰ In dit advies is eerst nader uitgewerkt waaraan moet zijn voldaan, wil sprake zijn van toetsing binnen een breed levensfasebewust personeelsbeleid. Ook wordt ingegaan op overgangsregelingen en een aantal voorgesloten alternatieve regelingen, maar die gaan het bestek van deze bijdrage te buiten.

De CGB hanteert in het advies de ingeburgerde term 'levensfasebewust personeelsbeleid' in plaats van de volgens de door de DGB op grond van voortschrijdend inzicht onjuist geachte term 'leeftijd(sfase)gericht personeelsbeleid', zoals gebruikt in het advies van 2006. Afgezien van deze terminologische verwarring, gaat het er inhoudelijk om dat het beleid gericht is op de duurzame en optimale inzetbaarheid van alle medewerkers.

De CGB geeft in het advies van 2009, anders dan in haar advies van 2006, wel een definitie van leeftijdsfasebewust personeelsbeleid. De CGB verstaat onder levensfasebewust personeelsbeleid een beleid dat:

- tot doel heeft een duurzame en optimale inzetbaarheid te bewerkstelligen van alle medewerkers van alle leeftijden in een organisatie; en
- daartoe passende – waaronder in ieder geval activerende – maatregelen omvat die rekening houden met de fysieke, mentale en sociale omstandigheden van medewerkers, die verband houden met hun leeftijd of levensfase.

De CGB geeft van die maatregelen geen uitputtende of dwingende voorbeelden aangezien deze geen recht zouden doen aan het gegeven dat (delen van) ondernemingen en bedrijfstakken door de verschillende aard van de werkzaamheden en de verschillende personeelsopbouw behoefte kunnen hebben aan uiteenlopende beleidsmaatregelen. De CGB moedigt noodzakelijk maatwerk aan.

30 CGB-advies 2009-3, inzake de toetsing van seniorenregelingen aan de WGBL.

De CGB onderstreept – evenals in het advies van 2006 – dat het levensfasebewust personeelsbeleid moet worden onderbouwd waarvoor inzicht gegeven wordt in de redenen waarom een dergelijk beleid wordt gevoerd, welke doelen daarmee worden nagestreefd en of er alternatieven afgewogen zijn. Er moet worden geïnventariseerd of sprake is van specifieke functiegerelateerde omstandigheden met gevolgen voor de belastbaarheid van de werknemers of het ziekteverzuim. Ook moet duidelijk worden in welke mate aandacht is besteed aan het nemen van maatregelen in de sfeer van zeggenschap en aanpassing van de werktijden, het verlagen van de werklast, arbeidsomstandighedenbeleid, het bevorderen van taakvariatie en ontwikkeling van werknemers door het bieden van opleidingsfaciliteiten en doorstroommogelijkheden. Deze maatregelen zien – anders dan bij een sociaal plan – op de maatregelen *tijdens* het dienstverband. Zoals al eerder opgemerkt, is de toetsing van een seniorenregeling in een sociaal plan (iets) anders. Voor een seniorenregeling in een sociaal plan geldt dat (1) deze regeling terughoudend wordt getoetst (en dus uitdrukkelijk niet contextueel) indien het sociaal plan met (representatieve) vakbonden is overeengekomen; (2) het doel van inkomenszekerheid in het geval van een slechte(re) arbeidsmarktpositie altijd legitiem wordt geacht; (3) bij de vraag of het middel ter bereiking van dat doel voor oudere werknemers passend en noodzakelijk is naar het collectief wordt gekeken en niet meer naar het individuele geval zoals dat nog wel het geval was in 2005 en 2006; en (4) rekening wordt gehouden met het beschikbare budget. Wij vragen ons dan ook af of de CGB en/of de rechter de contextuele toets feitelijk toch toepast bij seniorenregelingen in een sociaal plan dat is overeengekomen met representatieve vakbonden.

9 Wat betekenen de adviezen en recente oordelen van de CGB voor een seniorenregeling in een sociaal plan?

Bezien we de adviezen van de CGB van 2007 en 2009 over respectievelijk leeftijdsonderscheid in sociale plannen en seniorenregelingen in het algemeen en de oordelen van de CGB vanaf 2007, dan wordt duidelijk dat vrijwel alle seniorenregelingen in een sociaal plan de toets der kritiek doorstaan. De CGB houdt daarbij, anders dan kort na inwerkingtreding van de WGBL, inmiddels wel rekening met de sociale uitkeringen, VUT, de pensioendatum en het beschikbare budget van het sociaal plan. Indien dan is gekozen voor een

regeling die het meeste recht doet aan de arbeidsmarktpositie van de werknemers in de verschillende leeftijdscategorieën, deze niet is gebaseerd op (louter) financiële argumenten en de leeftijdsgrens is gekozen in samenspraak met sociale partners, is sprake van objectief gerechtvaardigd leeftijdsonderscheid. De CGB oordeelde in 2009 bijvoorbeeld dat een seniorenregeling vanaf 57,5 jaar, waarbij een aanvulling werd gegeven op de WW of Wet IOAW tot aan de prepensioendatum objectief gerechtvaardigd is.³¹ Ook een regeling in een sociaal plan waar onderscheid werd gemaakt tussen werknemers geboren voor c.q. vanaf 1950 werd objectief gerechtvaardigd geacht.³² De werkgever had toegelicht dat hij de eenmalige uitkering voor werknemers geboren voor 1 januari 1950 maximeert tot de pensioenrichtleeftijd (61 jaar) die op hen van toepassing is, omdat hij wil voorkomen dat werknemers oneigenlijk worden verrijkt door de eenmalige uitkering. Als de uitkering niet zou worden gemaximeerd zouden sommige werknemers in een gunstiger financiële positie komen te verkeren dan wanneer hun dienstverband niet zou zijn beëindigd vanwege een reorganisatie. Dit zou vooral voor ouderen met een lang dienstverband gelden terwijl juist deze groep vanwege een eerdere pensioenrichtleeftijd dan de jongere werknemers (65 jaar) recht heeft op een overbruggingspensioen van 70% van hun laatstverdiende loon. Daarnaast tracht de werkgever met de maximering van de eenmalige uitkering het budget dat beschikbaar is voor de reorganisatie zo eerlijk mogelijk te verdelen. De CGB acht het middel legitiem en ook geschikt om de twee genoemde elementen van het doel te behalen (tegengaan van oneigenlijk financieel voordeel en eerlijke verdeling van het budget). Verder is er volgens de CGB geen minder onderscheid makend alternatief.

De CGB hield in 2005 en 2006 nog niet (echt) rekening met sociale uitkeringen, pensioendatum en beschikbaar budget, maar bezag vrijwel uitsluitend of de leeftijdsgrens daadwerkelijk aansloot bij de slechtere arbeidsmarktpositie van oudere werknemers. De CGB toetste zelfs of daarvan sprake was in het individuele geval in plaats van bij een groep werknemers en vond aanvankelijk dat er een keuze tussen de regeling voor jongere en oudere werknemers

31 CGB 6 maart 2009, oordeel 2009-13.

32 CGB 28 oktober 2009, oordeel 2009-99.

moest zijn.³³ Inmiddels toetst de CGB seniorenregelingen in een sociaal plan dus inderdaad genuanceerder.³⁴

10 Conclusie over leeftijdsonderscheid en sociaal plan

Wij constateren op basis van de oordelen van de CGB van de afgelopen drie jaar dat – binnen de hiervoor geschetste kaders – seniorenregelingen in een sociaal plan, nadat de eerste vraag of de regeling (direct of indirect) onderscheid maakt positief is beantwoord, de toets van de objectieve rechtvaardiging in het algemeen doorstaan. Opvallend is dat de CGB zich in de meeste oordelen niet eerst de vraag stelt of er wel sprake is van vergelijkbare gevallen. Maakt de verschillende arbeidsmarktpositie van jongere en oudere werknemers en de verschillen in socialezekerheidsrechtelijke en pensioenrechtelijke positie niet dat deze groepen niet vergelijkbaar zijn? Ook opvallend is dat de CGB geen overwegingen wijdt aan het al dan niet voeren (of gevoerd hebben) van levensfasebewust personeelsbeleid binnen de organisatie. De CGB maakt zich in verschillende adviezen sterk voor het voeren van levensfasebewust personeelsbeleid en betreft dit in haar beoordeling van arbeidsvoorwaarden die onderscheid maken naar leeftijd (leeftijdsvakantiedagen, uitsluiting van ploegendiensten voor oudere werknemers et cetera) maar trekt deze lijn niet expliciet door naar seniorenregelingen in een sociaal plan. Het voeren van levensfasebewust personeelsbeleid zou naar onze mening een eerste toets moeten zijn voor de beoordeling van seniorenregelingen in een sociaal plan, waarbij met name gekeken zou moeten worden naar de mate waarin die regelingen aansluiten op eerder gevoerd beleid ten aanzien van die groep werknemers. Indien vast komt te staan dat die aansluiting er is, zou er aanleiding zijn om de seniorenregelingen in een sociaal plan terughoudend te toetsen: zij zijn immers een uitvloeisel van een (reeds gedurende het dienstverband) breed opgezet pakket aan maatregelen. Die terughoudende toetsing wordt echter versterkt indien het sociaal plan tot stand is gekomen met sociale partners, die naar alle waarschijnlijkheid ook betrokken zijn geweest bij het opzetten van het levensfasebewust personeelsbeleid. Aangezien de meeste sociale

33 CGB 14 juli 2005, oordeel 2005-128 tot en met 130; CGB 13 maart 2006, oordeel 2006-37 tot en met 40; CGB 20 maart 2006, oordeel 2006-45 en 2006-46.

34 Zie ook CGB 29 april 2008, oordeel 2008-66; CGB 3 april 2009, oordeel 2009-21; CGB 14 december 2009, oordeel 2009-124.

plannen met vakbonden worden overeengekomen, zal een beoordeling van daarin voorkomende seniorenregelingen doorgaans de toets der kritiek doorstaan, ongeacht of sprake is van levensfasebewust personeelsbeleid.

Anderzijds zou bij de constatering dat géén sprake is van levensfasebewust personeelsbeleid binnen de organisatie en als het sociaal plan niet tot stand is gekomen in overleg met de sociale partners een volle en kritische (wellicht een stuk kritischer dan we in de afgelopen periode hebben gezien) toetsing moeten plaatsvinden van seniorenregelingen in een sociaal plan. In die situaties zou de toets op passendheid en noodzakelijkheid mede in het kader geplaatst moeten worden van de huidige maatschappelijke ontwikkelingen, waarin bevordering van arbeidsparticipatie van ouderen hoog in het vaandel staat.

11 Checklist

Voornoemde ontwikkelingen geven aanleiding een checklist op te stellen, waarin de conclusies uit de ontwikkelingen als hiervoor besproken zijn verwerkt.

1. Vastgesteld moet worden of binnen de organisatie van werkgever sprake is van levensfasebewust personeelsbeleid dat voldoet aan de door de CGB vastgestelde voorwaarden als hiervoor besproken.
2. Indien de categorieën werknemers in het sociaal plan, waarvoor een regeling is getroffen, aansluiten op het gevoerde levensfasebewust personeelsbeleid moet dit grond opleveren voor de CGB om die regelingen uit het sociaal plan terughoudend (en dus niet contextueel) te toetsen.
3. Als het sociaal plan tot stand is gekomen in overleg met sociale partners kan bij een beoordeling door de CGB een contextuele toetsing worden bepleit.
4. Het doel van de betreffende regeling moet uitdrukkelijk aan de orde komen.
5. Voor elke categorie werknemer (maar niet voor iedere individuele werknemer) waarvoor een regeling wordt getroffen moet worden stilgestaan bij:
 - arbeidsmarktpositie;
 - inkomenspositie;
 - bedrijfsgebonden factoren;
 - beroepsgebonden factoren.

6. Voor evident onbillijke situaties in individuele gevallen moet een beroep kunnen worden gedaan op een hardheidsclausule.
7. De gestelde leeftijdsgrens moet aansluiten bij de werkelijke situatie (rekening houdend met sector en regio).
8. De getroffen regeling voor de afzonderlijke leeftijdscategorieën moet worden afgezet tegen eventuele socialezekerheids-, ontslag-, en pensioenregelingen.
9. De regeling voor elke afzonderlijke leeftijdscategorie moet voldoen aan het gestelde doel en in verhouding staan tot de getroffen regeling voor (de) andere leeftijdscategorie(ën), mede in het licht van de beschikbare financiële middelen.

12 Toekomstige ontwikkelingen inzake seniorenregelingen in een sociaal plan

Indien de door het vorige kabinet aangekondigde ontwikkelingen, zoals het maximeren van de ontslagvergoeding, de korting op de duur van de WW en de flexibilisering van de AOW, door het nieuwe kabinet worden overgenomen, zal de toetsing aan de WGBL in de toekomst wel eens ongunstiger kunnen uitpakken voor werkgevers dan in de voorgaande jaren. Ook de teruglopende pensioenuitkeringen zouden daarbij een rol kunnen gaan spelen. Het zal voor werkgevers moeilijker worden om binnen de financiële kaders, 'gelijkwaardige' pakketten voor de verschillende leeftijdsgroepen in een sociaal plan samen te stellen. De CGB zal de door haar ingezette koers wellicht moeten aanpassen aan de (verslechterde) socialezekerheids-, ontslag- en pensioenpositie van elke afzonderlijke leeftijdscategorie en eerder oordelen dat een regeling niet objectief gerechtvaardigd kan worden. Wie zal het zeggen? Het onderwerp blijft in beweging en dat is misschien maar goed ook.

13 Sociaal plan en de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Hiervoor zijn we uitgebreid ingegaan op de vraag of onderscheid tussen jongere en oudere werknemers in een sociaal plan de toets der kritiek kan doorstaan. Een andere interessante vraag over onderscheid in een sociaal plan betreft de vraag of het geheel of gedeeltelijk uitsluiten van tijdelijke werknemers van (bepalingen van)

een sociaal plan na 22 november 2002 nog wel geoorloofd is.³⁵ De eerste vraag is of het verbod van artikel 7:649 van het BW ook ziet op onderscheid, ongeacht de aard van de arbeidsvoorwaarden, en dus ook op arbeidsvoorwaarden die betrekking hebben op het einde van het dienstverband.³⁶ Uit de memorie van toelichting blijkt wel dat werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet ‘zonder meer’ aanspraak kunnen maken op bovenwettelijke uitkeringen in aanvulling op WAO of WW of aanvullende uitkeringen in een sociaal plan.³⁷ Meer aanknopingspunten biedt de memorie van toelichting niet voor de beantwoording van deze eerste vraag. De CGB heeft het begrip arbeidsvoorwaarden in de Wet Onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd (WOBOT) altijd ruim uitgelegd overeenkomstig de uitleg van dit begrip in andere gelijkebehandelingswetgeving.³⁸ De juistheid van deze ruime uitleg is door het HvJ bevestigd.³⁹

14 Rechtvaardiging voor onderscheid?

Nog steeds worden werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd regelmatig uitgezonderd van de werking van een sociaal plan dat wordt opgesteld in het kader van een reorganisatie. De reden daarvoor is dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in de regel van rechtswege eindigt: er is geen sprake van kennelijke onredelijke opzegging of ontbinding door de rechter. Alleen dan zou sprake kunnen zijn van een vergoeding. Tussentijdse opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is wel mogelijk indien dat is overeengekomen, maar de meeste werkgevers geven er de voorkeur aan de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd uit te dienen en niet tussentijds op te zeggen in het geval van reorganisatie.

Een sociaal plan is in de regel het resultaat van onderhandelingen met de vakbonden over de wijze waarop de (financiële) gevolgen van een reorganisatie zo veel mogelijk kunnen worden beperkt voor de

35 C.S. Kehler-Bot en E.L.J. Bruyninckx, ‘(On)gelijke monniken: (on)gelijke kappen’, *ArbeidsRecht* 2004, 17 en E.L.J. Bruyninckx en M. Koster, ‘Zijn de bepalingen van een sociaal plan toepasselijk op werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd?’, *ArbeidsRecht* 2005, 53.

36 In de raamovereenkomst die ten grondslag ligt aan Richtlijn 99/70/EG wordt geen onderscheid gemaakt tussen arbeidsvoorwaarden.

37 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 661, nr. 3, p. 11.

38 Zie bijvoorbeeld CGB 22 februari 2005, oordeel 2005-16.

39 HvJ 15 april 2008, *RAR* 2008, 85 (*Impact*).

werknemers wier arbeidsovereenkomsten ten gevolge van die reorganisatie worden beëindigd. Daarmee wordt ook voorkomen dat werknemers een procedure op grond van kennelijk onredelijke opzegging starten. Met deze gedachte valt in principe niet te rijmen dat werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aanspraak zouden kunnen maken op dezelfde voorzieningen van het sociaal plan als hun collega's met een vast contract. Zij weten immers dat hun contract eindig is en het zou onredelijk zijn, indien zij er beter van afkomen in de situatie waarin sprake is van een reorganisatie en een sociaal plan dan de situatie dat hun contract 'gewoon' afloopt.

15 Verschillende soorten tijdelijke arbeidsovereenkomsten

Dit laatste verdient nuancering, nu er wat ons betreft bij de beantwoording van de vraag of artikel 7:649 van het BW van invloed is op regelingen in een sociaal plan onderscheid moet worden gemaakt tussen verschillende soorten arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd:

1. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor werkzaamheden met een beperkte duur, waarbij de einddatum van tevoren vaststaat of waarbij de einddatum gekoppeld is aan een onzekere gebeurtenis, maar wel vaststaat dat de arbeidsovereenkomst eindig is (bijvoorbeeld voor de duur van een project of ter vervanging van een zieke werknemer): de arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege op genoemde datum of bij het intreden van die gebeurtenis.
2. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor structurele werkzaamheden en die vaak geldt als proefperiode. De tijdelijke arbeidsovereenkomst eindigt na ommekomst van de overeengekomen termijn van rechtswege en wordt bij een geslaagde periode voor dezelfde duur verlengd (maximaal drie keer met een maximum van 36 maanden) of wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

In beide situaties kan een tussentijdse opzegmogelijkheid worden overeengekomen.

Onderscheid zou gemaakt kunnen worden indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Die objectieve rechtvaardiging zou gevonden kunnen worden in de soort arbeidsovereenkomst voor

bepaalde tijd die de werknemer met de werkgever is aangegaan. Als sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zoals hiervoor onder 1. beschreven en de werknemer derhalve van tevoren weet dat zijn arbeidsovereenkomst op een bepaalde datum of na afloop van het project afloopt, bestaat ons inziens een objectieve rechtvaardiging om deze werknemer geen aanspraak te laten maken op de regelingen uit het sociaal plan. De werknemer wist immers steeds dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet zou worden verlengd en op de einddatum van rechtswege zou eindigen, ongeacht de vraag of er bij de werkgever sprake zou zijn van een reorganisatie en een daaraan gekoppeld sociaal plan. Er is geen sprake van gelijke gevallen: de tijdelijke werknemer is niet vergelijkbaar met de vaste werknemer. Deze werknemer zou door aanspraak te maken op regelingen uit het sociaal plan beter af zijn dan wanneer geen sprake zou zijn geweest van een reorganisatie.

De situatie met betrekking tot de werknemer die een arbeidsovereenkomst heeft als hiervoor onder 2. beschreven, is van andere aard. Deze werknemer mocht de verwachting hebben dat zijn arbeidsovereenkomst zou worden verlengd dan wel zou worden omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De reorganisatie kan derhalve wel degelijk gevolgen voor deze tijdelijke werknemer hebben die (deels) vergeleken kunnen worden met de gevolgen voor de werknemers met een vast contract. Dat geldt ook voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd waarvan de einddatum nog enige tijd weg is en die met gebruikmaking van de tussentijdse opzegmogelijkheid vanwege de reorganisatie worden beëindigd: deze werknemer mocht erop vertrouwen dat zijn arbeidsovereenkomst zou voortduren. Wij menen dat de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dat tussentijds wegens de reorganisatie wordt opgezegd met succes een beroep zou moeten kunnen doen op de afvloeiingsregeling van het sociaal plan. Deze werknemer lijdt door de voortijdige beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst schade.

16 Verschillende regelingen in een sociaal plan

In de hiervoor beschreven situaties zal naar onze mening vervolgens onderscheid moeten worden gemaakt naar de soort regeling uit het sociaal plan waarop de werknemer aanspraak kan maken. De werknemer in situatie 1. zou zich bijvoorbeeld op het standpunt kunnen stellen wel gebruik te willen maken van regelingen die zien op interne

of externe herplaatsing voor de resterende duur van zijn tijdelijke contract dat niet zal worden verlengd of omgezet. Zoals aangegeven zou de werknemer van wie de tijdelijke arbeidsovereenkomst tussentijds wegens de reorganisatie wordt opgezegd aanspraak kunnen maken op de financiële (afvloeiings)regelingen van het sociaal plan die de gevolgen van de opzegging verzachten.

17 Oordelen en advies CGB

In een eerste oordeel uit 2005 bevestigt de CGB deels het hiervoor uiteengezette standpunt. De CGB overweegt allereerst dat een sociaal plan een arbeidsvoorwaarde is als bedoeld in artikel 7:649 van het BW.⁴⁰ De CGB maakt vervolgens ook verschil tussen werknemers van wie de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt en werknemers van wie de arbeidsovereenkomst voortijdig als gevolg van de reorganisatie door tussentijdse opzegging eindigt. De CGB is van mening dat het in een sociaal plan uitsluiten van tijdelijke werknemers van wie de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt geen onderscheid oplevert in de zin van artikel 7:649 van het BW. De tijdelijkheid is de kenmerkende eigenschap van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en het sociaal plan heeft niet als doel om de tijdelijkheid aan een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te ontnemen, aldus de CGB. Het uitsluiten van werknemers van wie de arbeidsovereenkomst tussentijds wordt beëindigd, levert volgens de CGB wél onderscheid op in de zin van artikel 7:649 van het BW, waarbij de CGB tevens overweegt dat niet alle bepalingen van het sociaal plan op tijdelijke werknemers hoeven te worden toegepast. Dit past in onze benadering van 2004: wij maakten toen al onderscheid tussen de verschillende bepalingen van het sociaal plan.⁴¹ Het uitsluiten van het gehele pakket aan maatregelen levert in het geval van tussentijdse opzegging volgens de CGB onderscheid op. De CGB laat zich in het oordeel van 2005 helaas niet uit over de vraag op welke wijze het onderscheid in geval van tussentijdse opzegging objectief gerechtvaardigd zou kunnen zijn. Hieraan is in de wetsgeschiedenis van artikel 7:649 van het BW ook geen aandacht besteed. Er wordt alleen

40 CGB 12 april 2005, oordeel 2005-64.

41 C.S. Kehrer-Bot en E.L.J. Bruyninckx, '(On)gelijke monniken: (on)gelijke kappen', *ArbeidsRecht* 2004, 17.

opgemerkt dat de korte duur van de arbeidsovereenkomst op zich onvoldoende legitimatie vormt.⁴²

Het standpunt uit dit oordeel van 2005 wordt min of meer herhaald in de Eerste evaluatie door de CGB van de Wet Onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd over de periode 2002-2007 die in januari 2010 is gepubliceerd:⁴³

“De regering heeft nadrukkelijk aangegeven dat moet worden bezien of het buiten toepassing laten van bepalingen uit een sociaal plan ten aanzien van werknemers met een tijdelijk contract dat van rechtswege eindigt hangende of kort na het (collectief) ontslag van collega’s met een vaste aanstelling, dan wel met een tijdelijk contract dat tussentijds wordt opgezegd, objectief te rechtvaardigen is.”

Ter beantwoording van deze vraag maakt de CGB het hiervoor aangegeven onderscheid tussen werknemers van wie de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt en werknemers van wie het tijdelijke contract als gevolg van een reorganisatie voortijdig beëindigd wordt. Alleen in het laatste geval meent de CGB dat sprake is van onderscheid in geval van uitsluiting van bepalingen in een sociaal plan. Immers, werknemers van wie het tijdelijke contract voortijdig wordt beëindigd, worden, net zoals werknemers met een vast contract, geconfronteerd met het eerder aflopen van hun arbeidsovereenkomst dan mocht worden verwacht. Hiervan is geen sprake in geval het contract tijdens de reorganisatie van rechtswege afloopt: het zou te ver voeren “om aan werknemers met een tijdelijke arbeidsovereenkomst die van rechtswege eindigt, in het kader van een sociaal plan meer rechten toe te kennen dan hen arbeidsrechtelijk toekomt”. In dit laatste geval kan niet geconcludeerd worden dat deze personen nadeel lijden; er is dan ook geen sprake van onderscheid, aldus de CGB. Overigens laat de CGB in haar oordelen de werkgever wel de ruimte om in geval van voortijdige beëindiging van een tijdelijk contract niet het gehele pakket van sociale maatregelen toe te passen.

Uit de evaluatie wordt ook duidelijk dat in de periode 2002-2007 slechts 6% van het totaal aantal verzoeken om een oordeel aan de CGB is gedaan op grond van de WOBOT, te weten 26 verzoeken. In

42 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 661, nr. 10, p. 8.

43 CGB, De Wet Onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd, Eerste evaluatie door de Commissie Gelijke Behandeling, Evaluatieperiode 2002-2007, januari 2010, p. 16.

2007 was het zelfs slechts 1%, te weten zes verzoeken. In de helft van de 26 verzoeken werd geoordeeld dat sprake was van verboden onderscheid. In de zaak van oordeel 2005-64 die hiervoor is besproken en waarin de CGB oordeelde dat het uitsluiten van tijdelijke werknemers van de bepalingen van een sociaal plan leidde tot ongerechtvaardigd onderscheid, hebben de directie en de OR vervolgens toegezegd in de toekomst bij een reorganisatie concreet te maken welke voorzieningen ook van toepassing zullen zijn op werknemers van wie het tijdelijke contract tussentijds wordt beëindigd, aldus pagina 20 van de evaluatie.

In een oordeel later in 2005 oordeelde de CGB ook dat sprake was van verboden onderscheid op grond van de WOBOT.⁴⁴ In die zaak sloot de Minister van Verkeer en Waterstaat als werkgever ambtenaren met een tijdelijke aanstelling uit van (her)plaatsing en van het sociaal flankerend beleid. De minister voerde als doel van dit onderscheid aan dat hiermee de rechten van ambtenaren met een vaste aanstelling worden beschermd. Met name van belang is of een aanstelling tussentijds beëindigd wordt of niet, aldus de CGB. Indien de aanstelling van rechtswege eindigt, oordeelt de CGB dat er, net als in oordeel 2005-64, geen sprake is van nadeel en dus ook niet van onderscheid. Indien de aanstelling tussentijds wordt beëindigd, is wel sprake van nadeel en daarom ook van onderscheid. Ten aanzien van de (her)plaatsingsprocedure acht de CGB dit onderscheid objectief gerechtvaardigd omdat het beschermen van de rechten van ambtenaren met een vaste aanstelling niet op een andere wijze kan worden bewerkstelligd, nu het waarschijnlijk is dat dermate veel arbeidsplaatsen vervallen dat ook een aantal ambtenaren met een vaste aanstelling ontslagen zal worden. Op dit punt oordeelt de CGB anders ten aanzien van ambtenaren met een tijdelijke aanstelling voor onbepaalde tijd. Deze ambtenaren verschillen in hun situatie feitelijk niet van ambtenaren met een vaste aanstelling en uitsluiting van deze ambtenaren levert verboden onderscheid op. Dit sluit aan bij de in 2004 door ons bepleite verschillende soorten arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Ten aanzien van het sociaal flankerend beleid oordeelt de CGB dat er bij tussentijdse beëindiging van de tijdelijke aanstelling wel sprake is van niet-objectief gerechtvaardigd onderscheid. De ambtenaar met een tijdelijke aanstelling kan in het geheel geen aanspraak maken op sociaal flankerend beleid. De CGB acht het zeer wel mogelijk om voor deze groep ambtenaren een regeling te treffen die de tussentijdse beëindiging enigszins compenseert, net als

44 CGB 8 september 2005, oordeel 2005-165 tot en met 166.

bij de ambtenaren met een vaste aanstelling. Hiermee herhaalt de CGB het oordeel 2005-64. De rijksoverheid heeft nadien laten weten aan de CGB dat maatregelen zijn genomen zodat de ambtenaren met een tijdelijke aanstelling van wie de aanstelling niet van rechtswege afliep alsnog mee konden doen aan het plaatsingsproces, aldus de evaluatie van de CGB inzake de WOBOT.

Meer oordelen van de CGB inzake het uitsluiten van tijdelijke werknemers van de toepasselijkheid van (bepalingen van) een sociaal plan zijn er tot op heden niet. Onze visie van 2004 is door de CGB in 2005 bevestigd en nadien niet gewijzigd.

18 Conclusie en advies

De oordelen van de CGB en de evaluatie van januari 2010 laten zien dat het in een sociaal plan onbeperkt uitsluiten van werknemers met een tijdelijk contract onderscheid in de zin van artikel 7:649 van het BW oplevert. Indien het gaat om het uitdienen van het contract en het niet-tussentijds opzeggen is er geen probleem. Het verdient aanbeveling om in de onderhandelingen met de vakbonden over de inhoud van een sociaal plan in een reorganisatie waarbij tijdelijke contracten tussentijds opgezegd worden, deze werknemers niet volledig uit te sluiten van de werking van het sociaal plan. Het verdient voorts aanbeveling om per bepaling van het sociaal plan te bezien of dergelijke werknemers hiervoor al dan niet in aanmerking moeten komen, waarbij wij vooral denken aan bepalingen over interne en externe herplaatsing, voorrang bij interne vacatures en andere bepalingen die zien op het mogelijk continueren van de arbeidsovereenkomst.

Bonus en zwangerschap

*M.C.E. Audenaerde*¹

Deze bijdrage gaat in op de vraag of een werknemster die afwezig is in verband met zwangerschap² ondanks haar afwezigheid aanspraak kan maken op een volle bonus ingevolge een door haar werkgever gehanteerde bonusregeling. Hof Amsterdam heeft deze vraag op 27 april 2010 ontkennend beantwoord.³ Deze uitspraak is opmerkelijk, want eerder hadden zowel de Commissie Gelijke Behandeling (CGB)⁴ als een kantonrechter⁵ geoordeeld dat het niet uitkeren van een (volledige) bonus wegens afwezigheid gedurende het zwangerschaps-/bevallingsverlof (zb-verlof) of daaraan voorafgaande zwangerschaps-/zwangerschapsziekte (zwangerschapsziekte) directe geslachtsdiscriminatie oplevert. In navolging van het Amsterdamse hof heeft de CGB haar

- 1 Mr. M.C.E. Audenaerde is adviseur juridische zaken bij AWWN te Den Haag.
- 2 Met 'zwangerschap' wordt in dit verband bedoeld op het geheel van afwezigheid wegens zwangerschaps-/bevallingsverlof, wegens een zwangerschapsgerelateerde ziekte die zich voordoet voorafgaande aan dat verlof of wegens een ziekte na het verlof voortdurende zwangerschaps- of bevallingsgerelateerde ziekte.
- 3 Hof Amsterdam (zp Arnhem) 27 april 2010, *LJN* BM 2034 en *JAR* 2010/142 (m.nt. Vegter, *JAR* Verklaard 2010-4).
- 4 Zie bijvoorbeeld CGB oordelen 2001-29, 2001-38, 2001-105, 2007-90, 2007-188 en 2008-142. In oordeel 2007-188 motiveerde de CGB dit als volgt: "(...) door de periode van afwezigheid wegens zwangerschaps- en bevallingsverlof niet mee te rekenen bij de berekening van de bonus worden alleen vrouwen benadeeld, terwijl ziekte mannelijke en vrouwelijke werknemers in gelijke mate kan treffen. Er wordt derhalve geen rekening gehouden met zwangerschap als eigensoortige sekse gebonden omstandigheid (...)."
- 5 Ktr. Utrecht 8 oktober 2008, *JAR* 2009/9 (de eerste aanleg in de door het Amsterdamse hof berechte zaak).

standpunt gewijzigd. In drie gelijkluidende oordelen van 19 mei 2011 bepaalde zij dat de werkgever, afhankelijk van het type bonus,⁶ niet het gehele bonusbedrag hoeft uit te keren aan een werknemer die wegens zb-verlof of zwangerschapsziekte afwezig is geweest.⁷ De uitspraak van Hof Amsterdam, en ook de laatste oordelen van de CGB, lijken te passen binnen de kaders die het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) heeft gesteld. Het Hof Amsterdam redeneert echter, althans wat betreft het zb-verlof, langs andere – nationale – lijnen. Helaas heeft de werknemer in de Amsterdamse zaak afgezien van cassatie. De rechtsbijstandverzekeraar wilde de kosten van een cassatieprocedure namelijk niet vergoeden.

In deze bijdrage leg ik de nationale en Europese redeneringen naast elkaar.

Achtergrond

Begrip bonus

In dit artikel wordt met het begrip ‘bonus’ bedoeld op een vergoeding door de werkgever als een bepaald resultaat of een bepaalde prestatie is geleverd. In de praktijk gaat het meestal om een combinatie van bedrijfs- en/of afdelingsresultaat en inzet en/of aanwezigheid van de werknemer. Ik heb dus niet het oog op een los van resultaat of prestatie staande ‘bonus’ zoals een dertiende maand of (kerst)gratificatie.⁸

Het HvJ heeft het begrip ‘beloning’ in artikel 157 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) (tot 1 december 2009: art. 141 VEU; vóór 1 mei 1999: artikel 119 EG-Verdrag) en de daarop gebaseerde (voormalige) Richtlijn 75/117/EEG altijd ruim uitgelegd.⁹ Zo bracht het in *Rinner-Kühn*¹⁰ het recht op doorbetaling

6 Het oordeel is beperkt tot bonussen die als ‘loon’ in de zin van art. 7:628 BW dienen te worden aangemerkt. Dit is niet het geval – zo lees ik par. 3.15 van het oordeel – als de bonus in het geheel niet afhankelijk is van de uitkomst van (incidenteel of collectief) verrichte arbeid.

7 CGB 19 mei 2011, oordeel 2011-79 tot en met 81; oordeel 79 gepubliceerd in *JAR* 2011/155 (m.nt. Cremers).

8 Zie HvJ 21 oktober 1999, nr. C-333/97, *NJ* 2000, 137 (*Lewen/Denda*).

9 Dit gebeurde al in *Defrenne I* (HvJ 25 mei 1991, nr. 80/70, r.o. 6). Wel is het zo dat het HvJ het verdragsbegrip ‘beloning’ anders uitlegt dan het begrip ‘bezoldiging’ in de Zwangerschapsrichtlijn: zie r.o. 22 van *Lewen/Denda* (HvJ 21 oktober 1999, nr. C-333/97, *NJ* 2000, 137).

10 HvJ 13 juli 1989, nr. 171/88 (*Rinner/Kühn*).

van loon tijdens ziekte onder dit begrip. Het lijkt dan ook geen twijfel dat een bonus onder de reikwijdte van artikel 157 van het VWEU valt.

Opmerking vooraf

Een aantal omstandigheden compliceert deze materie. Ik noem de volgende:

- a. De Europese wetgeving kent twee verschillende families van toepasbare regels: (i) de zojuist genoemde regels op het gebied van gelijke behandeling en (ii) die met betrekking tot veiligheid en gezondheid zoals vervat in de zogenoemde ‘Zwangerschapsrichtlijn’ 92/85/EEG. Ieder van deze groepen regels beoogt iets verschillends, maar zij hebben raakvlakken en de gelijkebehandelingsregels bepalen met zo veel woorden dat zij de Zwangerschapsrichtlijn onverlet laten,¹¹ hetgeen echter niet wegneemt dat ik mij afvraag of goed is nagedacht over hun onderlinge samenhang.¹²
- b. De Zwangerschapsrichtlijn hoefde pas eind 1994 in de nationale wetgevingen te worden geïmplementeerd, met als gevolg dat de oudere rechtspraak uitsluitend op gelijke behandeling is gebaseerd, terwijl de latere rechtspraak (vanaf grofweg eind jaren negentig) de beide groepen regels meeweegt.
- c. Tot 15 augustus 2006 waren er op Europees niveau twee afzonderlijke groepen van regels op het gebied van geslachtsdiscriminatie: enerzijds een bepaling in het verdrag (oorspronkelijk art. 119 EG-Verdrag; na het Verdrag van Amsterdam art. 141 EG-Verdrag, sinds het Verdrag van Lissabon art. 157 VWEU) en Richtlijn 75/117/EEG met betrekking tot gelijke **beloning**, anderzijds Richtlijn 76/206/EEG met betrekking tot gelijke **behandeling**. Een discriminatoire gedraging kon toen alleen

11 Art. 9 lid 1 onder g en art. 28. Zie ook de considerans van Richtlijn 92/85/EEG, die – omgekeerd – naar de gelijkebehandelingswetgeving verwijst.

12 Zie S.D. Burri, ‘Kroniek gelijke behandeling in het Unierecht’, *NtEr* 2011-4, p. 143: “overigens is de verhouding tussen de benadering van het Hof van Justitie van het gebod tot gelijke beloning op grond van het geslacht en het verbod van directe zwangerschapsdiscriminatie bij de arbeidsvoorwaarden (...) enerzijds en de minimumvoorschriften van de Zwangerschapsrichtlijn anderzijds verwarrend. De toepassing van het verbod van directe discriminatie op grond van geslacht in relatie tot zwangerschap, zwangerschapsverlof of zwangerschapsgerelateerde ziekte leidt vaak tot een andere benadering dan de interpretatie van de minimumvoorschriften in de Zwangerschapsrichtlijn.”

onder de ene of de andere regelfamilie vallen, niet onder allebei.¹³ In 2006 werden Richtlijnen 75/117/EEG en 76/206/EEG, tezamen met enkele andere richtlijnen, samengevoegd tot de zogenoemde ‘Herschikkingsrichtlijn’ 2006/54/EG, waarvan artikel 14, eerste lid, onder c in één adem “arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning” noemt, hetgeen er mijns inziens op wijst dat er geen reden meer is om verschillende criteria op belonings- en behandelingszaken toe te passen, evenals in artikel 7:646 van het BW het geval is.

- d. Wanneer het om de beloning/behandeling gedurende de zwangerschapsziekteperiode/het zb-verlof/de bevallingsziekteperiode gaat, past het HvJ, zoals hierna zal blijken, verschillende redeneringen toe al naar gelang het gaat om ontslag (= behandeling) of om beloning, waarbij het soms wel en soms niet op een vergelijking tussen mannen en vrouwen aankomt.

Het is goed om bij het lezen van hetgeen hierna komt, deze complicerende omstandigheden in het achterhoofd te houden.

Europese wetgeving

De Herschikkingsrichtlijn verbiedt in artikel 14 directe of indirecte discriminatie op grond van geslacht voor wat betreft, onder andere, de arbeidsvoorwaarden. Daar staat tegenover, aldus artikel 28, dat de bepalingen van die richtlijn de bescherming van de vrouw in verband met zwangerschap en moederschap niet in de weg mogen staan. Met andere woorden: de gelijke behandeling van mannen en vrouwen mag geen afbreuk doen aan de Zwangerschapsrichtlijn en dus niet tot gevolg hebben dat een zwangere werkneemster de nodige bescherming ten aanzien van haarzelf en haar ongeborn kind ontbeert. De Zwangerschapsrichtlijn heeft tot doel de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie te verbeteren en te bevorderen. In de Europese rechtspraak worden de doelen van beide richtlijnen (gelijke behandeling en bescherming) naast en, naar mijn indruk, soms ook door elkaar gebruikt wanneer het gaat om de vraag of de werkgever is gehouden een bonus uit te keren gedurende afwezigheid van een

13 Zie HvJ 13 februari 1996, nr. C-342/93 r.o. 24 (*Gillespie*) en HvJ 8 september 2005, nr. C-191/03, *JAR* 2005/236, r.o. 30 (*McKenna*): “een beloning in de zin van artikel 141 EG en Richtlijn 75/117 kan niet tevens onder Richtlijn 76/206 vallen. Uit de tweede overweging van die richtlijn volgt immers, dat zij niet ziet op de ‘beloning’ in de zin van bovengenoemde bepalingen.”

werknemster vanwege zb-verlof of daaraan gerelateerde ziekte. Van beide richtlijnen wordt als het ware de hoogste gemene deler genomen: een zwangere (et cetera) werknemster mag niet ongunstiger worden beloond of behandeld dan een niet-zwangere (et cetera) werknemer in gelijke omstandigheden, zoals een ‘gewoon zieke’ mannelijke collega, maar als het voor de bescherming van haar en/of haar kind nodig is mag, nee moet, zij gunstiger worden behandeld.

Nederlandse wetgeving

Relevante nationale bepalingen zijn artikel 7:646, vijfde lid, van het BW en artikel 1 van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB m/v). Hierin is onder andere opgenomen dat sprake is van direct onderscheid op grond van geslacht als een vrouwelijke werknemer ongelijk wordt behandeld ten opzichte van een mannelijke werknemer vanwege haar zwangerschap, bevalling of moederschap. De CGB trok hieruit tot onlangs de conclusie dat, aangezien alleen vrouwen zwanger kunnen zijn, het anders behandelen van afwezigheid ten gevolge van zwangerschap neerkomt op het anders behandelen op grond van geslacht en daarmee rechtstreeks – dus niet te rechtvaardigen – onderscheid in de zin van artikel 7:646 van het BW oplevert.

Ter bescherming van de zwangere werknemster is in de Wet arbeid en zorg (WAZO) bepaald dat de werknemer gedurende het zb-verlof recht heeft op een uitkering. Dat deze uitkering, vanwege de definitie van dagloon, geen rekening houdt met bonussen e.d. is mogelijk¹⁴ strijdig met het Europese recht, maar dit aspect laat ik buiten beschouwing. Waar het om gaat is dat, vanwege de inkomensbescherming die de WAZO biedt, de Nederlandse wetgever in artikel 7:629, vierde lid, van het BW bepaalt dat de werkgever niet gehouden is het loon door te betalen gedurende het zb-verlof.

Hof van Justitie

Wanneer het gaat om de rechten van werknemers in verband met zwangerschap en bevalling maakt het HvJ in twee opzichten onderscheid: (i) tussen ontslag en inkomensbehoud en bovendien (ii) tussen drie fasen:

14 Zie hierna de beschouwing over de verhouding tussen onderdelen a en b van art. 11 lid 2 Zwangerschapsrichtlijn.

- fase 1: zwangerschapsgerelateerde ziekte vóór aanvang van het verlof;
- fase 2: de periode van het zwangerschaps-/bevallingsverlof;
- fase 3: zwangerschaps- of bevallingsgerelateerde ziekte na afloop van het verlof.

Zelf zou ik ervoor willen pleiten om fase 1 in twee subfasen onder te verdelen: fase 1a waarin de zwangere werkneemster wel werkt maar in verband met haar zwangerschap niet in volle omvang, slechts met beperkingen of niet in haar eigen functie, en fase 1b waarin zij in verband met haar zwangerschap arbeidsongeschikt is en dus helemaal niet werkt.

Bescherming en gelijke behandeling: ontslag

De zaak *Brown*¹⁵ betrof een werkneemster die tijdens zwangerschap werd ontslagen. In die zaak maakte het HvJ onderscheid tussen enerzijds voornoemde fasen 1 en 2 en anderzijds fase 3.

In fasen 1 en 2 gaat het niet om een vraagstuk van gelijkebehandelingswetgeving, want de situatie van een vrouw die arbeidsongeschikt is vanwege zwangerschap of recente bevalling is onvergelijkbaar met die van een man (of vrouw) die arbeidsongeschikt is ten gevolge van ziekte.¹⁶ De gelijkebehandelingswetgeving is hier dus niet toepasbaar. Hier staat tegenover dat de werkneemster in fasen 1 en 2 bescherming geniet op grond van de Zwangerschapsrichtlijn. Het doel hiervan is het risico te beperken dat ontslag een nadelige uitwerking heeft op de lichamelijke en geestelijke gesteldheid van de werkneemster en haar (on- of pasgeboren) kind. Volgens het HvJ bestaat zelfs het risico dat een zwangere werkneemster in geval van ontslag ertoe wordt gebracht haar zwangerschap af te breken.¹⁷ Vandaar dat in deze twee perioden aan zwangere vrouwen bijzondere ontslagbescherming toekomt.¹⁸

De conclusie is dat, wanneer het gaat om ontslag van een werkneemster in de eerste twee fasen, de Zwangerschapsrichtlijn, waarin de bescherming van de zwangere werkneemster wordt gewaarborgd, en niet de gelijkebehandelingswetgeving centraal staat.

15 HvJ 30 juni 1998, nr. C-394/96, *JAR* 1998/198 (*Brown*).

16 Zie *McKenna*, r.o. 50.

17 *Brown*, r.o. 18.

18 Deze ontslagbescherming is niet absoluut. Art. 10 Zwangerschapsrichtlijn staat ontslag in fasen 1 en 2 toe "in uitzonderingsgevallen die geen verband houden met hun toestand".

In de derde fase speelt de bescherming van de vrouw geen bijzondere rol meer.¹⁹ Het HvJ vergelijkt een vrouwelijke werknemer die na haar bevallingsverlof arbeidsongeschikt is met een arbeidsongeschikte mannelijke werknemer. Hier speelt de vergelijkingsvraag dus wel. Hiervoor verwijst het HvJ naar de zaak *Hertz* waarin het overwoog dat mannen en vrouwen in principe evenveel kans hebben om ziek te worden: sommige stoornissen komen nu eenmaal alleen bij vrouwen en andere alleen bij mannen voor.²⁰

Samenvattend: een zwangere werkneemster geniet tijdens haar gehele zwangerschap en tijdens haar zwangerschaps-/bevallingsverlof ontslagbescherming, niet om redenen van gelijke behandeling maar ter bescherming van zichzelf en haar (ongeboren) kind, maar na haar verlof reikt haar ontslagbescherming niet verder dan die van een zieke mannelijke werknemer.

Bescherming en gelijke behandeling: inkomensbehoud

Wanneer het gaat om inkomensbehoud in fasen 1-3 gelden andere overwegingen dan wanneer het om ontslag gaat. De verschillen kwamen al naar voren in het arrest *Gillespie*,²¹ maar zij werden pas goed duidelijk in het arrest *McKenna*.²² Hoewel de verwijzende rechter in *McKenna* alleen prejudiciële vragen stelde over artikel 141 van het EG, Richtlijn 75/117/EEG en Richtlijn 76/206/EEG, dat wil zeggen over de gelijkebehandelingswetgeving, niet tevens over de Zwangerschapsrichtlijn, gaat het HvJ vooral op die richtlijn in. Dit gegeven bevestigt voor mij de verwevenheid, de overlapping en de verwarrende onderlinge afbakening van de beide groepen van regels: die met betrekking tot gelijke behandeling m/v en die met betrekking tot arbeidsomstandigheden.

Het ging in *McKenna* om een werkneemster die in een vroeg stadium van, en in verband met, haar zwangerschap ziek werd (zwangerschapsgerelateerd) en zes maanden na aanvang van haar ziekte – maar nog altijd vóór aanvang van haar zwangerschaps-/bevallingsverlof – te maken kreeg met een regeling inhoudende dat afwezigheid gedurende langer dan zes maanden leidt tot halvering

19 Mogelijk speelt hierbij een rol dat na de bevalling het risico van abortus is geweken.

20 HvJ 8 november 1990, nr. C-179/88, r.o. 16 en 17 (*Hertz*).

21 HvJ 13 februari 1996, nr. C-342/93 (*Gillespie*).

22 HvJ 8 september 2005, nr. C-191/03, *JAR* 2005/236 (*McKenna*).

van het salaris. Deze regeling was in overeenstemming met het toepasselijke Ierse recht.

Ik vat *McKenna* als volgt samen.

Fase 1. In deze fase hebben we, evenals bij ontslag, niet te maken met de gelijkebehandelingswetgeving omdat dit ook zo is in fase 2 (zie hierna) en het niet logisch zou zijn om deze fasen verschillend te behandelen.²³ De bescherming moet in deze fase dus komen van de Zwangerschapsrichtlijn. Deze richtlijn geeft echter geen regels ten aanzien van zwangerschapsziekte. Zij geeft in artikel 11 wel regels voor de situatie dat een zwangere werkneemster aangepaste arbeid verricht (lid 1) en voor de situatie tijdens het zb-verlof (lid 2 en 3). Het lijkt me niet onlogisch om in fase 1 aansluiting te zoeken bij één van beide situaties. Het HvJ doet dat echter niet, althans niet direct. Het verwijst slechts naar het doel van de Zwangerschapsrichtlijn.

Nu is het zo dat zowel lid 1 als lid 2 van artikel 11 van de Zwangerschapsrichtlijn de werkneemster recht geven op “het behoud van een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering”. Let wel: hier staat niet *de* bezoldiging, maar *een* bezoldiging. Hieruit leidt het HvJ af dat de wetgeving van een lidstaat geen recht op behoud van het volledige loon hoeft toe te kennen. Een adequate bezoldiging of uitkering is voldoende. Wat ‘adequaat’ is, vermeldt de richtlijn niet voor de fase voorafgaand aan het zb-verlof, wel voor fase 2. Ik zie echter geen reden om datgene wat voor het zb-verlof geldt niet ook toe te passen op de fase daarvoor.

Terzijde: artikel 11, eerste lid heeft het over “de rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst, *met inbegrip van* het behoud van een bezoldiging”. Wat betekent dit? De considerans bij de richtlijn geeft geen uitsluitel. Zou ‘met inbegrip van’ wellicht betekenen dat in een land of een bedrijf, zoals Ierland, waar na zes maanden van afwezigheid het recht op volledige bezoldiging vervalt, ten minste recht moet bestaan op een adequate bezoldiging? En dat in landen of bedrijven waar zieke werknemers recht op hun volledige loon behouden, dit recht ook aan zwangere werknemers toekomt? Ik laat dit punt hier rusten, maar kom er verderop op terug.

Fase 2. Ook in deze fase speelt de gelijkebehandelingswetgeving geen rol, want een wegens zb-verlof afwezige werkneemster is niet vergelijkbaar met een werkzame werknemer (m/v). Evenals in fase 1 moet de toekenning komen van de Zwangerschapsrichtlijn, die in het

23 *McKenna*, r.o. 60 en 66.

tweede lid van artikel 11 de werkneemster recht geeft op (onderdeel b:) “het behoud van een bezoldiging en/of genot van een adequate uitkering”.²⁴ Het derde lid preciseert dat zodanige uitkering als adequaat wordt beschouwd wanneer zij een inkomen waarborgt gelijk aan hetgeen een zieke werknemer ontvangt. Hierover voegt het HvJ toe dat dit inkomen niet zo gering mag zijn dat het door het gemeenschapsrecht nagestreefde doel van de bescherming van zwangere werkneemster ‘met name vóór de bevalling’ daardoor op de helling komt te staan.²⁵

In de vorige alinea citeerde ik uit onderdeel b van artikel 11, tweede lid, van de Zwangerschapsrichtlijn. Dat onderdeel gaat over de ‘bezoldiging’. Onderdeel a gaat over de overige rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst. De lidstaten zijn gehouden deze rechten tijdens het zb-verlof te ‘waarborgen’. Artikel 11, tweede lid maakt dus onderscheid tussen, enerzijds, de bezoldiging, die slechts adequaat hoeft te zijn, en anderzijds alle overige arbeidsvoorwaarden, die voor de volle 100% moeten worden gehandhaafd.

Fase 3. Na afloop van het zwangerschaps-/bevallingsverlof is de werkneemster weer vergelijkbaar met haar mannelijke collega’s en neemt de gelijkebehandelingswetgeving het over van de Zwangerschapsrichtlijn, net als bij ontslag (zie hiervoor).

Samenvattend: in fasen 1 en 2 heeft de werkneemster slechts recht op een adequate uitkering, niet op volledige loondoorbetaling, in fase 3 heeft de pas bevallen werkneemster recht op hetzelfde als haar zieke mannelijke collega krijgt. In fasen 1 en 2 is de bescherming dus, anders dan bij ontslag, niet volledig, slechts partieel. Vanwaar dit verschil? Het HvJ motiveert het verschil als volgt:²⁶

“(…) dat er wat de ontslagen betreft, slechts rekening kan worden gehouden met het structurele karakter van een zwangerschapsgebonden ziekte door de werkgever het recht te ontzeggen om een vrouwelijke werknemer om deze reden te ontslaan. Wat daarentegen de beloning betreft, is de volledige doorbetaling daarvan niet het enige middel om rekening te houden met het specifieke karakter van een zwangerschapsgebonden ziekte. Er kan immers met dit specifieke karakter rekening worden gehouden in het

24 Let op de verschillende terminologie vergeleken met lid 1.

25 *McKenna*, r.o. 59. “Met name vóór de bevalling”, want – zo lees ik het arrest – daarna zijn de bijzondere risico’s (lees: het abortusrisico?) geweken.

26 *McKenna*, r.o. 58.

kader van een regeling die in geval van afwezigheid van een vrouwelijke werknemer wegens een zwangerschapsgebonden ziekte voorziet in een vermindering van de beloning.”

Wat is ‘het specifieke karakter’ bedoeld in dit citaat? Zo te zien heeft het betrekking op de “stoornissen en complicaties [die] kunnen optreden die van dien aard kunnen zijn dat een vrouw zich aan strenge medische controle moet onderwerpen en, in voorkomend geval, gedurende de gehele duur van de zwangerschap of een gedeelte daarvan absolute rust moet houden”.²⁷ Blijkbaar moet, om het risico van deze stoornissen en complicaties te verkleinen, ontslag worden verboden, maar is behoud van het volledige loon niet nodig.

Parviainen en Gassmayr (fase 1a)

Soms kan een werkneemster in verband met haar zwangerschap wel werken, maar niet in haar eigen functie. Op basis van de Zwangerschapsrichtlijn heeft zo’n werkneemster het recht om tijdelijk andere werkzaamheden uit te oefenen, dit in verband met haar veiligheid en de veiligheid van het ongeboren kind. Ook kan het in dit verband soms noodzakelijk zijn dat de werkneemster op meer regelmatige tijden werkt, in plaats van de overeengekomen, onregelmatige diensten. Volgens het HvJ heeft de zwangere werknemer gedurende de periode dat zij tijdelijk passende werkzaamheden uitvoert in ieder geval recht op haar basissalaris en op de toelagen die verband houden met haar functie.²⁸ Zij heeft niet per definitie recht op de toelagen die zij in haar eigen functie ontving vanwege het verrichten van specifieke werkzaamheden onder bijzondere voorwaarden die beogen de ongemakken daarvan te compenseren. Zij voert deze specifieke werkzaamheden namelijk tijdelijk niet uit. Het HvJ baseert dit standpunt op de Zwangerschapsrichtlijn die, zoals vermeld, de zwangere werkneemster, voordat zij met verlof gaat, recht geeft op een bezoldiging. Deze bezoldiging behelst minimaal het basissalaris, en eventuele toeslagen en premies op grond van het ‘beroepsstatuut’ (denk hierbij aan zaken als toeslagen op grond van anciënniteit (‘periodieken’) en het behaald hebben van diploma’s. Van belang daarbij is dat de werkneemster in ieder geval in haar tijdelijke functie

27 *McKenna*, r.o. 46. Het HvJ noemt niet het risico van abortus, maar zou dit op de achtergrond spelen?

28 HvJ 1 juli 2010, *JAR* 2010/201 (*Parviainen*) en HvJ 1 juli 2010, *JAR* 2010/200 (*Gassmayr*).

niet minder mag verdienen dan een collega in een gelijke functie. In wezen zijn deze uitspraken een bevestiging van de standpunten van het HvJ in de zaak *McKenna*. Tijdens de zwangerschap heeft een vrouwelijke werknemer niet per definitie recht op volledige doorbetaling van haar loon, als zij inactief is wegens ziekte of als zij tijdelijk passende werkzaamheden verricht wegens veiligheidsrisico's voor haar kind.

In *Parviainen* en *Gassmayr* schept het HvJ ook meer duidelijkheid over de periode tijdens het zwangerschapsverlof zelf. In deze periode heeft de werkneemster recht op 'een adequate uitkering', méér niet.²⁹ Het recht op een adequate uitkering heeft tot doel dat de werkneemster tijdens haar zwangerschapsverlof een inkomen behoudt dat ten minste gelijk is aan dat van iemand die, volgens de nationale wetgeving, wegens ziekte afwezig zou zijn geweest.³⁰ Het maakt volgens het HvJ niet uit of de hoogte van het inkomen tijdens het verlof bestaat uit loon, een uitkering of een combinatie daarvan.³¹

Volgens het HvJ is er een onderscheid tussen zwangere werknemers die in fase 1 nog arbeid verrichten en werkneemsters die daadwerkelijk zwangerschaps- en bevallingsverlof genieten. In deze laatstgenoemde fase hebben werknemers slechts recht op een adequate uitkering. Deze fase is per definitie uniek, en dus ook niet vergelijkbaar met die van een mannelijke werknemer.

Conclusie rechtspraak HvJ

De conclusie is dat het HvJ drie fasen van zwangerschap onderscheidt: de fase voor het zwangerschapsverlof, de fase tijdens het zwangerschaps- en bevallingsverlof en de fase na het verlof. Als het een ontslagkwestie betreft dan geniet de werkneemster in de eerste twee fasen volledige bescherming. De reden hiervoor in de eerste en tweede fase is dat het risico bestaat dat de werkneemster haar zwangerschap afbreekt om zodoende haar baan te behouden. In de derde fase mag de vrouw hetzelfde worden behandeld als de mannelijke werknemer die arbeidsongeschikt is. Hier wordt, in tegenstelling tot de twee eerdere fasen, de vrouwelijke collega vergeleken met de mannelijke collega en speelt de gelijkebehandelingswetgeving een rol. Het uitgangspunt van de Zwangerschapsrichtlijn is de bescherming van de zwangere vrouw en haar (ongeboren) kind. Het volledig

29 HvJ 27 oktober 1998, *JAR* 1999/14, r.o. 35 (*Boyle*).

30 *Boyle*, r.o. 36.

31 *Parviainen*, r.o. 37.

doorbetalen van het loon voorafgaande aan het verlof en tijdens het verlof is geen voorwaarde voor het bereiken van de doelstelling. Voldoende is een waarborg voor een bepaald inkomen. Dientengevolge hanteert het HvJ een hoger beschermingsniveau bij ontslag dan bij inkomen.

Ik vat het voorafgaande samen in onderstaand schema (g.b. staat voor de regels omtrent gelijke beloning en behandeling en 92/85/EEG ziet op de Zwangerschapsrichtlijn):

fase	ontslag	inkomensbehoud
1	g.b.: directe discriminatie; geen vergelijking 92/85/EEG: ontslag verboden	g.b.: afwezigheid vergelijkbaar met ziekteverlof 92/85/EEG: geen recht op volledig loon mits loon voldoende voor bescherming
2	g.b.: direct discriminatie; geen vergelijking 92/85/EEG: ontslag verboden	g.b.: afwezigheid vergelijkbaar met ziekteverlof 92/85/EEG: geen recht op volledig loon mits loon voldoende voor bescherming
3	g.b.: afwezigheid verge- lijkbaar met ziekteverlof 92/85/EEG: n.v.t.	g.b.: afwezigheid vergelijkbaar met ziekteverlof 92/85/EEG: n.v.t.

Commissie Gelijke Behandeling gaat om

Zoals gezegd ging de CGB op 19 mei 2011 naar aanleiding van het Amsterdamse arrest 'om'. Tot die datum had zij consequent geoordeeld dat sprake is van een verboden onderscheid op grond van geslacht als een werkneemster geen bonus krijgt uitgekeerd door afwezigheid in verband met haar zwangerschap. De CGB beschouwde de bonus als 'arbeidsvoorwaarde' in de betekenis van artikel 7:646, eerste lid, van het BW, dat de werkgever verbiedt onderscheid te maken op grond van geslacht in onder meer de arbeidsvoorwaarden. Dit geldt in ieder geval voor fasen 1 en 2. Een werkgever zou op grond van deze benadering de gehele bonus moeten uitkeren, ook als het gaat om afwezigheid in verband met zwangerschapsziekte. De CGB handhaafde daarmee een hoog beschermingsniveau ten aanzien van de vrouwelijke werknemer. Zij

maakte, in tegenstelling tot het HvJ, geen onderscheid tussen het beschermingsniveau bij ontslag en het beschermingsniveau in arbeidsvoorwaarden, terwijl de Europese jurisprudentie dit onderscheid wel maakte. De vraag is waarom de CGB hier tot na het Amsterdamse arrest arrest mee wachtte. Had zij het niet al meteen na *McKenna*, of zelfs al na *Gillespie* moeten doen? Vond zij tot aan het Amsterdamse arrest wellicht dat de Nederlandse wet, door in artikel 7:646 van het BW geen onderscheid te maken tussen ontslag en inkomensbescherming, verdergaande bescherming biedt dan volgens de EU-wetgeving minimaal vereist? Ik denk het niet. Naar mijn indruk plaatste de CGB, anders dan het HvJ, maar wel geïnspireerd door diens oordelen,³² het vraagstuk van de bescherming van zwangere en pas bevallen werknemers in de sleutel van de gelijke behandeling. Zij redeneerde: de werkgever die een wegens zwangerschap afwezige werknemer benadeelt, behandelt haar rechtstreeks ongelijk op grond van geslacht, en dat mag niet. Zij verzuimde daarbij de voorvraag naar de vergelijkbaarheid expliciet te stellen, of beantwoordde die voorvraag (impliciet) anders.

Slotbeschouwing

Het gelijkebehandelingsrecht is weerbarstig. Het kent verschillende redeneertranten, maar het is niet altijd evident welke daarvan op een casus toe te passen. Neem de bekende *Dekker*-zaak. Een zwangere sollicitante wordt afgewezen omdat zij in de aanvangsperiode van de beoogde indiensttredingsdatum langdurig afwezig zou moeten zijn. Afwijzing op grond van zo'n afwezigheid staat gelijk aan afwijzing vanwege zwangerschap en dus vanwege geslacht, zo redeneerde het HvJ. Directe discriminatie. Waarom kan deze redenering niet op de casus van het Amsterdamse hof worden toegepast? Een zwangere werknemer krijgt geen (volle) bonus omdat zij langdurig afwezig was. Onthouding van de bonus op grond van zo'n afwezigheid staat gelijk aan onderbetaling op grond van zwangerschap, dus geslacht, zou men wellicht kunnen redeneren. Zo redeneerde de CGB ook tot voor kort.

32 Zie *Lewen/Denda* en HvJ 30 maart 2004, nr. C-147/02, *JAR* 2004/101 (*Alabaster*), waarin het HvJ de problematiek in de sleutel van gelijke behandeling plaatste.

Deeltijd = Voltijd?

De Helmig-problematiek

N. Gundt¹

De gelijke behandeling van werknemers die minder dan de normale arbeidstijd werken is een vraagstuk dat soms wordt afgedaan als een restje feministische retoriek. Deze bijdrage wil aantonen dat de problemen rondom gelijke behandeling van deeltijders nog steeds niet in alle facetten afdoende zijn opgelost. Zo wordt bijvoorbeeld nog steeds gediscussieerd over de vraag vanaf welk moment een overwerktoeslag verplicht is. In het verlengde hiervan ligt de vraag hoe hoog deze eventuele toeslag zou moeten zijn. Is dit het kale loon? De volledige overwerktoeslag? Iets daartussenin? Ook compensatie van deeltijders voor lidmaatschap in de ondernemingsraad of deelname aan opleidingen die zij in hun eigen tijd (moeten) volgen, zal aan de orde komen. Ten slotte zal aandacht worden besteed aan de problemen die het toenemende gebruik van looncomponenten die niet naar tijd worden berekend, zoals tegemoetkomingen in kosten of het gebruik van een leaseauto, met zich meebrengt.

Het recht op gelijke behandeling bij deeltijd

Nederland kent sinds 1 november 1996² een wettelijke regeling omtrent gelijke behandeling op grond van arbeidsduur. Met de wet werd, zoals uit de memorie van toelichting blijkt, vooral bedoeld de werknemer die in deeltijd werkzaam is meer bescherming te bieden.³

1 Dr. N. Gundt is universitair docent Arbeidsrecht aan de Maastricht University.

2 *Sib.* 1996, 391.

3 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 2, 6.

Alleen, uit de bewoordingen van de uiteindelijke wettelijke bepalingen is een dergelijke bedoeling niet af te leiden.⁴ Artikel 7:648 van het BW is namelijk niet asymmetrisch ten gunste van de bescherming van deeltijders, maar symmetrisch geformuleerd.⁵ Met het gebruik van dit begrippenpaar wordt beoogd uit te drukken dat de bepaling in algemene bewoordingen elk onderscheid op grond van arbeidsduur verbiedt, tenzij dit objectief is gerechtvaardigd, hetgeen ertoe leidt dat de wet ook voltijders beschermt tegen ongelijke behandeling. Een voltijder kan dus met een beroep op artikel 7:648 van het BW een regeling aanvechten die hem ten opzichte van een deeltijder benadeelt. Deze formulering wijkt af van hetgeen Richtlijn 97/81/EG⁶ inzake deeltijdarbeid eist. De richtlijn gaat namelijk expliciet uit van bescherming van de deeltijdwerknemer tegen discriminatie.⁷ De verplichting tot richtlijnconforme interpretatie brengt dan mee dat de Nederlandse rechter gehouden is het Nederlandse recht, in casu dus artikel 7:648 van het BW op zodanige wijze te interpreteren dat recht wordt gedaan aan deze – specifiekere – doelstelling. Op basis hiervan mag levelling-down niet mogelijk zijn. Immers, in dat geval wordt de ongelijkheid weggenomen door beide groepen werknemers op het laagste niveau gelijk te behandelen, terwijl het de bedoeling van de richtlijn is de deeltijdwerknemer de rechten te doen toekomen die de voltijdwerknemer heeft.⁸

In het kader van de ongelijke behandeling van deeltijders of voltijders moet in de eerste plaats de vraag worden beantwoord of voltijders met betrekking tot een bepaalde arbeidsvoorwaarde anders worden behandeld dan deeltijders.⁹ Een tweede vraag is, hoe een geconstateerde ongelijkheid verholpen moet worden. De wetsgeschiedenis zelf laat reeds zien dat een gedifferentieerde aanpak nodig wordt geacht, al naar gelang de arbeidsvoorwaarde die in het geding

4 S.D. Burri, *Tijd delen*, Deventer: Kluwer 2000, p. 474.

5 CGB-advies 2002/4, 1 augustus 2002, inzake evaluatie van de Wet op het verbod tot het maken van onderscheid naar arbeidsduur, p. 5.

6 *PbEG* 1998, L 14/9.

7 Zie bijvoorbeeld zeer duidelijk in clause 1 de doelomschrijving “(...) de opheffing van discriminatie van deeltijdwerkers (...)”.

8 Daarnaast – dat probleem wordt in deze bijdrage verder buiten beschouwing gelaten – is het ook zo dat meer vrouwen dan mannen in deeltijd werken, waardoor in geval van verschillen in behandeling tussen deeltijders en voltijders vaak ook een actie op grond van een schending van het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen tot de mogelijkheden behoort. De wetgever heeft dit probleem trouwens onderkend, zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 13.

9 S.D. Burri, *Tijd delen*, Deventer: Kluwer 2000, p. 487.

is. "Het zal immers afhankelijk zijn van de aard en de strekking van de betrokken arbeidsvoorwaarde of toekenning naar rato van het aantal arbeidsuren, danwel een identieke behandeling, danwel een nog andere handelwijze in overeenstemming is met het beginsel van gelijke behandeling."¹⁰ De memorie van toelichting gaat dus uit van minstens drie mogelijke manieren om eenmaal geconstateerde ongelijkheden op grond van arbeidsduur weg te nemen. Alleen, welke handelwijze bij welke arbeidsvoorwaarde dient te worden gebruikt, wordt uit de wetsgeschiedenis niet zonder meer duidelijk. Dit moet blijken uit de aard en strekking van de betreffende arbeidsvoorwaarde.¹¹ Vandaar dat onderstaand een aantal arbeidsvoorwaarden en mogelijke handelwijzen worden besproken.

Overwerk

Een eerste vraag die, zoals zojuist bleek, altijd een antwoord behoeft, is de vraag naar de vergelijkbaarheid van voltijdarbeid en deeltijdarbeid. Deze vraag speelde in een zaak van het Hof van Justitie (HvJ) die tot op heden de naamgever is van de hele discussie, de zaak *Helmig*.¹² In die zaak gaat het om de vraag hoe overuren van deeltijders beloond moeten worden. Mevrouw Helmig heeft een arbeidsovereenkomst voor achttien uur per week. De cao bepaalt dat overwerkvergoedingen pas worden betaald indien een werknemer meer werkt dan de normale (= voltijdse) werkweek. Helmig vindt dit ongelijke behandeling en stapt naar de rechter om een overwerktoeslag te eisen voor de uren die zij meerwerk heeft verricht.

Mogelijke oplossingen

De rechter heeft verschillende mogelijkheden. Hij kan ten eerste oordelen dat de toeslag voor overuren alleen verschuldigd is voor arbeidsuren boven de normale arbeidstijd en dat deze oplossing geen ongelijke behandeling is, aangezien iedereen exact hetzelfde wordt betaald. Iedere werknemer, zowel voltijder als deeltijder, krijgt voor elk uur dat wordt gewerkt hetzelfde uurloon. De tweede optie is dat de rechter bepaalt dat de toeslag voor overwerk verschuldigd is voor elk uur dat de werkelijke arbeidsduur de contractueel vastgelegde

10 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 8-9.

11 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 9.

12 HvJ 15 december 1994, nr. C-399/92.

arbeidsduur overschrijdt. Een derde mogelijkheid bestaat daarin de deeltijdwerknemer een bepaalde compensatie toe te kennen die ergens tussen het kaal uurloon en de overwerktoeslag in ligt.

Voor- en nadelen van deze oplossingen

Alle drie de oplossingen hebben hun voor- en nadelen. In het eerste geval leidt gelijke beloning ertoe dat, zoals in de zaak *Helmig*, het negentiende contractuur voor iedereen gelijk wordt beloond, ongeacht de duur van de arbeidsovereenkomst. Formeel wordt in deze opvatting iedereen gelijk behandeld en krijgt iedereen voor verrichte arbeid evenveel uurloon. Materieel wordt echter de deeltijder, die door de keuze voor een deeltijdse baan inkomsten prijsgeeft in ruil voor tijd, anders behandeld dan de voltijder die bij voorbaat akkoord is gegaan met een hogere arbeidsduur voor het overeengekomen loon.

Een keuze voor de tweede mogelijkheid, het betalen van een overwerktoeslag, leidt weliswaar ertoe dat deeltijders worden gecompenseerd voor het verlies aan anders te besteden tijd, maar deze compensatie leidt ertoe dat zij voor dezelfde hoeveelheid werk meer betaald krijgen dan collega's die hetzelfde werk op reguliere basis doen. Deze overweging was voor het HvJ in de zaak *Helmig* de doorslaggevende reden om deze handelwijze af te wijzen.

De laatstgenoemde redenering, namelijk dat de deeltijder in geval hij wordt gecompenseerd meer verdient dan zijn in voltijd werkende collega, klopt echter uitsluitend wanneer de deeltijdwerknemer voor het meerwerk een overurentoeslag ontvangt en deze toeslag de emolumenten en overige aanspraken die de voltijder verwerft overstijgt. Indien de deeltijder over de meeruren enkel een kaal uurloon ontvangt, is hij misschien zelfs slechter af dan de voltijder. Vas Nunes heeft in een bijdrage in 2000 haarfijn uiteengezet, waarom de voltijder beter af is dan de deeltijder die over de extra gewerkte uren het kale uurloon ontvangt.¹³ De voltijder bouwt immers over de contracturen ook nog vakantierechten op, zowel in geld als in vrije tijd. Daarnaast kunnen ook andere rechten een rol spelen, zoals rechten met betrekking tot pensioenopbouw, een dertiende maand of spaarloonregelingen. Volgens Vas Nunes zou een vergoeding voor 'meeruren' op zijn minst de waarde van deze extra's moeten compenseren. Het betalen van een kaal uurloon over de meer

13 P.C. Vas Nunes, 'Overwerkvergoeding voor deeltijders; een reactie', *Arbeids-Recht* 2001, 49.

gewerkte uren is in zijn ogen ongelijke behandeling. Om tot gelijke behandeling te komen zou de deeltijdwerknemer ook rechten moeten verwerven met betrekking tot pensioenen, vakantie e.d.

Afweging

Mijns inziens behoren deeltijders aanspraak te hebben op volledige compensatie van de meeruren, zodra hun werkelijke werktijd hun contractueel overeengekomen arbeidsduur overschrijdt. Voor deze opvatting kan een drietal redenen worden aangevoerd.

Het eerste argument is de uitspraak van het HvJ in de zaak *Elsner-Lakenberg*.¹⁴ In die zaak ging het om een lerares die in deeltijd werkt (zestig lesuren per maand, de voltijdnorm is 98 lesuren per maand). Overuren worden pas vergoed wanneer een leraar in een kalendermaand meer dan vijf overuren, gelijk aan drie lesuren heeft gemaakt. De regeling bevat daarbij, in tegenstelling tot de regeling in de zaak *Helmig* die uitging van de 'normale' arbeidsduur, een referentie aan de overschrijding van de *contractuele* arbeidsduur. Mevrouw Elsner-Lakenberg heeft in een gegeven maand 2,5 lesuren extra gegeven en eist uitbetaling van overuren. Het HvJ oordeelt in rechtsoverweging 71 dat drie overuren een grotere last betekenen voor parttimeleraars dan voor fulltimeleraars. Voor een fulltimeleraar betekenen vijf extra uren een toename van de arbeidsduur van ongeveer 3%; voor een deeltijdkracht die zestig uur werkt, een toename van ongeveer 5%. Vervolgens bepaalt het HvJ dat in casu sprake is van ongelijke behandeling, aangezien de grens voor de vergoeding van extra lesuren niet wordt gerelateerd aan de arbeidsomvang van de betrokken werknemers. Daardoor ontstaat een verschil in behandeling tussen deeltijders en voltijders die alleen met een pro-ratabenadering kan worden weggenomen. De werkgever heeft immers geen 'recht' op het gebruik van deze tijd. Wil hij ervan gebruikmaken, zal daar een (extra) vergoeding tegenover moeten staan. Indien het toepasselijke systeem een grens bevat voor onbetaald meerwerk, dan moet deze grens voor deeltijders naar rato worden verlaagd. Na overschrijden van die grens is een overwerktoeslag verschuldigd.¹⁵ Dat dit een ongelijke behandeling van voltijders is, valt niet te ontkennen. De deeltijder krijgt over die extra uren immers een hoger loon dan de

14 HvJ 27 mei 2004, nr. C-285/02.

15 Helaas geeft het HvJ nergens te kennen hoe deze uitspraak zich verhoudt tot de zaak *Helmig*. Volgens A.G. Veldman is niet aangestuurd op een breuk, zij lijkt *Elsner-Lakenberg* eerder te zien als een misstap van de kleine raadkamer.

voltijder. Volgens Richtlijn 97/81/EG is dat echter geen probleem aangezien in dat systeem enkel de deeltijdwerknemer wordt beschermd. Op basis van de Nederlandse wet zou deze oplossing daarentegen wel kunnen leiden tot acties die worden ingesteld door voltijdwerknemers omdat deeltijdwerknemers vergelijkenderwijs beter worden behandeld.

In de tweede plaats is de arbeidsovereenkomst een overeenkomst waarbij de werknemer zich in ruil voor loon verbindt, arbeid voor de werkgever te verrichten. Ten aanzien van de twee hoofdcomponenten, de arbeid(sduur) en het loon, bestaat tussen beide partijen wilsovereenstemming. De werknemer stelt zijn arbeidskracht en zijn tijd ter beschikking en de werkgever 'koopt' als het ware de beschikbaarheid van de werknemer in.¹⁶ Heeft hij meer nodig, dan kan hij tot op zekere hoogte van de werknemer (onbetaald) overwerk eisen,¹⁷ maar op een bepaald moment dient daar dan wel, net als in geval van de voltijdwerknemer, een compensatie tegenover te staan. De werkgever mag er niet zonder meer van uitgaan dat een werknemer die in deeltijd werkt over meer vrije tijd beschikt die hij graag aan de werkgever ter beschikking stelt.

Hier sluit het derde argument aan, het Nederlandse beleid ten aanzien van de verhoging van de arbeidsparticipatie. Veel werknemers die in deeltijd werken doen dit om betaalde arbeid en zorgtaken te kunnen combineren. Deze combineerbaarheid is door de wetgever uitdrukkelijk als zeer belangrijk erkend.¹⁸ Deeltijd is een mogelijkheid bij uitstek om deze doelstelling te verwezenlijken en daarmee tevens een andere beleidsdoelstelling te bevorderen, namelijk het verhogen van de arbeidsparticipatie. Om deze doelstellingen daadwerkelijk te realiseren is het echter noodzakelijk dat werknemers die volgens hun arbeidsovereenkomst slechts beperkt ter beschikking van de werkgever staan (en ook slechts beperkt loon krijgen) ook de mogelijkheid krijgen, hun in omvang beperkte baan inderdaad op die omvang te houden en hun overige tijd te besteden op een manier die zij wenselijk of nuttig achten. Dit kunnen zorgtaken zijn, maar ook een tweede baan of vrijwilligerswerk. Het

16 Deze gedachtegang is ook terug te vinden in de memorie van toelichting op de Wet Onderscheid Arbeidsduur (WOA), zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 10.

17 De werknemer zal op basis van art. 7:611 BW als goed werknemer verplicht zijn om tot op bepaalde hoogte overwerk te verrichten. De Arbeidstijdenwet (Artw) bevat absolute grenzen voor de arbeidsbelasting die vanwege de nadelige effecten op veiligheid en gezondheid van de werknemer niet overschreden mogen worden. Zie nader art. 5:7 Artw.

18 *Kamerstukken II* 1994/95, 23 646, nr. 11, p. 5.

(geclausuleerde) recht op deeltijd bestaat als zodanig. De achterliggende reden is niet relevant.¹⁹ Het is dus niet zonder meer zo dat meerwerk voor de deeltijder minder bezwaarlijk is dan overwerk voor de voltijder.

De laatste reden om voor een aanspraak op algehele compensatie te pleiten, heeft betrekking op het voorkomen van oneigenlijk gebruik van deeltijdwerknemers. Het mag mijns inziens voor een werkgever niet aantrekkelijk zijn om een werknemer die in deeltijd werkt goedkoop extra werk te laten verrichten. Dit zou echter wel het geval zijn, indien een werkgever een deeltijder geen volledige compensatie zou hoeven te bieden voor de uren die laatstgenoemde zich boven op zijn contractuele verplichtingen ter beschikking heeft gesteld. Een regeling die ervan uitgaat dat beschikbaarheid boven hetgeen is overeengekomen voor deeltijders normaal behoort te zijn, staat haaks op het gedachtegoed dat ten grondslag ligt aan de Wet aanpassing arbeidsduur (Waa) en aan concepten als combineerbaarheid en participatie.²⁰

Toeslagen voor inconveniënte arbeid

Toeslagen die verschuldigd zijn vanwege de aard van het werk leveren weliswaar ook extra geld op, maar zijn niet zonder meer op een lijn te stellen met overwerkvergoedingen. Immers, zwaar, vuil of gevaarlijk werk of werk op tijdstippen die fysiek zeer belastend zijn of het privéleven in hoge mate beïnvloeden zoals avond- of weekenddiensten, is voor iedere werknemer even zwaar.²¹ Vuil werk of nachtarbeit wordt niet minder belastend, wanneer de persoon in kwestie minder dan veertig uur per week werkt. Derhalve hoort een dergelijke toeslag ook volledig aan een deeltijder te worden uitbetaald. De memorie van toelichting bij artikel 7:648 van het BW bevestigt deze opvatting.²² Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter ook, dat voor hulpkrachten en kleine parttimers onder bepaalde omstandigheden een objectief

19 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 358, nr. 5, p. 23.

20 In dit verband is het interessant dat in België een koninklijk besluit (KB) van 25 juni 1990 bepaalt dat een overurentoeslag, het zogenaamde 'overloon', voor deeltijders pas vanaf het dertiende meer gewerkte uur is verschuldigd. Zie hierover P. Humblet en M. Rigaux (red.), *Synopsis van het Belgische Arbeidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 109 (vierde druk).

21 Dit wordt uitdrukkelijk onderkend in de memorie van toelichting op de WOA, zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 10 en 11.

22 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 11.

gerechtvaardigde uitzondering op het principe wordt gemaakt.²³ De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) gaat in haar oordelen desondanks ervan uit dat arbeid opinconveniënte tijdstippen te allen tijde als zodanig moet worden beloond.²⁴ Een interessant voorbeeld is te vinden in oordeel 1998-106 omtrent hulpkrachten met een contract voor twaalf uur. Voor hen zijn avonduren of weekenden wellicht geen inconveniënte uren omdat dan bijvoorbeeld andere verplichtingen (studie) niet in de weg staan of omdat dan kinderopvang in de vorm van een partner beschikbaar is. Ook deze hulpkrachten hebben echter volgens de CGB recht op een toeslag, omdat die toeslag nou eenmaal wordt uitgekeerd om te compenseren dat de betrokken personen moeten werken op dagen of momenten die in de samenleving een bijzondere functie vervullen. Of de arbeidstijden voor de concrete betrokken werknemer bezwaarlijk zijn is kennelijk niet van doorslaggevend belang. De toeslag is verschuldigd omdat sprake is van objectief bezwaarlijke omstandigheden die extra moeten worden beloond, ongeacht de omvang van de arbeidsovereenkomst. Een pro-ratabehandeling is hier dus normaal gesproken niet op haar plaats.

Bonussen en winstdeling

Bonussen en winstdeling zijn uitkeringen die meestal bedoeld zijn om de inzet van werknemers te belonen of die als extra stimulans dienen. Een vergoeding naar rato ligt hier het meest voor de hand. In een vrij recente uitspraak heeft Hof Arnhem onder gebruikmaking van een redenering van het HvJ²⁵ bepaald dat een pro-ratavaststelling en uitkering van collectief vastgestelde winstdelingen of bonussen geen verboden ongelijke behandeling is.²⁶ Voor individuele bonussen geldt dat werkgever en werknemers c.q. vakbonden en ondernemingsraden erop bedacht moeten zijn de criteria zodanig te kiezen dat deze niet leiden tot onderscheid op grond van arbeidsduur.²⁷ Dit betekent dat individuele doelstellingen zo moeten worden bepaald dat zij voor een deeltijder daadwerkelijk te halen zijn.

23 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 14.

24 CGB 29 september 1998, oordeel 1998-106.

25 HvJ 8 september 2005, nr. C-191/03 (*McKenna*).

26 Hof Arnhem 27 april 2010, *JAR* 2010/142.

27 Zie bijvoorbeeld CGB 10 mei 2007, oordeel 2007-74.

Calamiteiten- en kortdurend zorgverlof

Verlof wordt in principe opgebouwd naar rato van de omvang van de overeengekomen arbeidsduur. Dit betekent dat deeltijders evenredig veel aanspraak op vakantie en verlof opbouwen als voltijders, hetgeen ertoe moet leiden dat ook een deeltijder een minimale vakantieaanspraak opbouwt van vier keer de wekelijkse arbeidsduur.²⁸

Wanneer de pro-ratabenadering wordt doorgetrokken naar bijzondere verloven zoals calamiteiten- of kortdurend zorgverlof, dan zou dat betekenen dat een werknemer die in deeltijd werkt minder recht heeft op verlof. Als deze werknemer dan toevallig drie keer een ziek kind van de crèche moet halen op één van de drie dagen die hij wel werkt, komt hij al in de problemen. Als dan ook nog een waterleiding springt, wordt het helemaal moeilijk. Calamiteiten en kortdurende zorgtaken zijn, zoals uit de naam al blijkt, niet planbaar. Het verlof moet de werknemer in de gelegenheid stellen om deze dringende verplichtingen na te komen. Dit betekent dat ook een werknemer die in deeltijd werkt, het recht moet hebben om deze dringende zaken te regelen, zelfs als deze zaken zich disproportioneel veel voordoen op de dag(en) waarop hij werkt.²⁹ Als de evenredigheid volledig zoek is, zou eventueel een cao-afspraken dan wel een afspraak met de ondernemingsraad (OR) uitkomst kunnen bieden waarin wordt vastgelegd dat de deeltijder weliswaar het recht heeft op verlof, maar dat dit slechts tot een bepaalde hoogte met behoud van loon geschiedt. Een dergelijke regeling biedt zich bijvoorbeeld aan bij werknemers met een zeer kleine deeltijdbaai. In die gevallen is immers makkelijker sprake van disproportionaliteit. Indien bijvoorbeeld een werknemer met een kleine deeltijdbaai van één dag per week per jaar 45 dagen werkt³⁰ kan het zijn dat in de ene week de waterleiding springt, in een andere week een aannemer moet komen en daarna het kind ziek wordt, dan is al 10% van de arbeid niet gedaan. In dergelijke gevallen zouden afspraken in de onderneming omtrent het nemen van onbetaald verlof of het inzetten van bovenwettelijke vakantiedagen (die trouwens voor de werknemer met een zeer kleine deeltijdbaai geen zoden aan de dijk zullen zetten) dergelijke scenario's kunnen voorkomen. Op grond van artikel 4:7 van de Wet arbeid en zorg (WAZO) zijn dergelijke afspraken mogelijk. Ook zouden

28 Art. 7:634 BW.

29 Dit was reeds gemeengoed voordat de Wet arbeid en zorg (WAZO) en de WAA bestonden, zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 12.

30 Dat lijkt mij een redelijk veilig maximum over 52 weken onder aftrek van feestdagen en eventuele vakanties.

afspraken gemaakt kunnen worden dat vanaf een bepaald aantal verlofdagen overige verlofdagen met vakantieaanspraken mogen worden verrekend. Artikel 4:6 van de WAZO biedt hiervoor een mogelijke rechtsgrondslag. Van belang is hier, dat de werkgever inderdaad let op de individuele omstandigheden van de concrete werknemer in kwestie. Het gaat immers om een naar billijkheid vast te stellen tijdsruimte en die kan voor een alleenstaande moeder met een kind dat lijdt aan verlatingsangst of dat veel (medische) zorg nodig heeft tot andere uitkomsten leiden dan voor een moeder die naast een partner ook nog een nanny of een grootouder ter beschikking heeft om bij calamiteiten of plotselinge zorgbehoefte eventueel in te springen.

Mijns inziens past dus bij deze arbeidsvoorwaarde geen pro-ratabenadering, maar dient de werkelijke behoefte van de concrete werknemer als uitgangspunt te worden genomen. Als de aanspraken van de werknemer buitenproportioneel worden, dan kan in onderling overleg een regeling omtrent het inzetten van vakantiedagen worden getroffen of kunnen bij collectieve regeling afspraken worden gemaakt omtrent maximale aanspraken. De wetgever lijkt, in ieder geval bij de voorbereiding van de wet, eveneens deze mening toegegaan.³¹

Compensatie voor OR-lidmaatschap of deelname aan scholing of opleiding

Moeilijk is ook het vraagstuk omtrent de compensatie voor de tijd gedurende welke een werknemer weliswaar niet werkt, maar wel iets doet waar de werkgever c.q. de onderneming profijt van heeft, zoals het verrichten van OR-werkzaamheden of het volgen van functie-specifieke scholing. Volgens artikel 17, tweede en derde lid, van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) worden vergaderingen zo veel mogelijk gedurende werktijd gehouden en behoudt het OR-lid recht op loon. De vraag is dan of dit ook geldt voor een werknemer die in deeltijd werkt. Zo ja, dan kan het zijn dat van zijn arbeidstijd in een bepaalde week weinig effectieve arbeidstijd overblijft en het toestaan van werken in deeltijd daarmee voor de werkgever onaantrekkelijk wordt of zelfs het functioneren van de onderneming schade lijdt. Zo nee, dan betekent dit dat de werknemer geacht wordt zijn OR-lidmaatschap in zijn vrije tijd te vervullen, zonder dat daar enige vergoeding tegenover staat. Het HvJ heeft zich reeds in 1992 over dit

31 *Kamerstukken II 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 12.*

probleem uitgelaten.³² In de zaak ging het om een werkneemster die in deeltijd werkte en lid was van de OR. Zij nam deel aan een zestal vormingscursussen, maar de tijd die met de cursussen gemoeid was oversteeg haar wekelijkse arbeidsduur aanzienlijk. De werkneemster vorderde loon, althans compensatie in verlofdagen. Volgens het HvJ is sprake van ongelijke behandeling van deeltijdwerknemers ten aanzien van verlof of beloning in verband met het volgen van noodzakelijke vormingscursussen indien deze slechts een vergoeding ontvangen ter hoogte van hun werktijd, terwijl de cursus hun individuele werktijd overstijgt. Hieruit volgt dat enige compensatie in de vorm van loon of verlof dus noodzakelijk zal zijn, zolang geen objectieve rechtvaardiging voor het beloningsverschil wordt aange-reikt. De vraag is dan (opnieuw) welke compensatie verschuldigd is. Volgens de CGB is het uitbetalen van een kaal uurloon over de uren die aan medezeggenschapsactiviteiten zijn besteed en die de indivi-duele arbeidstijd overschrijden, in strijd met het verbod van onder-scheid op basis van arbeidsduur.³³ Ook naar de mening van de Kantonrechter Groenlo moeten over deze uren vakantietoeslag, winstdelingsuitkering, vakantie-uren en prepensioen worden opge-bouwd en betaald.³⁴

Eenzelfde probleem doet zich voor bij het volgen van scholing of opleiding. Ook hier geldt dat een deeltijder ofwel weinig effectieve arbeidstijd overhoudt om zich fatsoenlijk van zijn taken te kwijten, ofwel dat hij de opleiding in zijn eigen tijd moet volgen, hetgeen hem in een minder goede positie plaatst dan zijn collega die in voltijd werkt. Is in deze gevallen de pro-ratabenadering een afdoende oplossing? De wetgever maakte reeds bij de totstandkoming van (de voorloper van) artikel 7:648 van het BW onderscheid tussen verplichte scholing en andere vormen van scholing. In geval van verplichte scholing is volgens de wetgever een identieke behandeling ten aanzien van financiering en vergoeding van ermee gemoeide uren noodzakelijk. Voor niet-verplichte opleidingen lijken ten minste een vergoeding en financiering naar rato aangewezen. Het hangt dan af van de mate waarin de opleiding ten goede komt aan de werknemer in hoeverre een vergoeding in de rede ligt.³⁵ De CGB hanteert vergelijkbare criteria.³⁶

32 HvJ 4 juni 1992, nr. C-360/90 (*Bötel*).

33 CGB 22 januari 1998, oordeel 1998-4.

34 Ktr. Groenlo 5 juli 1999, *JAR* 1999/165.

35 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 12.

36 Zie bijvoorbeeld CGB 14 april 1998, oordeel 1998-36, waar de CGB vaststelt dat sprake is van ongeoorloofd onderscheid nu deeltijders meer verlofuren moeten inzetten, terwijl zij niet noodzakelijkerwijs over meer vrije tijd beschikken.

De leaseauto

De laatste arbeidsvoorwaarde die ik aan de orde wil stellen, is de leaseauto. De leaseauto, de dienstauto die ook privé mag worden gebruikt of de dienstauto die pas vanaf een bepaalde urenomvang beschikbaar wordt gesteld zorgt in de praktijk voor veel problemen. De als laatste genoemde situatie, waarin rechtstreeks onderscheid naar arbeidsduur wordt gemaakt, kan echter, zo blijkt uit oordelen van de CGB, objectief worden gerechtvaardigd.³⁷ Moeilijker is de leaseauto die een eigen bijdrage kent die hoger wordt naarmate een werknemer minder werkt. De werknemer verdient dan niet alleen minder en heeft dus al minder te besteden, hij wordt ook nog opgezadeld met een dure leaseauto.³⁸ In een andere constructie komt een werknemer pas vanaf een minimaal aantal zakelijk gereden kilometers in aanmerking voor een leaseauto. Wanneer deze auto ook voor privédoeleinden mag worden gebruikt, is sprake van loon, en dus kan een probleem ontstaan met betrekking tot gelijke behandeling van deeltijders, aangezien zij over het algemeen minder kansen hebben om aan deze kilometereis te voldoen. Het is dan aan de werkgever om ervoor te zorgen dat deeltijders gelijk worden beloond, een kilometervergoeding zou dan tevens verzekering, afschrijving en eventuele schade moeten dekken, als dat voor de leaseauto's ook het geval is.³⁹ De vergoeding moet, zo de CGB, een gelijkwaardig alternatief zijn.

Conclusie

Concluderend kan worden gesteld dat de wetgever er goed aan heeft gedaan, verschillende handelwijzen toe te staan om ongelijke behandeling op grond van arbeidsduur tegen te gaan. Alleen op deze manier kan daadwerkelijke, materiële gelijkheid worden bereikt. Identieke behandeling lijkt het meest voor de hand te liggen bij arbeidsvoorwaarden die compensatie voor kosten of bijzonder bezwaarlijke omstandigheden moeten bieden. In andere gevallen is eerder de pro-ratabenadering de meest aangewezen handelwijze. Dan gaat het bijvoorbeeld om de opbouw van vakantiedagen, uitkeringen in verband met een winstdelings- of bonusregeling e.d. Hier moeten

37 Zie bijvoorbeeld CGB 16 december 1999, oordeel 1999-101.

38 CGB 2 maart 2004, oordeel 2004-18 en CGB 5 augustus 2005, oordeel 2005-144.

39 CGB 24 januari 2006, oordeel 2006-12.

werkgever en werknemers c.q. vakbonden en ondernemingsraden er wel op bedacht zijn de criteria zodanig te kiezen dat deze niet leiden tot onderscheid op grond van arbeidsduur. De moeilijkste vraag blijft, of meerwerk overwerk is en welke compensatie een deeltijder voor de meer gewerkte uren dient te ontvangen. Mijns inziens heeft Vas Nunes een punt wanneer hij stelt dat een compensatie ten minste de emolumenten en andere voordelen waarop voltijders recht hebben moet bevatten. Aangezien een concrete berekening lastig kan zijn, zou wellicht kunnen worden volstaan met een schatting. Eventuele kleine nadelen lijken dan objectief gerechtvaardigd door de enorme administratieve lasten die een absolute gelijke behandeling zou veroorzaken. Anderzijds vergoedt een dergelijk loon niet de extra tijd die de werkgever inkoopt. De deeltijder blijft zo nog steeds goedkoop in vergelijking met de voltijder. Dat wederom kan het recht op werken in deeltijd en de daarmee verbonden participatie- en combineerbaarheidsdoelstellingen ondermijnen. Ook de werkgelegenheid profiteert dan niet. Derhalve ben ik van mening dat een aangekleed uurloon weliswaar een stap in de goede richting is, maar niet leidt tot volledige gelijkheid. Er wordt immers geen compensatie geboden voor de tijd die boven hetgeen is overeengekomen ter beschikking van de werkgever wordt gesteld. In een systeem dat urengrenzen hanteert voor de toekenning van een overurentoeslag zou dit kunnen worden verholpen met een pro-ratatoepassing van deze grenzen op deeltijders zoals het HvJ in de zaak *Elsner-Lakenberg* heeft voorgesteld.

Enkele gedachten over de WGBH/CZ, een (nog) onderbenutte wet

*P.C. Vas Nunes*¹

Werknemers en hun raadslieden zouden vaker een beroep kunnen doen op de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ).² Deze bijdrage gaat in op enkele aspecten van de wet, waaronder het aanpassingsgebod en de begrippen ‘onderscheid’ en ‘handicap/chronische ziekte’.³

Aanpassingsgebod niet bijzonder

De WGBH/CZ is anders dan de andere gelijkebehandelingswetten. De meest opvallende afwijking is te vinden in artikel 2: “Het verbod van onderscheid houdt mede in dat degene, tot wie dit verbod zich richt, gehouden is naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor hem een onevenredige belasting vormen.” Op het eerste gezicht is de verplichting tot het treffen van doeltreffende aanpassingen (het aanpassingsgebod) iets bijzonders, dat men in de andere gelijkebehandelingswetten niet met zo veel woorden tegenkomt. Bij nadere beschouwing is het aanpassingsgebod echter niet meer dan de concretisering, of zo men wil de

1 Mr. P.C. Vas Nunes is advocaat bij BarentsKrans N.V.

2 De wet wordt op verschillende wijzen afgekort. Ik geef de voorkeur aan deze afkorting.

3 Zie voor een meer systematische bespreking de site van de Commissie Gelijke Behandeling, www.cgb.nl; A.C. Hendriks, *De wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte*, Kluwer 2003; A. de Keizer, ‘De Wet gelijke behandeling op grond van handicap/chronische ziekte’, *SMA* 2004, p. 123; de bijdragen van Castermans en Terlouw in *Sdu Commentaar*, de Oordelenbundels van de CGB vanaf 2003 en, vooral, *TAP Specials* 2009-1 en 2010-3.

codificatie, van één aspect van het algemene gelijkebehandelingsgebod c.q. het discriminatieverbod, te weten dat ongelijke gevallen niet gelijk mogen worden behandeld.⁴ Men heeft het in dit verband ook wel over het streven naar ‘materiële’ of ‘reële’ in tegenstelling tot louter ‘formele’ gelijkheid. Formele gelijkheid houdt in dat personen gelijk worden behandeld: het speelveld moet gelijk zijn. Materiële gelijkheid houdt in dat personen gelijke kansen krijgen. Om dat te bereiken moet zo nodig het speelveld ongelijk worden gemaakt.

Het is terecht dat artikel 2 van de WGBH/CZ het aanpassingsgebod ziet als een uitwerking van het verbod van onderscheid door te bepalen dat dat verbod het aanpassingsgebod ‘mede inhoudt’. Dit komt minder scherp tot uiting in de richtlijn waarvan de WGBH/CZ de (gedeeltelijke) implementatie is, Richtlijn 2000/78/EG. Daar is het aanpassingsgebod vervat in een afzonderlijke bepaling (artikel 5) waar men leest dat in een aanpassingsgebod wordt voorzien “ten-einde te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot personen met een handicap nageleefd wordt”,⁵ hetgeen haast de indruk wekt als zou het aanpassingsgebod niet meer dan een soort flankerende maatregel zijn in plaats van een integraal onderdeel van het non-discriminatiebeginsel.

Een gevolg van het feit dat het aanpassingsgebod niet meer is dan een uitwerking van het non-discriminatiebeginsel is dat het ook zou hebben gegolden als artikel 2 van het WGBH/CZ niet had bestaan en dat het – dus – evenzeer geldt ten aanzien van de andere discriminatieverboden. Zo heeft een oudere of jongere werknemer er recht op dat zijn werkgever binnen redelijke grenzen⁶ doeltreffende aanpassingen verricht om zijn leeftijdsgebonden beperkingen op te heffen (denk aan nachtdiensten voor jeugdigen, seniorenregelingen voor ouderen), kan een mannelijke of vrouwelijke werknemer aanspraak maken op voorzieningen die geslachtsgebonden beperkingen opheffen (voorbeelden te over), kan een moslim gebedsfaciliteiten

4 Zie bijvoorbeeld EHRM 15 maart 2000, nr. 34369/97, § 44 (*Thlimmenos*): “The right not to be discriminated against (...) is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different.”

5 In het richtlijnvoorstel van de Europese Commissie, *PhEG* 1997, C 177E/42, was deze bepaling nog onderdeel van art. 2, hetgeen een nauwere band met het non-discriminatiebeginsel suggereerde.

6 Dus ook binnen de grenzen van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid (WGBL).

verlangen,⁷ kan een Afrikaan wellicht ontheffing van koelcelwerk vragen, et cetera. Kortom, het aanpassingsgebod is juridisch niet bijzonder. Sterker, het kan behalve op gelijke behandeling op tal van andere rechtsgrondslagen worden gebaseerd, zoals de arbo-wetgeving,⁸ de Poortwachterregels,⁹ onrechtmatige daad,¹⁰ het Ontslagbesluit,¹¹ uiteraard het goed werkgeverschap en zelfs het EVRM.¹²

Inhoud aanpassingsgebod

Ook al is artikel 2 van de WGBH/CZ juridisch gezien misschien niet strikt noodzakelijk, het heeft wel meerwaarde. De expliciete bepaling benadrukt het aanpassingsgebod en vergroot de kans dat er – in of buiten rechte – een beroep op wordt gedaan en dat zo'n beroep slaagt.

Bij aanpassingen denkt men veelal in de eerste plaats aan fysieke aanpassingen van de werkplek: rolstoeltoegankelijkheid, aangepaste wc's, op maat gemaakt kantoormeubilair, handbediend gaspedaal, speciale computers voor slechtzienden, et cetera. Het gaat echter ook, en misschien zelfs vooral, om niet-fysieke aanpassingen zoals taakbeperking,¹³ extra begeleiding, afwijkende arbeidstijden en -patronen, thuiswerk, ontheffing van stressvol of 'samengesteld' werk en het

7 Zie K. Henrard, 'Plichten tot redelijke aanpassingen: waarom zij niet enkel relevant zijn voor personen met een handicap', *TAP Special* 2010-3, p. 19.

8 Zie art. 3 lid 1 onder c Arbowet dat de werkgever verplicht de arbeidsplaats, de werkmethode en de arbeidsinhoud zo veel mogelijk aan te passen aan de eigenschappen van de werknemer, toegepast in Rb. Breda (pres.) 25 april 2000, *JAR* 2000/115 (rookvrije werkplek).

9 Zie beleidsregels beoordelingskader poortwachter, *Stcrt.* 2002/236 (nadien meer-malen gewijzigd).

10 Zie Rb. Arnhem (pres.) 13 mei 1993, *KG* 1993, p. 202: dyslectische eind-examenkandidaat mag tijdens examen walkman gebruiken hoewel het examen-reglement dit niet toestaat.

11 Zie art. 4:2 lid 5 en art. 4:4 Ontslagbesluit.

12 Zie EHRM 24 februari 1998, *NJCM Bulletin* 1998, p. 597 (Botta); EHRM 14 mei 2002, nr. 38621/97, *NJCM Bulletin* 2003, p. 318 (Zehlanova) en EHRM 8 juli 2003, nr. 27677/02, *NJCM Bulletin* 2004, p. 54 (Sentges/Nederland). Weliswaar werd in deze zaken de klacht met betrekking tot schending van art. 8 EVRM niet-ontvankelijk verklaard, maar het EHRM onderkende wel in beginsel een positieve verplichting van de lidstaten tot het treffen van aanpassingen.

13 Het aanpassingsgebod is volgens de CGB beperkt tot de eigen functie en houdt daarom niet in een verplichting om een andere functie aan te bieden, aldus oordelen 2009-20 en 87. Ik ben niet overtuigd van de juistheid van deze redenering.

toelaten van voor anderen verboden gedrag zoals het naar werk meenemen van een (blindengeleide)hond.¹⁴

Helaas is er weinig expliciete Nederlandse rechtspraak over de inhoud van het aanpassingsgebod.¹⁵ Wel is er vrij veel rechtspraak over het gevolg van het ten onrechte niet verrichten van een doeltreffende aanpassing of van het niet-onderzoeken van de mogelijkheid van zo'n aanpassing. Een voorbeeld betreft een dove sollicitant die reageerde op een vacature voor een functie waarin veel moet worden gecommuniceerd. Het leek de werkgever evident – en ik moet zeggen dat ik hem daarin wel kan volgen – dat de sollicitant volledig ongeschikt was voor de functie. De CGB vond echter dat, hoewel de werkgever daarin wellicht gelijk had, hij niet tot een afwijzing had mogen komen zonder eerst onderzoek te laten doen

- 14 Pleegt een werkgever die een blinde sollicitant afwijst met het argument dat de huisregels nu eenmaal niet toestaan dat honden op kantoor mogen komen, directe en dus niet-rechtvaardigbare of slechts indirecte en dus wel te rechtvaardigen handicap/chronische ziekte discriminatie? Men kan redeneren dat de 'geen honden-regel' voor iedereen gelijkelijk geldt, zodat hooguit sprake is van indirecte ongelijke behandeling. Men kan ook redeneren dat een blindengeleide hond voor een blinde is wat een bril voor een slechtziende is, en niemand zal ontkennen dat een verbod op brildragers rechtstreeks op grond van handicap/chronische ziekte discrimineert.
- 15 Eén van de weinige vonnissen is Ktr. Haarlem 27 april 2010, *JAR* 2010/172: de werkgever in die zaak hoefde zijn organisatie niet aan te passen ten behoeve van een werknemer die in verband met een handicap/chronische ziekte geen nachtdiensten kon verrichten; dat zou voor de werkgever een onredelijke belasting hebben betekend. Een summier onderzoek op www.cgb.nl laat zien dat de bulk van oordelen over doeltreffende aanpassingen betrekking heeft op het onderwijs, met name het niet-bieden van (meer) extra faciliteiten bij examens, zoals extra tijd, afzonderlijke ruimte, voorleeshulp en makkelijkere vragen. Verder gaan opvallend veel oordelen over doofheid. Helaas overweegt de CGB zelden expliciet welke aanpassingen wel en niet van een werkgever verlangd kunnen worden. Rolstoeltoegankelijkheid (oordeel 2005-11), vergrotingsapparatuur (oordeel 2004-21) een doventolk (oordeel 2006-181), een fysiek afgeschermd werkplek in verband met autisme (oordeel 2010-122) en extra inspanning om een stageplek dicht bij huis te vinden (oordeel 2006-237) zijn voorbeelden van aanpassingen die de CGB in concrete gevallen noodzakelijk leek te vinden, maar zij zeggen weinig over wat in het algemeen wel en niet kan worden verlangd. De verplichting om de wet na te leven, bijvoorbeeld door het rookverbod te handhaven, valt niet onder het aanpassingsgebod (oordeel 2007-231), evenmin als het bieden van hulp bij toiletgang (oordeel 2006-59 en 60).

naar de mogelijkheid van een doeltreffende aanpassing.¹⁶ Met andere woorden, als er onder een groep sollicitanten één zit met een handicap of chronische ziekte die hem ogenschijnlijk – maar niet buiten iedere twijfel – ongeschikt maakt voor de betrokken functie, dan moet de werkgever eerst een onderzoek laten verrichten (door een deskundige uiteraard, zoals een bedrijfsarts) naar de mogelijkheid van een doeltreffende aanpassing alvorens de vacature op te vullen. Dat de overige kandidaten hebben afgehaakt tegen de tijd dat de deskundige met zijn advies komt, is jammer voor de werkgever maar een onvermijdelijk gevolg van de wet. Dit roept de vraag op hoe evident de ongeschiktheid van een sollicitant voor de betrokken functie moet zijn, wil de aspirant-werkgever mogen afgaan op zijn eigen oordeel of, zo men wil, op zijn gezond verstand.

Zoals gezegd, is er weinig rechtspraak over wat concreet van een werkgever kan worden verlangd bij het verrichten van doeltreffende aanpassingen. Ik ben bijvoorbeeld geen bruikbare rechtspraak tegengekomen over de vraag of hoge kosten of administratief ongemak voor de werkgever een ‘onevenredige belasting’ (kunnen) vormen. Over het algemeen heeft de CGB tot nog toe niet willen weten van dit soort van verweren tegen een beroep op ongelijke behandeling, maar in de betrokken zaken (niet over handicap of chronische ziekte) was er niet een wettelijke bepaling over onevenredige belasting. In re-integratiezaken kan op basis van artikel 7:658a van het BW het kostenverweer wel worden gevoerd. Het lijkt mij dat voor artikel 2 van de WGBH/CZ hetzelfde zou moeten gelden, zeker ten aanzien van sollicitanten.

16 CGB oordeel 2006-137, *JAR* 2006/211. Vergelijk CGB oordelen 2005-230, 2006-77, 2007-1, 2007-25, 2007-108, 2007-121, 2007-133, 2008-17, 2008-18, 2010-1 en 2010-127. Vergelijk ook CGB oordeel 2004-139, waarin de werkgever een tijdelijk contract vanwege de dyslexie van de werknemer niet verlengde, zonder eerst onderzoek te hebben gedaan naar de mogelijkheid van een doeltreffende aanpassing, hetgeen de CGB billijkte omdat de aanpassing die nodig zou zijn geweest tot gevolg zou hebben gehad dat de werknemer zo'n essentieel onderdeel van zijn functie niet had uitgeoefend dat hij voor die functie volledig ongeschikt moest worden geacht. Dit oordeel lijkt mij op gespannen voet te staan met de oordelen waarin het enkele nalaten van onderzoek de werkgever fataal werd. Dit oordeel leert immers dat de werkgever die bij de afwijzing van een h/cz-sollicitant wil afgaan op zijn gezonde verstand en niet eerst een tijdrovend onderzoek naar eventueel mogelijke aanpassingen wil doen, de gok kan nemen dat, mocht de afgewezen sollicitant de CGB adiëren, deze zal oordelen dat een doeltreffende aanpassing niet mogelijk zou zijn geweest. In vergelijkbare zin: CGB oordelen 2006-95 en 2008-49.

Definitie ‘onderscheid’

Zoals gezegd strekt de WGBH/CZ ter (gedeeltelijke) implementatie van Richtlijn 2000/78/EG. Van een één-op-één implementatie is echter geen sprake. In enkele, overigens beperkte opzichten, is er een ‘nationale kop’. Zo is de doelgroep van de wet niet beperkt tot gehandicapten¹⁷ maar uitgebreid tot chronisch zieken.¹⁸ Verder expliciteert de WGBH/CZ dat zij ook ongeoorloofd onderscheid op grond van een **vermeende** handicap/chronische ziekte verbiedt, hetgeen de richtlijn niet met zo veel woorden (maar mijns inziens wel impliciet) doet. Tegenover deze uitbreidingen staan beperkingen ten opzichte van de richtlijn. Het is zelfs zo dat de Europese Commissie met een inbreukprocedure tegen Nederland dreigt in verband met onvolledige implementatie op vier punten. Eén daarvan – de politiek gevoelige zo niet beruchte ‘enkelefeitexceptie’ – is van dien aard dat het de aanpassing van de WGBH/CZ aan de richtlijn ernstig in de weg zit.¹⁹ Een andere door de Europese Commissie gesignaleerde non-conformiteit betreft de definitie van ‘onderscheid’. De WGBH/CZ definieert dit begrip (in de rechtstreekse variant) als “onderscheid tussen personen op grond van een [...] handicap of chronische ziekte”. Deze definitie is weinig behulpzaam. Eigenlijk zegt zij niet meer dan dat onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte is. De richtlijn hanteert een bredere en meer zinvolle definitie:²⁰ “(...) wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou

17 Het woord ‘handicap’ is afkomstig uit het Engels, maar het heeft in Engeland een pejoratieve klank gekregen en wordt daar dan ook niet meer gebruikt. Men spreekt in Engeland liever van *disability*. Ook in Nederland winnen alternatieve uitdrukkingen, zoals ‘mensen met een beperking’, terrein.

18 Of dit werkelijk een uitbreiding is valt te betwijfelen. Een handicap is een beperking die in beginsel blijvend is, terwijl een chronische ziekte duidt op een weliswaar langdurige, maar niet noodzakelijk blijvende toestand.

19 Citaat uit *Kamerstukken* 31 832 nr. 7: “Het (...) advies van de Europese Commissie over de omzetting van de kaderrichtlijn leidde binnen en buiten de Kamer tot een zeer principiële discussie over de zogenaamde enkelefeitconstructie (...). Om tot een afgewogen oordeel te komen, besloot het vorige kabinet om advies te vragen aan de Raad van State. (...) Het vorige kabinet besloot om die aanpassingen niet te laten wachten totdat de principiële discussie over de enkelefeitconstructie tot een eind zou zijn gekomen.”

20 De definitie is van ‘discriminatie’, een term die ooit, ondanks verzet van de CGB en anderen, in de Nederlandse wetgeving ‘ongelijke behandeling’ zal moeten vervangen.

worden behandeld op basis van ...” et cetera. Hoewel de Nederlandse regering vindt dat onze definitie eigenlijk goed genoeg is, introduceerde zij eind 2008 een wetsvoorstel voor een zogenoemde ‘definitiewetje’ (nr. 31 832) dat aan dit bezwaar van de Europese Commissie tegemoetkomt. Met het wetsvoorstel werd in verband met de ‘enkelefeitperikelen’ weinig haast gemaakt²¹ en toen het kabinet-Balkenende IV viel, werd het wetsvoorstel controversieel verklaard. Pogingen van achtereenvolgens ministers Hirsch Ballin en Donner om het wetsvoorstel nieuw leven in te blazen teneinde een inbreukprocedure te voorkomen hebben tot nog toe weinig uitgehaald.²²

Zal de aanpassing van de definitie van onderscheid in onze gelijkebehandelingswetgeving (niet alleen de WGBH/CZ, ook de AWGB en de WGBL) verandering brengen? Zij benadrukt dat het in gelijkebehandelingszaken gaat om vergelijken. Mensen moeten met andere mensen – de maatman, zo nodig een hypothetische maatman – en situaties met andere situaties worden vergeleken. In de Nederlandse praktijk wordt dit vergelijken vaak niet gedaan, minder dan bijvoorbeeld in de Engelse jurisprudentie. Onlangs deed Veldman een poging de rol van de vergelijkingsmaatstaf terug te dringen.²³ Zij verzet zich tegen het hanteren van een systematiek die ertoe leidt dat de uitkomst van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel afhankelijk is van wie en wat wordt vergeleken. In de meeste wat zij noemt ‘hard cases’ kan een billijke en op het geval toegesneden uitkomst worden bereikt door toepassing van de rechtvaardigingstoets, zo begrijp ik Veldman. Om te beginnen stelt zij vast dat in het gros van de gevallen het stellen van de vergelijkingsvraag een overbodige stap is die kan worden overgeslagen.²⁴ Er zijn in de Nederlandse praktijk, zo stelt Veldman,

- 21 Een deel van de Tweede Kamer wilde de aanpassing van de definitie niet los zien van de ‘enkelefeitexceptie’.
- 22 Zie brief van minister Hirsch Ballin van 26 mei 2010 en algemeen overleg 2 november 2010, respectievelijk *Kamerstukken* 31 832, nr. 6 en 7. Vreemd genoeg lijkt de regering, die eerder op spoed aandrang, weinig haast te maken. Het verslag van de Tweede Kamer, dat van 16 december 2010 dateert, is nog het laatste stuk.
- 23 Zie A.G. Veldman: ‘Wat zijn gelijke gevallen? De vergelijkingsmaatstaf in het (Europees) arbeidsrecht’, *TAP Special* 2010-3, p. 11
- 24 Vergelijk annotatie Van Riemsdijk onder Hof Amsterdam 25 januari 2011, *PJ* 2011/46: “Strijd met de gelijkebehandelingswetgeving is alleen dan aan de orde als er sprake is van mensen die zich in een gelijke situatie of positie bevinden. Als een vrouw met een auto belasting betaalt en een man zonder auto niet dan is dat niet omdat de vrouw een vrouw is, maar vanwege het bezit van een auto. Het →

voornamelijk drie gevallen waarin de rechter vergelijkt: beloning m/v, arbeidsvoorwaarden in verband met zwangerschap/bevalling en *Parallel Entry*-achtige gevallen, waarbij eigenlijk alleen in laatstbedoelde gevallen vergelijken echt nodig is. De weinig consistente rechtspraak van het HvJ laat volgens Veldman zien dat de rechter buiten genoemde drie gevallen alleen op maatmanvergelijking terugvalt wanneer hij een manier zoekt om een gevoelig liggend vraagstuk uit de weg te gaan.

Zonder te willen afdoen aan het betoog van Veldman, meen ik dat men bij de discriminatiegrond handicap/chronische ziekte moeilijk ontkomt aan vergelijken.²⁵ Mag bijvoorbeeld een vanwege handicap/chronische ziekte minder productieve en daardoor lager beloonde werknemer worden vergeleken met een gezonde collega?²⁶ En hoe zit het, om een ander eenvoudig voorbeeld te nemen, met bonusregelingen die productie, omzet of aanwezigheid belonen? Stel dat een werknemer vanwege zijn astmatische aanleg in enig jaar veel ziek is geweest en daardoor niet aan zijn omzettoelstelling heeft kunnen voldoen: mag hij worden vergeleken met niet-gehandicapte of -chronisch zieke collega's die hun target evenmin hebben gehaald? Dan is het terecht dat hij geen bonus kreeg. Of is er geen sprake van vergelijkbaarheid en moet de target van betrokken werknemer worden verlaagd naar evenredigheid van zijn aanwezigheid?

Een vergelijkbare vraag kwam aan de orde in CGB oordelen 2007-145 en 2008-08. Het ging om een bedrijfsregeling met betrekking tot een dertiende maand. Wie in enig jaar gedurende een kwart van de tijd of langer door afwezigheid niet of in mindere mate aan het bedrijfsresultaat had bijgedragen werd op zijn dertiende maand gekort. Een chronisch zieke werknemer die aldus was gekort, beriep zich op de WGBH/CZ en vorderde uitbetaling van een volledige dertiende maand. De werkgever voerde als verweer dat hij geen onderscheid wilde maken tussen chronisch zieke en 'gewoon' zieke

lijkt vanzelfsprekend, maar in de dagelijkse uitvoeringspraktijk wordt het veelvuldig vergeten en wordt het ongelijkebehandelingsargument te pas en te onpas gebruikt zonder dat men zich de voorvraag stelt of er eigenlijk wel sprake is van gelijke gevallen."

- 25 Behalve bij het beoordelen van de noodzaak van doeltreffende aanpassingen? Ook bij intimidatie en victimisatie komt er geen vergelijking aan te pas.
- 26 Stel dat de werkgever de lagere beloning van de h/cz'er ten opzichte van zijn niet-gebrekkige collega's motiveert met een beroep op de handicap/chronische ziekte, dan is sprake van direct onderscheid dat, indien sprake is van vergelijkbare gevallen, niet te rechtvaardigen is, maar is er wel sprake van vergelijkbare gevallen? Moet men de handicap/chronische ziekte wel wegdenken? Zie over de vergelijkingsmaatstaf *TAP Special* 2009-1, p. 23.

werknemers. De CGB oordeelde, zoals men had kunnen verwachten, dat chronisch zieke werknemers niet zijn te vergelijken met ‘gewoon’ zieke werknemers en dat men dus niet in zijn algemeenheid alle verzuimende werknemers over één kam mag scheren. Uitgaande hiervan redeneerde de CGB dat bij een verband tussen handicap/chronische ziekte en verzuim de werkgever moet onderzoeken in hoeverre een uitzondering met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden kan worden gemaakt opdat een werknemer met een handicap/chronische ziekte niet wordt benadeeld. Dit oordeel biedt een aardig voorbeeld van de doctrine dat ongelijke gevallen niet gelijk mogen worden behandeld.²⁷

Hoezeer zwangerschap en moederschap geen handicap/chronische ziekte zijn, de verleiding is groot om deze casus te vergelijken met die van Hof Amsterdam 27 april 2010, *JAR* 2010/142. Het ging in die zaak om een bonusregeling waarbij de bonus in geval van langdurige afwezigheid werd gekort. Een werkneemster wier bonus- en in verband met (i) zwangerschaps- en bevallingsverlof, (ii) zwangerschapsgerelateerde ziekte en (iii) bevallingsgerelateerde ziekte werden gekort, vorderde uitbetaling van volledige bonussen. De CGB, de kantonrechter en het Amsterdamse hof keken hier alle drie anders tegenaan. Het hof wees uiteindelijk de vordering (zo goed als) af. Ook in deze zaak speelde de kwestie van de vergelijkingsmaatstaf.²⁸

Wat is een handicap/chronische ziekte?

Zowel de Europese als de Nederlandse wetgever heeft ervan afgezien het begrip ‘handicap’ (in het geval van Nederland: en ‘chronische ziekte’) te definiëren. De Nederlandse regering vond dit begrip in het spraakgebruik een voldoende duidelijke betekenis hebben, aldus de memorie van toelichting bij het toenmalige wetsvoorstel 28 169. Voor mij is het spraakgebruik bepaald niet duidelijk. Is obesitas

27 Vergelijk CGB-oordeel 2009-14.

28 Vergelijk Ktr. Amsterdam 3 maart 2010, *LJN* BM2253 waarin de situatie van iemand die op eigen verzoek met vroegpensioen was gegaan onvergelijkbaar werd geoordeeld met die van collega's die op aandrang van de directie vroegpensioen hadden aangevraagd. Hoewel ik het onderscheid tussen beide situaties wel zie en er ook wel wat voor het door de kantonrechter gemaakte onderscheid valt te zeggen, maakt dit soort redeneringen het wel erg gemakkelijk discriminatie weg te redeneren.

bijvoorbeeld een handicap/chronische ziekte?²⁹ In de rechtspraak is wel meermalen geoordeeld over het vereiste dat de beperking duurzaam moet zijn maar vreemd genoeg is er weinig te vinden over de vraag of een handicap/chronische ziekte ernstig moet zijn om als zodanig te kwalificeren. Nu is dit in zoverre niet vreemd, dat het gaat om de vraag of een handicap/chronische ziekte voor iemand een belemmering vormt om aan het beroepsleven deel te nemen;³⁰ het gaat dus om de relatie tussen de handicap/chronische ziekte en de (feitelijke of potentiële) werksituatie. Zo zal het dragen van een bril in de regel niet maar in sommige beroepen, bijvoorbeeld die van scherpschutter, wel een handicap/chronische ziekte zijn. Een beperking is pas een handicap/chronische ziekte wanneer zij een werknemer daadwerkelijk hindert. Dit betekent, bijvoorbeeld, dat als iemand een ernstige aandoening heeft die hem op termijn ongeschikt zal maken voor zijn functie, maar die hem nu (nog) niet hindert in zijn werk, geen sprake is van een handicap/chronische ziekte en dat hij dus geen recht heeft op een doeltreffende aanpassing.³¹ Het betekent ook dat een aandoening die dankzij medicijnen wordt onderdrukt, hoe ernstig ook, evenmin als handicap/chronische ziekte kwalificeert.³²

Lappendeken

De Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving vertoont de kenmerken van een lappendeken. De AWGB geldt voor alle gronden behalve leeftijd en handicap/chronische ziekte maar haar reikwijdte strekt zich uit tot goederen en diensten (voor de grond ras zelfs nog verder). De WGBL geldt alleen voor arbeid en enkele aanverwante

29 S.F. Sagel, 'Obesitas: een nieuwe vette kluif voor het arbeidsrecht?', *Arbeids-Recht* 2009/4, nr. 24 en 2010/1, nr. 2.

30 Zie HvJ 11 juli 2006, *JAR* 2006/191 (*Navas*) en art. 1 VN-Gehandicaptenverdrag dat het heeft over beperkingen "die in wisselwerking met diverse drempels kunnen beletten dat iemand volledig, daadwerkelijk en op gelijke voet met anderen te participeren in de samenleving".

31 Zie CGB-oordeel 2010-69 (multiple sclerose).

32 Zie CGB-oordeel 2006-77 over een manisch-depressieve man wiens handicap/chronische ziekte dankzij zijn medicijngebruik slechts een zeer gering risico op het ontstaan van een gevaarlijke situatie had.

terreinen. De WGBH/CZ is een ‘aanbouwwet’ en omvat tevens onderwijs en wonen,³³ en zal in de toekomst worden uitgebreid naar openbaar vervoer³⁴ en, wellicht, goederen en diensten.³⁵ Binnenkort zal naar verwachting een wetsvoorstel voor een zogenaamde Integratiewet worden ingediend die alle civiele discriminatieverboden (behalve, vreemd genoeg, die van art. 7:648 en 7:649 BW) onder één dak brengt, maar die de lappendeken vooralsnog in stand laat.³⁶ Gehoopt wordt dat de Integratiewet de toegankelijkheid van de civiele antidiscriminatiewetgeving zal vergroten. Mogelijk zal dat het beroep op de WGBH/CZ vergroten. Het is mijn overtuiging dat wanneer de WGBH/CZ grotere bekendheid zou genieten, met name onder werknemersadvocaten en andere adviseurs van werknemers, vaker een beroep op die wet zou worden gedaan.

Slot

Ik heb me hiervoor beperkt tot enkele, niet volledig samenhangende beschouwingen over de WGBH/CZ. Ik sluit af met een citaat afkomstig uit een geschrift van professor M. Minow, dat een dilemma blootlegt dat misschien nog meer ten aanzien van handicap of chronische ziekte

33 Voor studenten en scholieren: zie de brochures van de CGB op www.cgb.nl.

34 Voor openbaar vervoer: zie (i) het Ontwerpbesluit Toegankelijkheid openbaar vervoer dat volgens *Kamerstukken I*, 29 355, nr. B al een halfjaar geleden bij de Raad van State had moeten liggen maar waarvan www.raadvanstate.nl geen melding maakt en (ii) het sinds zijn indiening eind 2006 stilliggende initiatief-wetsontwerp 30 878.

35 Voor consumenten: zie (i) EU-richtlijnvoorstel van 2 juni 2008 *COM* (2008) 426 tot uitbreiding van de non-discriminatiewetgeving tot andere gebieden dan arbeid, waarover laatstelijk *Kamerstukken II*, 21 501-3, nr. 216 en (ii) het VN-Gehandicaptenverdrag van 2006, *Trb.* 2007, 69 dat op 22 januari 2011 voor de EU in werking trad en dat de regering blijkens de brief van minister Verhagen van 11 oktober 2010, *Kamerstukken II*, 29 355 nr. 46 spoedig wil bekrachtigen, mits eerst is onderzocht hoe het wetsvoorstel Zorg en dwang psychogeriatrische en verstandelijk gehandicapte cliënten (nr. 31 996 – de beoogde opvolger van de Wet Bopz) zich tot het verdrag verhoudt, waarbij vermoedelijk wordt gedoeld op art. 14 verdrag, dat het bestaan van een handicap in geen geval vrijheidsontneming rechtvaardigt (zie *Kamerstukken II*, 31 996. nr. 5, p. 11).

36 Zie W. Ruygrok en M. Kroes, ‘Conceptwetsvoorstel Integratiewet AWGB’, *TAP Special* 2010-3, p. 4.

dan ten aanzien van andere non-discriminatiegronden speelt en waarmee ook onze CGB worstelt:³⁷ “When does treating people differently emphasize their differences and stigmatize or hinder them on that basis? And when does treating people the same become insensitive to their difference and likely to stigmatize or hinder them on *that* basis?”³⁸

37 Zie bijvoorbeeld CGB-oordeel 2004-145 (van beoordeling afhankelijke salarisregeling niet indirect handicap/chronische ziekte discriminerend want het idee dat zij vaker dan anderen verzuimen berust op een vooroordeel) en oordeel 2005-77 (bonusregeling die verzuim bestraft niet nadelig voor werknemers met handicap/chronische ziekte).

38 Geciteerd in P. Foubert, *The Legal protection of the pregnant worker in the European Community*, Kluwer 2002, p. 16.

Doorwerken na 65 jaar en de valkuil van leeftijdsdiscriminatie

M. Heemskerk, L. Doyer, R. van Arkel¹

Doorwerken na 65 jaar staat volop in de belangstelling van werkgevers, werknemers en de overheid. Wet- en regelgeving gaan er echter nog steeds vanuit dat het arbeidzame leven stopt op 65-jarige leeftijd. Deze leeftijdsgrens levert in de praktijk uiteenlopende vragen en problemen op. In dit artikel analyseren wij enkele arbeidsrechtelijke knelpunten bij het doorwerken na 65 jaar. Daarbij gaan wij in op de spanning die bestaat tussen de huidige (rechts) praktijk bij doorwerken en de bestaande wet- en regelgeving.

Inleiding

Mensen blijven langer fit en willen/kunnen steeds vaker ook na 65 jaar bij het arbeidsproces betrokken blijven. Dat gebeurt bijvoorbeeld uit sociale overwegingen (status, werkplezier) of uit financiële overwegingen (brood op de plank, hoger pensioen). Voor werkgevers kunnen 65+-werknemers interessant zijn door hun kennis en ervaring, flexibiliteit voor wat betreft inzet, kostenvoordelen door wegvallende premies of een krappe arbeidsmarkt. De overheid ziet in langer doorwerken oplossingen voor de consequenties van de vergrijzing en de druk op de financiering van ons pensioenstelsel,

¹ Mr. dr. M. Heemskerk is advocaat bij Houthoff Buruma en tevens onderzoeker bij de Vrije Universiteit te Amsterdam, mr. L. Doyer is Adviseur Arbeidsverhoudingen bij AWVN te Den Haag en tevens plaatsvervangend lid van de Commissie Gelijke Behandeling en mr. R. van Arkel is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn te Den Haag.

inclusief de AOW, zowel door een verhoging van die AOW-leeftijd alsook door het doorwerken tot een hogere leeftijd.

Ondanks de toenemende belangstelling voor doorwerken na 65 jaar gaat het arbeidsrecht er nog steeds van uit dat het arbeidzame leven stopt bij 65 jaar. In elk geval wordt deze leeftijd in de AOW en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL)² als uitgangspunt genomen voor het eindigen van een arbeidsovereenkomst. Het systeem van wet- en regelgeving lijkt (nog) niet aangepast aan de ontwikkeling om langer door te werken. Het arbeidsrechtelijk vormgeven van een 65+-regime – dezelfde of andere regels voor 65-plussers c.q. (het ontbreken van) wet- en regelgeving ten aanzien van doorwerken na 65 jaar – leidt tot spanning met het verbod op leeftijdsdiscriminatie zoals dat volgt uit de Europese Kaderrichtlijn 2000/78/EG³ (de richtlijn) en de WGBL. Deze juridische spanning wordt in dit artikel besproken door het wettelijk kader te schetsen waaraan vervolgens de wetgeving, regels omtrent ontslag en vergoedingen voor werknemers van 65 jaar en ouder en tot slot afwijkende arbeidsvoorwaarden voor deze groep worden getoetst. In het slotwoord geven de schrijvers hun visie op het uitgangspunt dat gehanteerd kan worden bij het aanpassen van de wet- en regelgeving om de geschetste spanning met het verbod op leeftijdsdiscriminatie weg te nemen en daarmee de knelpunten en onduidelijkheid in de huidige praktijk op te lossen.

Wettelijk kader: gelijke behandeling op grond van leeftijd

De WGBL

In deze paragraaf bespreken wij enkele wettelijke regelingen die van belang zijn voor doorwerken na 65 jaar. Ten eerste wijzen wij op het verbod op onderscheid naar leeftijd bij de arbeid zoals neergelegd in de richtlijn en voor Nederland geïmplementeerd in de WGBL. Kern van de wet is dat onderscheid naar leeftijd verboden is, tenzij dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Van een objectieve rechtvaardiging is sprake als het gemaakte onderscheid:

- een zwaarwegend doel dient en beantwoordt aan een werkelijke behoefte van de onderneming (legitimiteit);

2 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, *Stb.* 2004, 30.

3 Richtlijn 2000/78/EG van 27 november, *PbEG* 2000, L 303.

- (het meest) geschikt en passend is om het gestelde doel te bereiken (doelmatigheid);
- noodzakelijk is om het doel te bereiken (proportionaliteit).

De WGBL kent enkele uitzonderingen op het verbod op leeftijdsdiscriminatie en door de wetgever aangeduide objectieve rechtvaardigingen. Het meest relevante voorbeeld van dat laatste is de aanname van de wetgever dat het beëindigen van de arbeidsovereenkomst op grond van de AOW-gerechtigde leeftijd of een tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd een objectieve rechtvaardiging is. Overigens lijkt deze rechtvaardiging in lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ) (uitgebreid de volgende paragraaf).⁴

Sociale zekerheid en fiscale wetgeving

Het stelsel van sociale zekerheid en fiscale wetgeving gaat uit van het eindigen van de arbeidsovereenkomst op de AOW-gerechtigde leeftijd. De werkingssfeer is beperkt tot werknemers tot 65 jaar. Cru gezegd, kan men vanaf 65 jaar niet werkloos of arbeidsongeschikt zijn, althans voor de sociale zekerheid. Deze regelgeving valt uitdrukkelijk niet onder de reikwijdte van de richtlijn. Discriminatie op grond van de richtlijn en de WGBL is derhalve niet aan de orde.

De Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag

De Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML) kent geen minimumloon voor werknemers ouder dan 65 jaar.⁵ Dit onderscheid naar leeftijd in de wet valt onder de reikwijdte van de richtlijn en vereist een objectieve rechtvaardiging. Een mogelijke rechtvaardigingsgrond is dat werknemers jonger dan 65 jaar primair zijn aangewezen op het verwerven van inkomen uit arbeid. Vanaf 65 jaar bestaat aanspraak op een basisinkomen (AOW) en heeft de werknemer minder andere inkomensbescherming nodig. Daar komt bij dat de 65+-werknemer geen sociale zekerheidspremies meer betaalt en dus netto meer loon overhoudt dan een werknemer jonger

4 HvJ 16 oktober 2007, *JAR* 2007/288 (*Palacios de la Villa*); HvJ 5 maart 2009, nr. C-388/07, *JAR* 2009/93 (*Age Concern England*); HvJ 12 januari 2010, nr. C-341/08, *JAR* 2010/52 (*Petersen*); HvJ 12 oktober 2010, *JAR* 2010/279 (*Rosenblatt*); HvJ 18 november 2010, *JAR* 2011/25 (*Georgiev*).

5 Art. 7 WML.

dan 65 jaar. Voor de vakantiebijslag bestaan geen leeftijdsgrenzen. De wet bevat wel een maximum voor verplichte toekenning, namelijk als een werknemer meer verdient dan driemaal het geldende minimumloon.⁶ Wat betekent het niet-gelden van minimumloon voor de 65+-werknemer voor dit maximum? Geldt voor de 65+-werknemer geen maximum wat betreft vakantiebijslag, of geldt er geen verplichte vakantiebijslag omdat drie keer niets (geen minimumloon) niets blijft? Indien het niet-betalen van vakantiebijslag als verboden onderscheid zou worden aangemerkt, dan is de vervolgvraag of dit de werknemer een rechtstreekse vordering zou geven op de werkgever of dat de werkgever naar de nationale wetgever mag verwijzen met het argument dat hij zich aan de wet houdt en dat de werknemer de staat moet aanspreken wegens strijd met het Europese verbod van leeftijdsdiscriminatie. Een uitgebreide bespreking van die vraag valt buiten de reikwijdte van dit artikel.

Loondoorbetaling tijdens ziekte

Artikel 7:629 van het BW maakt geen onderscheid op grond van leeftijd voor de doorbetaling van loon tijdens ziekte. Zieke 65+-werknemers moeten twee jaar het loon doorbetaald krijgen van hun werkgever (voor zover hun contract niet eerder afloopt).⁷ Een andersluidende cao-bepaling – zoals in de CAO Timmerfabrieken 2006 – is in strijd met de wet en nietig. De bedoeling van de wetgever bij de totstandkoming van het huidige wetsartikel was om de bescherming van de Ziektewet (ZW) één-op-één over te nemen in het BW. Een ZW-uitkering stopt op 65 jaar, net als alle socialezekerheidsuitkeringen met uitzondering van de AOW. Verzekeringsspolissen bieden tot nu toe in veruit de meeste gevallen geen dekking voor 65+-werknemers. Werkgevers kunnen het risico moeilijk afdekken, hetgeen een belemmering kan zijn voor werkgevers om 65+-werknemers aan te nemen. Over de loondoorbetaling na 65 jaar is niets terug te vinden in de parlementaire geschiedenis. In het SER-advies 2006-3 (*Wegnemen belemmeringen voor doorwerken na 65 jaar*) wordt gesteld dat de huidige loondoorbetalingsplicht voor 65+-werknemers niet noodzakelijk zou zijn. In de kabinetsnotitie *Men is zo oud als men zich voelt*⁸ wordt een periode van zes weken voorgesteld. A contrario valt daaruit op te

6 Art. 15 WML.

7 Anders: Ktr. Rotterdam 10 maart 1999, *Prg.* 1999, 5153 die in onze ogen ten onrechte de dwingendrechtelijkheid van art. 7:629 BW negeert.

8 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 29 544, nr. 152.

maken dat het huidige uitgangspunt is dat afwijking van de wet voor 65+-werknemers niet mogelijk is. Een beperking van de loondoorbetaling na 65 jaar zoals wordt voorgesteld, zal op grond van de WGBL en de richtlijn objectief te rechtvaardigen moeten zijn. De overheid heeft hierbij een ruime beoordelingsvrijheid, zo blijkt uit de Europese jurisprudentie.⁹ Een manco is dat zowel de SER als de kabinetsnotitie geen aandacht schenkt aan de vereiste objectieve rechtvaardiging. Gelet op de jurisprudentie zou de rechtvaardiging gevonden kunnen worden in arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid en de aanwezigheid van ouderdomspensioen. Beleidsmatig bestaat er een spanning tussen het stimuleren van langer doorwerken door 65-plussers minder rechten te geven en een eventueel verdringingseffect ten opzichte van 65-minners.

Aanvulling wettelijke loondoorbetaling tijdens ziekte

De wet geeft een recht op doorbetaling van 70% van het loon bij ziekte gedurende 104 weken. In de praktijk wordt het loon gedurende deze periode of een deel daarvan vaak aangevuld (al dan niet tot 100%). Het is de vraag of het voor de 65+-werknemer een andere (of geen) aanvulling laten gelden objectief te rechtvaardigen is, met name wat betreft het legitieme doel daarvan. Dezelfde problematiek komt terug bij de beoordeling van het middel: is het uitsluiten van de aanvullende loondoorbetaling tijdens ziekte noodzakelijk? Een argument wordt gezocht in het feit dat de risico's rond arbeidsongeschiktheid bij 65+-werknemers anders té hoog zouden zijn voor de werkgever, omdat de kans op bijvoorbeeld terminale ziektes steeds meer toeneemt.

Ook hier speelt de spanning tussen de juridische ruimte en beleidsmatige wenselijkheid van de maatregelen voor 65+-beleid op dit punt, zoals wij hiervoor reeds aanstipte in verband met de loondoorbetaling bij ziekte.

Re-integratie en einde van de arbeidsovereenkomst tijdens ziekte

Bij ziekte van een werknemer is de werkgever normaal gesproken verplicht een re-integratieplan op te stellen in het kader van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) (met als dwangmiddel

9 Wij verwijzen naar de in noot 4 genoemde jurisprudentie.

de loonsanctie of verhaal van de ZW-uitkering op de werkgever). Bij werknemers boven de 65 jaar zijn de collectieve verzekeringen niet meer van toepassing en dus behoeft ook geen plan te worden opgesteld. De loonsanctie kan dus ook niet meer worden opgelegd. In het BW is geen beperking opgenomen wat betreft leeftijd, dus de algemene verplichting tot re-integratie geldt nog wel (op grond van goed werkgever-, respectievelijk werknemerschap, art. 7:658a en 7:660c BW), net als het opzegverbod tijdens ziekte. UWV Werkbedrijf heeft, bij een aanvraag voor een ontslagvergunning tijdens ziekte de mogelijkheid – indien hij dat noodzakelijk acht – om haar zusterorganisatie UWV om een advies te vragen inzake de aannemelijkheid van herstel binnen 26 weken en de herplaatsingsmogelijkheden. Dat lijkt dus ook te gelden voor 65+-werknemers. Bij een ontbinding door de kantonrechter moet deze zich ervan vergewissen of het ontbindingsverzoek niet samenhangt met redenen die in de arbeidsongeschiktheid zijn gelegen. Indien het opzegverbod op grond van ziekte nog geldt omdat deze nog geen twee jaar duurt, is het de vraag in hoeverre de kantonrechter gevoelig zal zijn voor argumenten dat de wet hier achterloopt op de praktijk. Uitspraken hierover zijn ons (nog) niet bekend.

(Pre-/post)pensioenontslag

Een andere vraag is of en hoe de arbeidsovereenkomst van een werknemer¹⁰ een einde neemt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Op die vragen zal in deze paragraaf worden ingegaan. Aan de orde komt ook de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor- of nadat de pensioengerechtigde leeftijd is bereikt.

Ontslag wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd

Wanneer in de arbeidsovereenkomst of cao een zogenoemd pensioenontslagbeding is opgenomen – een beding dat het pensioen het automatische einde van de arbeidsovereenkomst meebrengt – is het uitgangspunt dat het dienstverband zonder opzegging of ontbinding

10 Op de positie van de ambtenaar wordt hier niet ingegaan. Voor de rijksambtenaar geldt overigens dat hij op grond van de circulaire *Doorwerken na 65 jaar bij de sector Rijk* (Stcrt. 2009, 17 140) het recht heeft om door te werken na zijn 65^{ste} jaar.

eindigt.¹¹ In de overgrote meerderheid van de gevallen zal een (collectieve) arbeidsovereenkomst zo'n beding bevatten.

Wat nu als een pensioenontslagbeding ontbreekt?

Uit twee arresten van de Hoge Raad uit 1995 en 2002 kan worden afgeleid dat ook in dat geval het dienstverband – op grond van de gewoonte – van rechtswege eindigt bij 65 jaar.¹² In enkele meer recente uitspraken van lagere rechters en in de literatuur is het standpunt ingenomen dat de arbeidsovereenkomst niet meer op grond van de gewoonte bij 65 jaar eindigt.¹³ Gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad vinden wij het goed verdedigbaar dat een arbeidsovereenkomst nog steeds op grond van de gewoonte bij 65 jaar automatisch tot een einde komt. Nu niet iedere lagere rechter daar hetzelfde over denkt, is het voor werkgevers die geen pensioenontslagbeding zijn overeengekomen raadzaam om niet op het einde van rechtswege te vertrouwen en de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Dit kan via opzegging – na toestemming van het UWV Werkbedrijf – of door (voorwaardelijke) ontbinding door de kantonrechter.¹⁴ Vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt is

11 Rechtspraak: Ktr. Utrecht 16 mei 2008, *JAR* 2008/158; Ktr. Dordrecht 12 juni 2009, *JAR* 2009/172; Ktr. Amsterdam 2 november 2009, *JAR* 2009/291; Ktr. Amsterdam 12 februari 2010, *LJN* BL5709.

Literatuur: E. Lutjens en M. Heemskerk, 'Is pensioenontslag bij 65 jaar nog steeds geldig?', *ArbeidsRecht* 2010-2, p. 12-16; P.W.H.M. Willems en A. Barendregt, 'De positie van 65-plussers in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2009-10, p. 18-23; S.T.E. Bakker, 'De pensioengerechtigde werknemer: uitgewerkt met 65?', *V&O* 2009-11, p. 234-237. Zie anders: Ktr. Amsterdam 8 juli 2008, *JAR* 2008/228. Recent heeft de Hoge Raad in een Arubaanse zaak geoordeeld over een pensioenontslagbeding, HR 29 oktober 2010, *JAR* 2010/294. Aangezien het oordeel van de Hoge Raad sterk is gebaseerd op het stelsel van het Arubaanse recht kunnen uit dit arrest naar onze mening niet direct conclusies voor de Nederlandse situatie worden getrokken.

12 HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430 (*Codfried*); HR 1 november 2002, *NJ* 2002, 622 (*Op 't Land*).

13 Rechtspraak: Ktr. Utrecht 22 februari 2005, *JAR* 2005/77; Ktr. Delft 23 april 2009, *JAR* 2009/116. Literatuur: P.C. Vas Nunes, 'Grijs werkt door', *Arbeid Integraal* 2008-1, p. 55-71; S.T.E. Bakker, 'De pensioengerechtigde werknemer: uitgewerkt met 65?', *V&O* 2009-11, p. 234-237. Zie anders: E. Lutjens en M. Heemskerk, 'Is pensioenontslag bij 65 jaar nog steeds geldig?', *ArbeidsRecht* 2010-2, p. 12-16; Ktr. Dordrecht 14 april 2011, *LJN* BQ2159.

14 *Beleidsregels Ontslagtaak UWV*, Hoofdstuk 34. Voor ontbindingsvoorbeelden zie: Ktr. Utrecht 30 september 2005, *JAR* 2005/261; Ktr. Rotterdam 29 april 2008, *LJN* BD2797.

ontslag¹⁵ bij 65 jaar dus nog altijd mogelijk. Aangezien artikel 7, eerste lid, onder b, van de WGBL voorschrijft dat het pensioenontslag bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd geen verboden onderscheid betreft, lijkt ook het leerstuk van de gelijke behandeling niet in de weg te staan aan het pensioenontslag. In de literatuur is echter meermaals de vraag gesteld of artikel 7, eerste lid, onder b, van de WGBL wel in overeenstemming is met de richtlijn.¹⁶

Naar aanleiding van het *Palacios de la Villa*-arrest¹⁷ en het *Age Concern*-arrest¹⁸ van het HvJ kon worden geconcludeerd dat in bepaalde gevallen ontslag wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd geen verboden leeftijdsonderscheid in de zin van de richtlijn oplevert. Niet iedereen was echter naar aanleiding van de arresten overtuigd dat ook artikel 7, eerste lid, onder b, van de WGBL in overeenstemming is met de richtlijn. Gelet op de inhoud van de arresten werd onder meer de vraag gesteld of de doelen van de Nederlandse wetgever legitiem waren en of het recht bestond op een redelijke pensioenuitkering.

Op 12 oktober 2010 heeft het HvJ duidelijkheid gebracht in het *Rosenblatt*-arrest.¹⁹ Mevrouw Rosenblatt was een Duitse schoonmaakster die zich niet neerlegde bij haar ontslag op 65-jarige leeftijd. In de Duitse wet is bepaald dat een beding in een cao of arbeidsovereenkomst op grond waarvan de arbeidsovereenkomst op de pensioendatum eindigt geen verboden leeftijdsdiscriminatie oplevert. De cao van de schoonmaakster kende een dergelijke bepaling.

15 Uit praktische overwegingen hanteren wij het begrip ‘ontslag’. Wij realiseren ons dat dit technisch-juridisch wellicht onzuiver is indien men ervan uitgaat dat de beëindiging met wederzijds goedvinden is.

16 A.G. Veldman, ‘Gedwongen pensioenontslag geoorloofd nationaal instrument van werkgelegenheidsbeleid?’, *ArA* 2008-1, p. 97; R. van Arkel, ‘Doorwerken na 65 jaar?: een tweede reactie’, *TAR* 2008-10, p. 565-569; P.C. Vas Nunes, ‘Is de WGBL richtlijnconform? Kanttekeningen bij Rb. ’s-Gravenhage 14 april 2008’, *TAR* 2008, 108; *TAP* 2009-2, p. 66-69; P.W.H.M. Willems en A. Barendregt, ‘De positie van 65-plussers in het arbeidsrecht’, *ArbeidsRecht* 2009-10, p. 18-23. Anders: M. Heemskerk, ‘Kans klein dat pensioenontslag bij 65 jaar leeftijdsdiscriminatie is’, *TAP* 2009-5, p. 188-189; E. Lutjens en M. Heemskerk, ‘Is pensioenontslag bij 65 jaar nog steeds geldig?’, *ArbeidsRecht* 2010-2, p. 12-16.

17 HvJ 16 oktober 2007, *JAR* 2007/288 (*Palacios de la Villa*).

18 HvJ 5 maart 2009, *JAR* 2009/93 (*Age Concern England*).

19 HvJ 12 oktober 2010, *JAR* 2010/279 (*Rosenblatt*).

Het HvJ stelde vast dat sprake was van direct onderscheid op grond van leeftijd, maar dat dit onderscheid een legitiem doel had, doordat het automatische pensioenontslag zowel voor de werkgever als de werknemer zekerheid biedt over het moment van pensionering én zorgt voor doorstroming van de arbeidsmarkt. Daarnaast vond het HvJ de maatregel van automatisch pensioenontslag passend en noodzakelijk, ondanks het feit dat de Duitse schoonmaakster slechts recht had op een ouderdomspensioen van € 253,19 bruto per maand.

Hoewel per situatie moet worden beoordeeld of sprake is van leeftijdsdiscriminatie kan, gelet op de inhoud van de uitspraak, ons inziens worden geconcludeerd dat ook het Nederlandse pensioenontslag geen leeftijdsdiscriminatie oplevert.

Ontslag vóór het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd

Vanzelfsprekend eindigt een arbeidsovereenkomst niet uit gewoonte op een leeftijd lager dan 65 jaar. Indien is overeengekomen dat het dienstverband op een eerdere leeftijd eindigt, moet worden gezien of dit in strijd is met het verbod op leeftijdsdiscriminatie.

Een ontslagleeftijd lager dan 65 jaar wordt niet gerechtvaardigd door artikel 7, eerste lid, onderdeel b, van de WGBL, maar kan alleen worden gerechtvaardigd indien er een objectieve rechtvaardiging bestaat en het middel passend en noodzakelijk is, aldus artikel 7, eerste lid, onderdeel c, van de WGBL.²⁰ Niet snel mag worden aangenomen dat daarvan sprake is.²¹ De volgende doelen worden (wel eens) als legitiem aangemerkt: (i) bescherming van de veiligheid, de gezondheid van werknemers en derden;²² (ii) stimulering doorstroming jongere werknemers;²³ en (iii) het voorkomen van gedwongen ontslagen.²⁴

20 Volgens Hampsink voldoen de in art. 7 lid 1 onder a en c WGBL opgenomen uitzonderingen op het verbod op leeftijdsdiscriminatie niet aan de richtlijn en kunnen deze uitzonderingen in geen enkel geval worden gehanteerd; R. Hampsink, 'WGBL en kantonrechtformule in strijd met Europese antidiscriminatie-richtlijn', *TRA* 2011-3, p. 5-10. In de nationale rechtspraak worden deze uitzonderingen echter wel getoetst.

21 Zie bijvoorbeeld: Ktr. Amsterdam (vzr.) 21 februari 2011, *JAR* 2011/97.

22 M. Heemskerk, *De arbeidsdeelname van oudere werknemers* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 271-272.

23 HR 8 oktober 2004, *JAR* 2004/258; Hof Amsterdam 8 juni 2010, *JAR* 2010/161.

24 Ktr. Amsterdam 12 februari 2010, *RAR* 2010, 67; Hof Amsterdam 21 september 2010, *JAR* 2010/268; Zie anders: Hof 's-Gravenhage 4 augustus 2009, *JAR* 2009/231.

Met name wat betreft de laatste grond valt ons inziens te betwijfelen of dit een legitiem doel is en het middel van ontslag als passend en noodzakelijk kan worden aangemerkt.²⁵

Ontslag na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd

Op grond van artikel 7, eerste lid, onderdeel b, van de WGBL is niet alleen geen sprake van verboden leeftijdsonderscheid bij 65 jaar, maar ook indien sprake is van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd. Is geen hogere leeftijd vastgelegd, dan dient ook hier aan de hand van artikel 7, eerste lid, onderdeel c, van de WGBL te worden getoetst of het onderscheid gerechtvaardigd is. Begin 2010 oordeelde het HvJ dat een Duitse regel, waarbij tandartsen na hun 68^e verjaardag geen tandheelkundige zorg meer mogen verlenen, niet in strijd was met de richtlijn.²⁶ Nog recenter oordeelde het HvJ dat de richtlijn niet in de weg stond aan een Bulgaarse regel die bepaalt dat hoogleraren die de leeftijd van 68 jaar bereiken ambtshalve met pensioen gaan.²⁷

Voortzetting pensioenopbouw na 65 jaar?

De pensioenleeftijd van 65 jaar in pensioenregelingen

Vrijwel alle pensioenregelingen hanteren een pensioenleeftijd van 65 jaar. Dat is om drie redenen logisch. Ten eerste gaat het fiscale pensioenkader uit van die pensioenleeftijd.²⁸ Ten tweede gaat het wettelijk ouderdomspensioen (AOW) vooralsnog in op 65 jaar: volgens de sociale zekerheid is men officieel oud.²⁹ Ten derde is pensioenontslag bij de AOW-gerechtigde leeftijd volgens de WGBL geoorloofd.³⁰ Jurisprudentie van het HvJ – genoemde arresten *Palacios*, *Age Concern*, *Rosenblatt* en meest recentelijk *Georgiev*³¹ – ondersteunt die gedachte.

25 Met betrekking tot het arrest van het Hof Amsterdam van 21 september 2010 loopt thans een cassatieprocedure.

26 HvJ 12 januari 2010, *JAR* 2010/52 (*Petersen*).

27 HvJ 18 november 2010, *JAR* 2011/25 (*Georgiev*).

28 Art. 18 a lid 6 Wet op de loonbelasting 1964 (Wet LB 1964).

29 Art. 7 AOW.

30 Art. 7 lid 1 onder b WGBL.

31 HvJ 18 november 2010, *JAR* 2011/25 (*Georgiev*).

Pensioenleeftijd is einde pensioenopbouw

Pensioen is einde arbeidsovereenkomst: het ouderdomspensioen komt tot uitkering en de pensioenopbouw stopt. Dat klinkt logisch. Maar geldt die logica nog steeds voor werknemers die doorwerken na 65 jaar? De krasse 65+-werknemer bouwt geen pensioen op waar zijn jongere collega dat wel doet. Is die uitsluiting van pensioenverwerving van 65+-werknemers geen verboden leeftijdsonderscheid? Aanpalend kan men zich afvragen of de (risico)dekking voor arbeidsongeschiktheidspensioen en nabestaandenpensioen doorloopt of zou moeten doorlopen na 65 jaar.

Bij ons is slechts één oordeel van de CGB bekend over deze materie en dat betreft een atypisch geval (zie hierna). Het is een kwestie van tijd voordat deze vragen aan de rechter worden voorgelegd. Dat geldt temeer in een tijd waarin de pensioenen minder zeker worden en de uitkering eerder lager dan hoger wordt.

Het belang voor deelnemers om te blijven deelnemen in de pensioenregeling en zo een hoger pensioen te krijgen wordt groter. Het levenslang ouderdomspensioen wordt hoger door (1) langere pensioenopbouw; en (2) actuariële oprenting.³² Een wettelijke belemmering om voortzetting van pensioenopbouw te faciliteren is er niet.³³ Uitstel van de pensioendatum is fiscaal mogelijk tot zeventig jaar.³⁴

Uitstel pensioenleeftijd: pensioenopbouw na 65 jaar?

De pensioenregeling kan uitstel van de pensioenleeftijd mogelijk maken. Er zijn twee uitstelvarianten: (1) uitstel van de pensioenleeftijd zonder pensioenopbouw; en (2) uitstel met pensioenopbouw. In de eerste variant kan het pensioen later ingaan – bijvoorbeeld tot een pensioenleeftijd van zeventig jaar – maar is er geen premie-inleg na 65 jaar. Uitstel zal leiden tot een hoger pensioen door oprenting. De tweede variant leidt voor deelnemers eveneens tot een hoger pensioen: er is niet alleen oprenting maar er worden ook premies ingelegd.

32 Vergelijk M. Heemskerck, *De arbeidsdeelname van oudere werknemers* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 388.

33 Zie besluit van 29 augustus 2003, CPP 2003/530M, vraag- en antwoordenbesluit, vraag 10.

34 Art. 18a lid 4 onder 5 Wet LB 1964.

Een bijzonder vraagstuk doet zich voor bij de premieovereenkomst. Daar is, anders dan bij de veelvoorkomende middelloonregelingen, geen sprake van een doorsneepremie maar van een premiestaffel. De hoogte van de pensioenpremie is leeftijdsafhankelijk. Vuistregel is: hoe ouder de werknemer, hoe hoger de pensioenpremie. De fiscale premiestaffels stoppen evenwel bij 65 jaar. Welk premiepercentage geldt voor 65+-werknemers is dus niet duidelijk. Beleid op dit punt, bijvoorbeeld van de belastingdienst, lijkt geen overbodige luxe.³⁵

Kent een pensioenregeling geen uitstel, dan houdt dat in dat het pensioen ingaat op de pensioenleeftijd van doorgaans 65 jaar. De deelnemer heeft dan geen keuze. Zowel werkgever als werknemer hoeven dan geen pensioenpremie te betalen na 65 jaar.

Geen pensioenpremie na 65 jaar leeftijdsdiscriminatie?

Veel pensioenfondsen en pensioenverzekeraars hanteren pensioenreglementen waarin pensioenopbouw na 65 jaar onmogelijk is. Voor het antwoord op de vraag of dat leeftijdsdiscriminatie meebrengt, is het volgende relevant. Het vaststellen van een *pensioenleeftijd* kan geen leeftijdsdiscriminatie meebrengen. Zowel in de richtlijn als de Nederlandse WGBL is de pensioenleeftijd uitgezonderd van het verbod van leeftijdsdiscriminatie.³⁶

Wie denkt dat de kous daarmee af is, komt bedrogen uit. De pensioenpremie is een arbeidsvoorwaarde als bedoeld in artikel 3 van de WGBL. Door betaling van een pensioenpremie aan alle werknemers behalve 65+-werknemers ontstaat een beloningsverschil. Het loonstrookje van de 65+-werknemer ziet er anders uit door het ontbreken van pensioenpremie. Voor dat beloningsverschil is een objectieve rechtvaardiging vereist (art. 7 lid 1 onder c WGBL). Een bijzondere situatie betrof de onderwijzer die bij 65 jaar stopte met werken, maar kort daarna weer in dienst trad. Toen hij niet opnieuw werd opgenomen in de pensioenregeling van ABP stapte hij naar de CGB. Bijzonder was dat de Wet Privatisering ABP bepaalde dat 65+-werknemers niet in de pensioenregeling konden worden opgenomen. De CGB zag in dat wettelijk voorschrift een objectieve rechtvaardiging.³⁷ Deze situatie is atypisch omdat voor gewone

35 In gelijke zin M. Heemskerk, 'Gelijke Behandeling', in: E. Lutjens, *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2010, p. 490.

36 Overweging 14 Richtlijn 2000/78/EG; art. 8 lid 2 WGBL.

37 CGB 27 september 2010, oordeel 2010-140 en 141, *PJ* 2011/9 en 10.

65+-werknemers geen wettelijke belemmering tot opname geldt. Die werkgever of pensioenuitvoerder moet met een andere objectieve rechtvaardiging komen.

Objectieve rechtvaardiging voor stoppen pensioenopbouw?

Een potentiële objectieve rechtvaardiging is de impliciete link met de ‘vrije’ pensioenleeftijd. Het idee is dat het verzekerd risico is ingetreden en dat de facto geen sprake is van gelijke gevallen tussen 65+-werknemers en hun jongere collega’s. Simpel gezegd: omdat het de werkgever en de pensioenuitvoerder vrijstaat om de pensioenleeftijd te bepalen, is daarmee de facto een goede reden aanwezig om de pensioenopbouw te staken. Het ouderdomsrisico heeft zich verwezenlijkt en daarmee is er als het ware in de slipstream van de vrij bepaalde pensioenleeftijd van artikel 8, tweede lid, van de WGBL een vrijbrief voor het stopzetten van pensioenopbouw. Hoe deze verzekeringsgedachte zich verhoudt tot de gelijkebehandelingsvoorwaarden is niet duidelijk.

Het juridisch toetsingskader voor het gemis aan pensioenopbouw na 65 jaar is de objectieve rechtvaardigingstoets. De goede reden of objectieve rechtvaardiging voor stopzetting van pensioenopbouw vanaf 65 jaar is dan het verzekeringsargument: ingang van de vrij bepaalde pensioenleeftijd betekent het einde van de pensioenopbouw. Dat doel lijkt ons legitiem en passend. Bottleneck is de noodzakelijkheidstoets. Verdedigbaar lijkt ons de stelling dat er een alternatief is dat minder leeftijdsonderscheid tot gevolg heeft: namelijk uitstel en voortzetting van de pensioenopbouw. Toegegeven moet worden dat – zoals vaak in het gelijkebehandelingsrecht – discutabel is of dat alternatief een volwaardig substituum is.

Denkbaar is ook een variant waarbij het beloningsverschil wordt gecompenseerd door de werkgever. De werkgeversbijdrage die de 65-plusser mist wordt dan in andere vorm gecompenseerd. Langs die weg kan de kans worden verkleind dat een 65+-werknemer op grond van de WGBL voortzetting van de pensioenpremie claimt.

Zonder vaste pensioenleeftijd is het argument dat de pensioenleeftijd vrij bepaalbaar is en dat daarmee geen pensioenpremie meer hoeft te worden ingelegd minder overtuigend. Saillant is dat de vaste pensioenleeftijd van 65 jaar onder druk staat. Er is een wetsvoorstel

aanhangig om de AOW-leeftijd te verhogen.³⁸ Sociale partners hebben zich in het Pensioenakkoord van juni 2010 uitgesproken voor een verhoging van de pensioenleeftijd naar 66 jaar en koppeling daarvan aan de levensverwachting. Hoewel het nog koffiedik kijken is welke vorm de plannen zullen aannemen, zal naar verwachting de vaste pensioenleeftijd niet meer zo hard zijn als hij nu nog is.

Verdere arbeidsvoorwaarden en ontslagvergoedingen

Andere beloning van 65+-werknemer is verdacht

Werkgevers die 65+-werknemers uitsluiten van de cao³⁹ of arbeidsvoorwaarden buiten toepassing laten, riskeren dat 65+-werknemers met een beroep op de WGBL gelijke beloning/arbeitsvoorwaarden afdwingen. Een lagere beloning dan het minimumloon voor 65+-werknemers is als gezegd niet in strijd met de WML. De WGBL vereist echter voor het verschil in beloning van jongere werknemers die gelijke arbeid van gelijke waarde verrichten – denk aan twee collega's, 65+ en 65-, met dezelfde functie – een goede reden (objectieve rechtvaardiging). Zo oordeelde de CGB dat de werkgever een 78-jarige werknemer buitendienst van een recreatiepark het loon moest toekennen conform de geldende cao, in plaats van het hem aangeboden lagere loon. Het argument dat zijn productiviteit lager zou liggen, had geen succes. Ook de kantonrechter kwam tot dat resultaat, zij het via een andere redenering.⁴⁰

In veel cao's en arbeidsvoorwaarden is een bovengrens van 65 jaar geformuleerd. Zonder rechtvaardiging is een andere beloning van 65+-werknemers nietig op grond van artikel 13 van de WGBL en kunnen 65+-werknemers gelijke arbeidsvoorwaarden afdwingen. Bij indeling in leeftijdscohorten is dan de klassieke gelijkebehandelvraag wie met wie vergeleken moet worden. In onze ogen is het goed verdedigbaar dat 65+-werknemers aanspraak kunnen blijven maken op seniorenregelingen voor het dichtstbijzijnde leeftijdscohort. Leef-tijdsbewust personeelsbeleid of levensfasebewust personeelsbeleid zal ook 65+-werknemers moeten includeren.

38 *Kamerstukken II* 2010-11, 32 767 (Wet verhoging AOW-leeftijd naar 66 jaar).

39 Zie bijvoorbeeld art. 2 lid 9 Cao voor het Optiekbedrijf 2005-2006 en art. 2 lid s onder c Architectencaos 2007.

40 CGB 21 februari 2006, oordeel 2006-26; Ktr. Wageningen 22 november 2006, *RAR* 2007, 35.

Aanvulling wettelijke loondoorbetaling tijdens ziekte

De wet geeft een recht op doorbetaling van 70% van het loon bij ziekte gedurende 104 weken. In de praktijk wordt het loon gedurende deze periode of een deel daarvan aangevuld (al dan niet tot 100%). Het is de vraag of het toekennen van een andere (of geen) aanvulling aan 65+-werknemers objectief te rechtvaardigen is, met name wat betreft het legitieme doel daarvan. Dezelfde problematiek komt terug bij de beoordeling van het middel: is het uitsluiten van de aanvullende loondoorbetaling tijdens ziekte noodzakelijk? Een argument wordt gezocht in het feit dat de risico's rond arbeidsongeschiktheid bij 65+-werknemers anders té hoog zouden zijn voor de werkgever, omdat de kans op bijvoorbeeld terminale ziektes steeds meer toeneemt. Het is de vraag in hoeverre dit gebaseerd kan worden op cijfermatige (wetenschappelijke) onderbouwing. Een dergelijke afwijking zal naast de gelijkebehandelingswetgeving ook getoetst moeten worden aan de eisen van goed werkgeverschap.

Ontslagvergoeding voor 65+-werknemers

De kantonrechtersformule voorziet in een inkomstenderving tot pensioengerechtigde leeftijd⁴¹ maar houdt geen rekening met werknemers die doorwerken na 65 jaar.⁴² Werkgevers en werknemers hebben evenmin als kantonrechters houvast ten aanzien van de omvang van de ontslagvergoeding bij doorwerken na 65 jaar. Bij gebrek aan duidelijke richtlijnen wordt teruggevallen op het billijke oordeel.⁴³ Cynisch gezegd, is dat de natte vinger in de lucht. Een idee kan zijn om de kantonrechtersformule toe te passen met de pensioengerechtigde leeftijd als nulpunt, met andere woorden een maand per gewogen dienstjaar na 65 jaar.⁴⁴ Oude dienstjaren vervallen en na 65 jaar beginnen partijen met een schone lei. Soms wordt aangesloten bij de vaststaande uitgestelde pensioendatum, indien dat duidelijk (genoeg) blijkt uit de feiten. Het betreft dan een geplande pensioendatum van bijvoorbeeld 67 jaar of een aangekondigd afscheid op een alternatieve pensioendatum.⁴⁵

41 Zie daarover de bijdrage van Y. van Gemerden in deze bundel.

42 In gelijke zin Ktr. Utrecht 16 mei 2008, *JAR* 2008/158 (*Den en Rust*).

43 Zie bijvoorbeeld Ktr. Terborg 13 november 1997, *JAR* 1998/9.

44 M. Heemskerck, 'Ontslagrecht voor 65-plussers is onduidelijk', *SMA* 2005-3, in gelijke zin A.C. van de Velde, 'De kantonrechtersformule bij 65-plussers', *AR* 2008, 23.

45 Ktr. Amsterdam 6 oktober 2010, *JAR* 2010, 284.

Tot slot

De beschreven juridische spanning bij doorwerken na 65 jaar lijkt te kunnen worden verklaard doordat ons wettelijke systeem als uitgangspunt neemt dat het arbeidzame leven eindigt bij 65 jaar. Boeiend is dat de AOW ooit is ingevoerd als aanvulling op het inkomen, niet als vervanger daarvan. De gedachte dat een AOW-uitkering met aanvullend pensioen een werknemer in staat zou moeten stellen op 65 jaar te stoppen met werken, is sinds de invoering van die AOW langzaam gegroeid en steeds meer uitgangspunt geworden. Door de invoering van VUT en prepensioen, die eerder stoppen met werken mogelijk maakten met het oog op de vele werkloze jongeren door een ooit zeer ruime arbeidsmarkt, werd 65 jaar zelfs geen richtleeftijd meer, maar de absolute eindleeftijd. Inmiddels is de situatie demografisch en economisch in ons land sterk veranderd. Dit geldt voor geheel Europa en werd eind vorige eeuw al voorzien. De richtlijn met het verbod tot leeftijdsdiscriminatie is mede met het oog op deze veranderingen ingevoerd, om de arbeidsmarkt klaar te maken voor de opkomende vergrijzing en ontgroening. De richtlijn is door Nederland geïmplementeerd in de WGBL, maar tot op heden niet verder doorvertaald naar de situatie van doorwerken na 65 jaar. Dat leidt in de praktijk tot onduidelijkheid en juridische vragen. Door het wettelijk systeem niet aan te passen is het tot nu toe de rechter die de antwoorden moet geven. Omdat ook recente duidelijke uitspraken van de Hoge Raad ontbreken, geeft de jurisprudentie van lagere rechters soms verschillende antwoorden op vergelijkbare vragen. Dat komt de duidelijkheid niet ten goede. Onduidelijkheid kan ertoe leiden dat de maatschappelijke wenselijke 'ontsluiting' van de arbeidsmarkt voor 65+-werknemers geremd wordt omdat werkgevers niet weten welke risico's dit meebrengt. Dat lijkt ons een gemiste kans. Temeer omdat in onze ogen er maatschappelijk eigenlijk geen reden lijkt te zijn om het verbod op leeftijdsdiscriminatie voor wat betreft arbeidsvoorwaarden niet consequent te laten gelden voor werknemers van alle leeftijden. Natuurlijk zijn er op het uitgangspunt gelijke arbeidsvoorwaarden/wetgeving voor jong en oud uitzonderingen te bedenken, zoals bij de opbouw van een pensioen en het koppelen van een ontslag aan een pensioenleeftijd. En als de ontslagvergoeding ook als arbeidsvoorwaarde wordt gezien, dan lijkt in ons huidige ontslagstelsel leeftijd (en arbeidsmarktpositie) ook een rol te moeten (blijven) spelen.

Dit neemt niet weg dat in onze ogen het uitgangspunt zou moeten zijn dat een werkgever een werknemer aanneemt voor de te leveren arbeidsprestatie. Daar heeft de werkgever een bepaalde vergoeding voor over, te bepalen op basis van de toegevoegde waarde van de werknemer al dan niet in verhouding met zijn collega's, gebaseerd op een vorm van functiewaarderings- en beloningssystematiek. De leeftijd van de werknemer zou hierin in onze ogen in beginsel geen relevante factor moeten zijn, ook niet als aan die leeftijd bepaalde individuele of collectieve uitkeringen gekoppeld zijn (zoals pensioen of AOW). Wat ons betreft kan de wetgever ons arbeidsrechtelijke systeem en de arbeidsmarkt verder volwassen laten worden door het uitgangspunt dat het arbeidzame leven stopt bij de AOW-gerechtigde leeftijd met pensioen te sturen.

Premiepensioenstaffels en (on)gelijke behandeling: stand van zaken

*E. Schop*¹

In dit artikel behandel ik de gelijkebehandelingsvoorschriften die specifiek zijn voor de arbeidsvoorwaarde pensioen in de vorm van een premieovereenkomst. Gelijkebehandelingsvoorschriften die zien op pensioen in het algemeen en op andere soorten pensioenovereenkomsten (de uitkerings- en de kapitaalovereenkomst) worden in dit artikel niet behandeld. Ik geef eerst een korte toelichting op pensioen als arbeidsvoorwaarde, de verschillende premiesystemen en de fiscale uitgangspunten van de premieovereenkomst. Vervolgens ga ik in op de belangrijkste gelijkebehandelingsvoorschriften bij de toepassing van premieovereenkomsten. Ik sluit af met een conclusie.

Arbeidsvoorwaarde

Pensioen is een arbeidsvoorwaarde. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ) heeft geoordeeld dat pensioen is aan te merken als een door de werkgever aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaald voordeel in de zin van artikel 141, tweede lid, van het EG-Verdrag.² Dit maakt dat gelijkebehandelingsvoorschriften ook van toepassing zijn op de pensioenovereenkomst. De pensioenovereenkomst wordt overeengekomen

1 Mr. drs. E. Schop CPL is adviseur/partner bij Flexis Groep te Amsterdam.

2 HvJ 13 mei 1986, nr. 170/84, *Jur.* 1986, p. 1607 (*Bilka Kaufman*). *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 21.

tussen de werkgever en de werknemer.³ Vervolgens is de werkgever verplicht om de uitvoering van de pensioenovereenkomst via een uitvoeringsovereenkomst onder te brengen bij een wettelijk erkende pensioenuitvoerder.⁴ Zowel de werkgever als de uitvoerder kunnen worden aangesproken op naleving van gelijkebehandelingsvoorwaarden.⁵

Pensioensoorten

Bij pensioen wordt veelal alleen gedacht aan de uitkeringen vanaf de pensioengerechtigde leeftijd, het zogenaamde ouderdomspensioen (OP). Onder pensioen wordt echter ook verstaan:

- nabestaandenpensioen (NP) *na* de pensioengerechtigde leeftijd: komt de gepensioneerde deelnemer te overlijden dan wordt levenslang aan de partner uitgekeerd (partnerpensioen). Veelal is dit gebaseerd op 70% van het OP;
- NP *voor* de pensioengerechtigde leeftijd: komt de werknemer te overlijden voor de pensioendatum, dan wordt levenslang aan de partner een pensioen uitgekeerd (partnerpensioen). Na uitdiensttreding is de hoogte daarvan meestal 70% van het opgebouwde OP.⁶ Tijdens het actieve dienstverband wordt de hoogte berekend aan de hand van het bereikbare OP ingeval de deelnemer niet zou zijn overleden;
- wezenpensioen *voor* de pensioengerechtigde leeftijd: komt de werknemer te overlijden voor de pensioendatum dan wordt tijdelijk aan kinderen een uitkering verstrekt;
- arbeidsongeschiktheidspensioen: aanvullende uitkering op de wettelijke uitkeringen bij arbeidsongeschiktheid.

3 Art. 7 PW; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 12: de pensioenovereenkomst kan vorm krijgen door een separate overeenkomst, incorporatie in de arbeidsovereenkomst van het pensioenreglement, maar kan ook blijken uit offerten, pensioenopgaven of andere uitingen.

4 Art. 23 PW; art. 19a Wet op de loonbelasting 1964.

5 HvJ 9 oktober 2001, nr. C-379/99, *PJ* 2001/101 (*Menauer*). CGB 27 oktober 2006, oordeel 2006-216, *PJ* 2006/138.

6 Ingeval er sprake is van een zogenaamd opbouwpensioen: dit pensioen heeft na uitdiensttreding een waarde, er blijft aanspraak bestaan op een nabestaandenpensioen. In toenemende mate is het nabestaandenpensioen voor de pensioenleeftijd verzekerd op risicobasis (risicopensioen). Dit pensioen heeft na uitdiensttreding geen waarde, er bestaan dan geen aanspraken meer op een nabestaandenpensioen.

Pensioensystemen

Sinds 1 januari 2007 is de Pensioenwet (PW) van toepassing.⁷ Zij vervangt de Pensioen- en Spaarfondsenwet (PSW).⁸ De PW maakt onderscheid in een uitkerings-, kapitaal- en premieovereenkomsten, afhankelijk van de verdeling van het beleggings-, het langlevens- en het renterisico tussen werkgever en werknemer.⁹

- *beleggingsrisico*: de kans dat het pensioenkapitaal lager of hoger uitvalt dan verwacht;
- *langlevensrisico*: de kans dat ten tijde van de aankoop van de pensioenuitkeringen de levensverwachtingen zijn gestegen. Uitvoerders moeten dan langer pensioen uitkeren;
- *renterisico*: de kans dat ten tijde van de aankoop van de pensioenuitkeringen de rekenrente is gedaald of gestegen. Uitvoerders bepalen de pensioenuitkeringen op de marktrente op het moment van aanvang van de pensioenuitkeringen.

Overeenkomst	Beleggingsrisico	Langlevensrisico	Renterisico
Uitkering	uitvoerder	uitvoerder	uitvoerder
Kapitaal	uitvoerder	werknemer	werknemer
Premie	werknemer	werknemer	werknemer

Bij een uitkeringsovereenkomst staat de uitkering vast en de premie niet. Het beleggings-, langlevens- en renterisico liggen bij de uitvoerder. De bekendste vormen van een uitvoeringsovereenkomst zijn de eindloon- en de middelloonregeling. Bij de kapitaalovereenkomst staat de hoogte van het beschikbare kapitaal op de pensioenleeftijd vast en de premie niet. De beleggingsrisico's liggen dan bij de uitvoerder, het langlevens- en renterisico bij de werknemer. De bekendste vorm van een kapitaalovereenkomst is de zogenaamde streefregeling. Bij een premieovereenkomst staat de premie vast, maar is de uitkering onbekend. Zowel het beleggings-, het langlevens- als renterisico liggen bij de werknemer.¹⁰ De premieovereenkomst

7 Wet van 7 december 2006, *Stb.* 2006, 706.

8 Wet van 15 mei 1952, *Stb.* 1952, 275.

9 Art. 10 PW.

10 In beginsel zijn er drie soorten premieovereenkomsten: (i) zuiver, (ii) onmiddellijke omzetting premie in een gegarandeerd kapitaal en (iii) onmiddellijke omzetting van premie in een gegarandeerde uitkering. In dit artikel behandel ik alleen de zuivere premieovereenkomst. Deze komt het meeste voor.

wordt ook wel de toegezegde bijdrageregeling genoemd, de beschikbare premieregeling of de (naar internationaal gebruik) *Defined Contribution*-regeling.

Fiscale voorschriften premieovereenkomst

Premiestaffels

Bij een premieovereenkomst maken partijen primair een afspraak over de beschikbaar te stellen premie. Elk jaar wordt het percentage van de pensioengrondslag beschikbaar gesteld voor de pensioenopbouw. Onder pensioengrondslag wordt verstaan het pensioengevend salaris minus een bodembedrag. Dit bodembedrag (franchise) is het deel van het pensioengevend salaris waarover geen pensioen mag worden opgebouwd. De werknemer wordt geacht over 70% van dat deel al een uitkering uit hoofde van de Algemene Ouderdomswet (AOW) te ontvangen. Voor het vaststellen van de premie zijn in de fiscale wetgeving voorschriften opgenomen.¹¹ Uitgaande van het na 35 jaar bereiken van een pensioenuitkering van 70% van het eindloon (inclusief de ingebouwde AOW-franchise) zijn de volgende leeftijdsafhankelijke premiestaffels goedgekeurd:¹²

Leeftijd	% van pensioengrondslag		
	Staffel 1	Staffel 2	Staffel 3
<20	5,2	6,3	7,2
<25	5,9	7,2	8,2
<30	7,2	8,8	9,9
<35	8,8	10,7	12,0
<40	10,8	13,0	14,4
<45	13,1	15,9	17,5
<50	16,1	19,5	21,1
<55	19,7	24,0	25,6
<60	24,4	29,7	31,0
<65	30,5	37,2	37,9

11 Art. 18a lid 3 Wet op de loonbelasting 1964 jo. besluit van 23 oktober 2007, nr. CPP2007/552M, *Stcrt.* 2007, 212.

12 Het besluit kent vier verschillende staffels. Ik beperk mij hier tot de staffels die in de praktijk het meest worden gebruikt.

De staffels geven – afhankelijk van de toezegging – weer wat aan de hand van een rekenrente (beleggingsopbrengst) van netto 4%,¹³ bepaalde overlevingskansen,¹⁴ kosten van uitvoering (10%), een risicopremie voor premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid (8%) en een bepaalde carrièreontwikkeling¹⁵ die tijdsevenredig¹⁶ per leeftijd nodig is om 70% van het eindloon aan pensioenuitkeringen per jaar te behalen. Voor het gebruiksgemak is per leeftijdsc cohort van vijf jaar het gemiddelde percentage berekend. Een premie-overeenkomst is aan te merken als een zuivere pensioenregeling in de zin van de Wet op de loonbelasting 1964 (Wet LB 1964) indien de omvang van de premiepercentages de fiscale staffels niet overschrijdt. De staffels moeten worden gezien als een handreiking van het Ministerie van Financiën. Daarvan kan in individuele gevallen worden afgeweken, indien aannemelijk kan worden gemaakt dat in het individuele geval een andere staffel dient te worden toegepast, bijvoorbeeld omdat de carrièrecurve beduidend afwijkt van de in de standaardcurve gehanteerde carrièrecurve.¹⁷

Door een werkgever kunnen lagere percentages worden toegepast dan opgenomen in de staffels. Deze percentages moeten dan voor alle leeftijdsc cohorten met hetzelfde percentage worden verlaagd.¹⁸ De staffels zijn gebaseerd op een rekenrente van 4%. De staffels mogen ook worden herrekend naar een rekenrente van (minimaal) 3%.¹⁹ Dit

13 Ter verduidelijking werd hierover tijdens de parlementaire behandeling (nota naar aanleiding van verslag van 4 november 1998, p. 16) opgemerkt: “Een onzeker element in de beschikbare premieregelingen is de inschatting van de te verwachten opbrengsten en inflatie. In aansluiting op hetgeen gebruikelijk is, wordt de inflatie op nihil gesteld tegenover een lage inschatting van de opbrengsten van slechts 4%. Het is zeer waarschijnlijk dat de beleggingen meer opbrengen dan 4%, zodat uit dat meerdere dan de inflatie en een eventuele indexatie van de ingegane uitkeringen kunnen worden bekostigd.”

14 De berekening van de staffels is gebaseerd op de recent gepubliceerde overlevingstafels GBM/GBV 2000/2005 met leeftijdsverlagingen van vijf jaar voor mannen en zes jaar voor vrouwen.

15 Dit wordt ook wel de ‘3-2-1-0-carrièrecurve’ genoemd: tot 35 jaar stijgt het salaris met 3%, tot 45 jaar met 2%, tot 55 jaar met 1% en vanaf 55 jaar met 0%.

16 Deze voorwaarde houdt in dat elke premie die jaarlijks beschikbaar wordt gesteld ten behoeve van een werknemer, een gelijk pensioenbedrag op de pensioendatum moet opleveren. Een gevolg hiervan is dat de premie hoger wordt naarmate de werknemer ouder wordt omdat de premie tot aan de pensioendatum steeds korter rendeert.

17 Art. 19d Wet LB 1964.

18 Besluit van 23 oktober 2007, nr. CPP2007/552M, *Stcrt.* 2007, 212.

19 Zie CGB 24 januari 2005, oordeel 2005-6, *PJ* 2005/37 en 38.

heeft tot gevolg dat de verschillen tussen de leeftijdscohorten kleiner worden. Fiscale voorwaarde is dan wel dat het percentage van de laagste leeftijdscohort maximaal gelijk is aan het percentage van de laagste leeftijdscohort van de staffel, die is gebaseerd op 4% rekenrente.²⁰

Tevens kan een voor alle leeftijdscohorten gelijk percentage worden gehanteerd. Fiscaal geldt daarvoor als voorwaarde dat dit percentage maximaal gelijk is aan het percentage van het laagste leeftijdscohort.²¹

Bij besluit van 21 december 2009 zijn nieuwe staffels gepubliceerd.²² Dit besluit kent geen onmiddellijke werking, maar betreft overgangsrecht. Per 1 januari 2015 dienen alle (bestaande en nieuwe) premieovereenkomsten hieraan te voldoen.²³ De in het besluit genoemde staffels zijn niets anders dan de staffels van het besluit van 23 oktober 2007, maar dan ontdaan van de fictieve administratiekosten (10% van de premie) en de fictieve risicopremie voor arbeidsongeschiktheid (8% van de premie). Daarom worden deze ook wel ‘netto’ staffels genoemd. De nettopercentages mogen weer worden verhoogd met de werkelijke kosten van uitvoering en de werkelijke risicopremie voor premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid.

Toepassing van de staffels

Staffel 1 kan altijd worden gebruikt. Er wordt een premie ingelegd, die is bestemd voor een OP vanaf 65 jaar. Bij overlijden vóór of ná de pensioendatum wordt geacht dat er geen uitkering plaatsvindt aan de nabestaanden. Bij staffel 2 wordt een premie ingelegd die is bestemd voor een OP vanaf 65 jaar en een NP als de werknemer komt te overlijden ná de pensioendatum. Indien de werknemer komt te overlijden vóór de pensioendatum vindt er geen uitkering plaats. Staffel 2 kent naast de spaarpremie voor het OP dus ook een spaarpremie voor het NP ná de pensioendatum. Is het fiscaal toegestaan om staffel 2 ook te gebruiken voor een werknemer zonder partner? Die hoeft immers niet voor een NP te sparen. Het NP ná

20 Besluit van 23 oktober 2007, nr. CPP2007/552M, *Stcrt.* 2007, 212.

21 Besluit van 23 oktober 2007, nr. CPP2007/552M, *Stcrt.* 2007, 212.

22 Besluit van 21 december 2009, nr. CPP2009/1487M, *Stcrt.* nr. 20523.

23 Als de huidige toezegde brutostaffel na het ontdoen van de werkelijke kostenopslagen en risicopremies lager uitkomt dan de nieuwe nettostaffels, is geen aanpassing vereist.

pensioendatum is voor iedereen uitruilbaar voor (extra) OP, zodat iedereen kan besluiten het NP om te ruilen voor meer OP.²⁴ Zowel werknemers met als zonder partner kunnen daarom fiscaal gezien een premie gebaseerd op staffel 2 toegezegd krijgen. Daarom mag staffel 2 in fiscaal opzicht in alle gevallen worden gebruikt.

Het komt in de praktijk voor dat staffel 1 of 2 worden toegezegd, maar er ook een verzekering geldt voor het geval de werknemer komt te overlijden *vóór* de pensioendatum (direct ingaand levenslang NP). Fiscaal is dit geen probleem, mits het risico ook daadwerkelijk wordt verzekerd. Bij staffel 3 wordt een premie ingelegd die is gebaseerd op een OP vanaf 65 jaar en een NP als de werknemer komt te overlijden *ná* de pensioendatum. Indien de werknemer komt te overlijden *vóór* de pensioendatum wordt een tijdsevenredig deel van het te sparen NP uitgekeerd. Als voorbeeld: stel dat een werknemer in dertig jaar een jaarlijks NP op de pensioenrichtleeftijd heeft gespaard van € 21.000. Dan wordt per jaar een opgebouwd NP van € 700 uitgekeerd. Komt hij te overlijden na vijf jaar, dan wordt er dus € 3.500 (vijf jaar x € 700) uitgekeerd. Staffel 3 bestaat dus uit een spaarpremie voor het OP en het NP *ná* de pensioendatum en een risicopremie voor het NP dat tot uitkering komt bij overlijden *vóór* de pensioendatum. Als een werkgever deze staffel toezegt aan een werknemer zonder partner, dan geeft hij deze risicopremie aan de werknemer die dat risico echter nooit zal verzekeren. Als de werkgever die premie toch beschikbaar stelt, gebruikt de werknemer die premie als extra spaarpremie. Is dat fiscaal toegestaan? Ja, mits aan een aantal voorwaarden wordt voldaan.²⁵

Gelijkebehandelingsvoorschriften premieovereenkomst

Premiepensioenstaffels zijn gebaseerd op fiscale wetgeving, maar moeten ook voldoen aan gelijkebehandelingsvoorschriften.

24 Art. 60 lid 1 PW; art. 18d Wet LB 1964.

25 Er is bij overlijden sprake van (uiteindelijk) 0% restitutie van het spaargedeelte. Er is sprake van een vrijwillig nabestaandenpensioen waarvan de premie wordt gefinancierd uit de beschikbare premie. Een eventuele toekomstige partner wordt binnen drie maanden aangemeld, waarna de mogelijkheid van uitruil, met instemming van die partner, blijft bestaan. Op de pensioendatum wordt het kapitaal tegen de dan geldende tarieven aangewend voor uitsluitend ouderdomspensioen.

Geslacht

Vrouwen leven langer dan mannen. Bij een uitkeringsovereenkomst betekent dit een langere uitkeringsduur, dus een hogere benodigde pensioenreserve op de pensioendatum en een hogere premie om dit te bereiken. Er is dus verschil in de prijs (premie) van de inkoop van een pensioenuitkering op het leven van een man en een vrouw. Artikel 12c, eerste lid, van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB m/v) staat dit verschil (veroorzaakt door verschil in levensverwachting) in het werkgeversdeel van de af te dragen premie toe.

Voor de premieovereenkomst bepaalt artikel 12c, tweede lid, van de WGB m/v dat voor mannen en vrouwen in gelijke omstandigheden gelijke uitkeringen moet gelden. Dat kan door de omvang van de pensioenen van mannen en vrouwen gelijk te trekken of de werkgeversbijdrage zo vast te stellen dat – volgens het inzicht op het moment waarop de werkgeversbijdrage wordt vastgesteld – sprake is van gelijke uitkeringen.

Nu artikel 12c van de WGB m/v het alleen heeft over de werkgeversbijdrage is ongelijkheid in de werknemersbijdrage dus niet toegestaan.

Onderscheid naar leeftijd

(In)direct onderscheid naar leeftijd is verboden (art. 3 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL)), tenzij het onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd (art. 7 WGBL). Ten aanzien van pensioenregelingen is bepaald dat dit verbod niet van toepassing is op actuariële grondslagen (art. 8 lid 3 WGBL). Bij de berekening van pensioenpremies wordt gebruikgemaakt van levensverzekeringswiskunde (actuarieel). Leeftijd, de gemiddelde sterftetekansen en de gemiddelde resterende levensduur vormen daarbij belangrijke grondslagen. De opbouw van pensioen is duurder naarmate de leeftijd stijgt. Zoals hiervoor genoemd past de fiscale wetgever dit toe door voor oplopende leeftijdscategorieën een oplopend percentage toe te staan. De vaste oordelenlijn van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) is dat een premiestaffel op basis van minimaal 3% rekenrente valt onder de actuariële uitzondering van artikel 8, derde lid, van de WGBL en geen verboden onderscheid naar leeftijd oplevert, indien deze stijging

(het procentuele verschil tussen de leeftijdsklassen) alleen is gebaseerd op verschillen in leeftijd.²⁶

Ook een premieovereenkomst waarin is bepaald dat het werkgeversdeel van de premie voor iedereen gelijk is, levert geen verboden onderscheid op. Gevolg hiervan is wel dat er verschillen in pensioenuitkeringen zullen ontstaan: een oudere werknemer kan met de toegezegde premie minder pensioenkapitaal sparen dan een jongere werknemer. Dit is echter toegestaan. De arbeidsvoorwaarde is in dit geval de toegezegde premie, en die is voor alle leeftijden gelijk.²⁷

Leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage

De vaste oordelenlijn van de CGB is dat een werknemersbijdrage als percentage van een premiestaffel verboden onderscheid naar leeftijd is, tenzij dit onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden. Het standpunt van de CGB is dat de leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage niet valt onder de actuariële uitzondering van artikel 8, derde lid, van de WGBL.²⁸ Wel is toegestaan de eigen bijdrage uit te drukken in een (voor alle deelnemers) gelijk percentage van de pensioengrondslag.²⁹

De uitzondering van artikel 8, derde lid, van de WBGL is gebaseerd op artikel 6, tweede lid, van Richtlijn 2000/78/EG (de richtlijn), dat nationale wetgevers de vrijheid geeft om actuariële verschillen bij pensioenregelingen toe te staan onder het verbod van leeftijdsonderscheid te brengen.³⁰ Een toelichting in de richtlijn en rechtspraak over de inhoud van dit artikel ontbreekt. Nu in de richtlijn geen onderscheid is gemaakt tussen de werkgeverspremie en de werknemerspremie is het dus volgens minister Donner van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) de bedoeling geweest om een eigen bijdrage op basis van een oplopend premiepercentage als een actuariële uitzondering mogelijk te maken.³¹ Dit standpunt van

26 CGB 24 januari 2005, oordeel 2005-6 tot en met 7, *PJ* 2005/37 en 38; CGB 7 juli 2006, oordeel 2006-140, *PJ* 2006/95.

27 Wirschell 2010 (*T&C Pensioenrecht*), art. 8, aant. 4.

28 CGB 17 mei 2004, oordelen 2004-51 tot en met 52, *PJ* 2004/88 en 89.

29 CGB 17 mei 2004, oordeel 2004-52, *PJ* 2004/89; CGB 24 november 2004, oordeel 2004-174, *PJ* 2005/21.

30 Richtlijn 2000/78/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.

31 Brief van 21 april 2005, nr. AV/PB/05/27889.

de regering is ook tijdens de parlementaire behandeling van de PW bevestigd.³² Hierin heeft minister De Geus van SZW toegezegd dit punt in de Integratiewet (IW) te verduidelijken.

Deze argumentatie is door de CGB meegenomen in haar latere oordelen, maar heeft niet tot een andere conclusie geleid. De CGB is van oordeel dat:³³

- de actuariële uitzondering niet ziet op de verdeling van de premie over werkgever en werknemers omdat deze verdeling is gebaseerd op een afspraak tussen de werkgever en de werknemers. Weliswaar is de beschikbare premie zelf terug te voeren op actuariële berekeningen, hetgeen op grond van artikel 8, derde lid, van de WGBL is toegestaan. Dit betekent echter niet dat de verdeling van de premie over de werkgever en werknemer hierop valt terug te voeren. Werkgevers en werknemers zijn tenslotte vrij om onderling te bepalen hoe hoog de werknemersbijdrage is. In de praktijk blijken deze ook zeer te verschillen, waarbij de uiteindelijke hoogte van de werknemersbijdrage niet wordt bepaald door actuariële berekeningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden. Het enige verband is dat de totale premie (de som van werkgevers- en werknemersbijdrage) is bepaald door actuariële berekeningen;
- met een – door de werkgever bepaalde – naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage onderscheid wordt gemaakt in beloning. Dit valt onder de arbeidsvoorwaarden als genoemd in artikel 3, onder e, van de WGBL. En de actuariële uitzondering van artikel 8, derde lid, van de WGBL ziet alleen op pensioen en niet op verschillen in beloning;
- bij onderscheid op grond van geslacht geldt dat de, ten gevolge van actuariële factoren, verschillende beschikbare premies voor mannen en vrouwen geen verschil in de werknemersbijdrage van mannen en vrouwen tot gevolg mogen hebben. De bijdrage van de werkgever aan de beschikbare premie mag wel voor mannen en vrouwen verschillen, mits daarmee wordt beoogd de pensioenen voor mannen en vrouwen gelijk te trekken of meer met elkaar in overeenstemming te brengen. Nu noch in de WGBL, noch in de parlementaire geschiedenis, aanknopingspunten zijn te vinden waaruit blijkt dat de wetgever de naar leeftijd

32 *Kamerstukken II* 2005/06, nr. 17, p. 92-93.

33 CGB 22 juli 2005, oordeel 2005-138, *PJ* 2005/113; CGB 10 september 2009, oordeel 2009-89.

gedifferentieerde werknemersbijdrage heeft willen brengen onder de uitzondering van artikel 8, derde lid, van de WGBL, wordt dit artikel overeenkomstig het bepaalde bij onderscheid op grond van geslacht geïnterpreteerd. Dit betekent dat het slechts is toegestaan dat de beschikbare premie zelf naar leeftijd wordt gedifferentieerd.

In 2010 zijn van de IW concepten vrijgegeven.³⁴ Artikel 30, onder b, van de IW (thans art. 8 lid 3 WGBL) betreft de uitzondering voor actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen. Op basis van de toelichting bij het wetsvoorstel is het oordeel van het kabinet dat de CGB het niet bij het juiste eind heeft en het bij zijn standpunt blijft dat het verschil in premie juist het gevolg is van de actuariële berekeningen. Het kabinet is van mening dat het niet is uit te leggen dat het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen geen discriminatie oplevert, maar het gevolg van deze actuariële berekeningen (namelijk verschillende werknemersbijdragen) wel.³⁵ Artikel 30, onder b, van de IW bevat echter geen inhoudelijke wijziging ten opzichte van het huidige artikel 8 van de WGBL en bepaalt niet dat een leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage is toegestaan.

Ook de CGB heeft het conceptwetsvoorstel beoordeeld.³⁶ De CGB maakt daarin dat de regering in de toelichting op artikel 30, onder b, van de IW stelt dat de CGB heeft geoordeeld dat *een naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage* bij een beschikbare premieregeling niet als uitzondering kan worden gezien. De CGB stelt dat de lijn van deze oordelen hiermee niet correct wordt weergegeven. De essentie van de oordelen houden volgens de CGB in dat *het verdelen over werkgever en werknemer* van de berekende premie niet onder de uitzondering valt, omdat de verdeling niet gebeurt op basis van een actuariële berekening, maar op basis van een partijenafspraken.

De praktijk is dus geen stap verder. Het wetsvoorstel dient daarom zodanig te worden aangepast dat wel duidelijk is dat een leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage is toegestaan. Dit wordt bereikt door in artikel 30, onder b, van de IW op te nemen dat de leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage ook onder de uitzonderingsgrond

34 www.internetconsultatie.nl/integratiewetawgb.

35 Conceptmemorie van toelichting IW p. 34-35.

36 CGB advies 2010-3, inzake conceptwetsvoorstel IW.

van actuariële berekeningen valt. De vraag is echter of met een dergelijke wetsaanpassing de kous af is:

1. kan de wetgever de wet zo wijzigen dat een naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage zonder meer onder de uitzondering van artikel 30, onder b, van de IW wordt gebracht? Naar mijn mening niet. Hiermee zou het kabinet buiten de bevoegdheden treden die de richtlijn aan de nationale wetgevers heeft meegegeven. Daarin is opgenomen (art. 6 lid 2) dat de lidstaten kunnen bepalen dat verschillen op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien de nationale wetgeving een objectieve rechtvaardiging bevat. Ik kan een dergelijke rechtvaardiging niet bedenken;
2. ingeval wel is toegestaan artikel 30, onder b, van de IW overeenkomstig aan te passen, is het discriminatiegevaar dan geweken? Naar mijn mening niet. Een naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage leidt namelijk tot ongelijke *beloning* tussen jong en oud.³⁷ Bij een gelijk brutoloon en een hogere premiebijdrage voor ouderen is het nettoloon van oudere werknemers lager. Een verschil in beloning valt onder de arbeidsvoorwaarden als genoemd in artikel 3, onder e, van de WGBL. En de actuariële uitzondering van artikel 8, derde lid, van de WGBL (art. 30 onder b IW) ziet alleen op pensioen en niet op verschillen in beloning. Dat betekent dat het onderscheid naar loon verboden is, tenzij er in het individuele geval van een werkgeversregeling een objectieve rechtvaardiging bestaat. Naar mijn mening een onmogelijke opgave.³⁸

Het voorgaande pleit, met of zonder aanpassing van de IW, voor alleen het hanteren van een gelijk percentage van de pensioengrondslag.

Tijdsevenredigheidsvereiste

Op 2 juli 2009 is artikel 17a in de PW ingevoegd.³⁹ Hier wordt geregeld dat (uitvoerings)kosten bij een premieovereenkomst evenredig in de tijd worden ingehouden. Onder de werking van de PSW

37 Zie E. Lutjens en M. Heemskerk, 'Leeftijdsonderscheid bij werknemerspremies: actuariel toegestaan of verboden verschil in beloning?', *TPV* 2005-3, p. 72.

38 Zie voor enkele objectieve redenen M. Heemskerk, 'Gelijke Behandeling', in: E. Lutjens, *Pensioenwet: analyse & commentaar*, Deventer: Kluwer 2010, p. 467.

39 Wet van 2 juli 2009, *Stb.* 2009, 318.

(art. 7a) was het niet mogelijk om de uitvoeringskosten geheel of voornamelijk in het begin van de looptijd van de pensioenverzekering in rekening te brengen. In artikel 17 van de PW is de eis opgenomen van een tijdsevenredige verwerving van pensioenaanspraken in het kader van een uitkerings- en kapitaalovereenkomst. Deze eis gold met de inwerkingtreding van de PW dus niet voor premieovereenkomsten. De reden daarvoor is dat premieovereenkomsten niet zijn gericht op een eindresultaat, maar op de inleg van de premie. Dat betekent dat de premie kan fluctueren binnen de afspraken die daarover tussen de werkgever en de werknemers zijn gemaakt.

In de praktijk kwam het toch weer voor dat de (uitvoerings)kosten van de pensioenregeling nagenoeg volledig aan het begin van de looptijd in rekening werden gebracht. Dit leidt tot negatieve effecten indien een deelnemer al na een aantal jaar stopt met de verdere opbouw. Hoewel de PW dit niet verbood was er nog wel het gevaar op diverse vormen van indirect verboden onderscheid.⁴⁰

Met artikel 17a van de PW is de bescherming van de werknemer weer teruggebracht op het niveau zoals dat bestond ten tijde van de PSW.

Onderscheid naar burgerlijke staat

Voorziet de pensioenregeling in een NP op opbouwbasis (er wordt 'gespaard' voor het NP), dan moet elke deelnemer (dus ook ongehuwden en samenwonenden die op grond van de pensioenregeling niet in aanmerking komen voor NP) de mogelijkheid hebben om op de pensioendatum het NP om te ruilen voor een hoger OP (art. 60 PW). Met betrekking tot het NP op risicobasis (er wordt niet gespaard, maar er wordt een risicopremie betaald voor het risico dat de werknemer in dat jaar komt te overlijden) is het echter wel toegestaan om direct onderscheid te maken tussen werknemers op grond van burgerlijke staat. De PW geeft geen verplichting om een NP aan te bieden aan de ongehuwde, niet-geregistreerde partner, indien de pensioenovereenkomst wel voorziet in een NP voor gehuwden en geregistreerde partners. Artikel 5, zesde lid, van de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) staat onderscheid op grond van burgerlijke staat expliciet toe. Hierbij kan worden gedacht aan het uitsluiten van ongehuwd samenwonenden of het stellen van

40 Zie M. Heemskerk en S. Kuiper, 'Tijdsevenredige uitvoeringskosten premieovereenkomst: discriminatie ligt nog steeds op de loer', *P&P* 2009-1/2, p. 6-9.

voorwaarden van opname (bijvoorbeeld een notariële akte of een minimumperiode van gezamenlijke huishouding).⁴¹

Hiervoor is aangegeven dat in fiscaal opzicht staffel 1 en 2 voor iedereen toepasbaar zijn, en dit voor staffel 3 geldt onder voorwaarden. De vraag is of dit ook op basis van gelijkebehandelingsvoorwaarden is toegestaan.

Omdat staffel 1 alleen ziet op de opbouw van OP, beperk ik mij tot staffel 2 en 3. Daarbij is het goed om stil te staan bij twee in de praktijk voorkomende varianten voor het verzekeren van het NP dat tot uitkering komt bij overlijden voor de pensioenleeftijd: de inclusief- en de exclusiefvariant. Bij de eerste wordt de risicopremie uit de beschikbaar te stellen pensioenpremie (dus door de werknemer) gefinancierd, in de tweede variant wordt voor rekening van de werkgever voor alle werknemers de partner verzekerd. De inclusiefvariant kan alleen worden toegepast indien er een vrijwillige keuze is van de individuele werknemer. Het verplicht meeverzekeren van het NP ten laste van de beschikbare premie leidt namelijk tot een direct onderscheid naar burgerlijke staat tussen werknemers met en zonder partner. Door het verplicht uit de beschikbare premie onttrekken van de risicopremies blijft er immers minder over voor het spaargedeelte (en dus een lager OP) voor de werknemer met partner.

De inclusiefvariant is zonder meer mogelijk bij toepassing van staffel 2. Is deze ook mogelijk voor staffel 3? Zoals hiervoor aangegeven is dit fiscaal onder voorwaarden toegestaan. Indien de deelname aan de verzekering vrijwillig is en de risicopremies sexeneutraal zijn staan ook gelijkebehandelingsvoorschriften hier niet aan in de weg.

De exclusiefvariant gaat naar mijn mening wél alleen op voor staffel 2. De fiscus heeft de staffels opgesteld vanuit de pensioentoezegging die gedaan wordt en benadert daarbij de kosten die horen bij die toezegging. Het verschil tussen staffel 2 en staffel 3 is de risicopremie voor het NP. Deze maakt dat staffel 3 hoger is en op een andere manier stijgt. Als de risicopremie buiten de premiestaffel 3 om door de werkgever wordt betaald, leidt dit tot een bovenmatig

41 CGB 1 april 2003, oordeel 2003-46, *PJ* 2003/88; Rb. Utrecht 5 juni 2002, *PJ* 2003/13.

pensioen.⁴² Een discussie over gelijkebehandelingsvoorschriften is dan niet (meer) relevant.

Conclusie

Een relatief eenvoudig vormgegeven pensioen (beschikbaar stellen van een bedrag voor sparen voor later) kan toch ingewikkeld zijn. Fiscale en gelijkebehandelingsvoorschriften zijn sterk met elkaar verweven. Bij het beschikbaar stellen van een pensioenpremie is het alleen toegestaan deze te combineren met een vrijwillige risicopremie die (door de werknemer) uit de beschikbaar gestelde premie wordt gefinancierd of een verplichte risicopremie die voor rekening komt van de werkgever. Daarbij is het alleen toegestaan (een afgeleide van) staffel 1 of 2 te gebruiken. Wordt (een afgeleide van) staffel 3 gebruikt, dan kan deze alleen worden gecombineerd met een vrijwillige risicopremie die (door de werknemer) uit de beschikbaar gestelde premie wordt gefinancierd.

Met betrekking tot de werknemersbijdrage is mijn standpunt dat deze alleen een voor iedere werknemer gelijk percentage van de pensioengrondslag mag zijn.

42 Dit kan worden voorkomen door een afgeleide van de staffel toe te zeggen in die mate dat er samen met de risicopremie geen fiscaal bovenmatige pensioentoezegging geldt. Probleem is dan dat de totale kosten van de toezegging niet op dezelfde wijze zullen zijn gestaffeld als (de afgeleide van) staffel 3. Met gevolg dat niet wordt voldaan aan het tijdsevenredigheidsvereiste van art. 18d Wet LB 1964 en de regeling onzuiver wordt. Daarnaast zal niet meer worden voldaan aan de WGBL nu de premiestijging afwijkt van de stijging die is vereist en tot gevolg heeft dat per leeftijdsgroep een ander pensioen(kapitaal) wordt opgebouwd.

Reeks van de Vereniging voor Arbeidsrecht

- 1 Mevr. mr. M.J.E.H. Raetsen en prof. mr. J.J.M. van der Ven, De internationale Arbeidsorganisatie van 1919 tot 1979; opmerkingen over toen en nu.
ISBN 90 14 02854 7
- 2 Prof. mr. M.C. Burkens, prof. dr. W. Driehuis en prof. dr. J. van den Doel, Werkgelegenheid: recht of beleid?
ISBN 90 14 02863 6
- 3 Prof. mr. B. Wachter, Ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschap, mede in Europees verband.
ISBN 90 14 02949 7
- 4 Prof. dr. R. Blanpain, Richtlijnen voor multinationale ondernemingen. De Oeso verklaring van 21 juni 1976.
ISBN 90 14 03031 2
- 5 Mr. L.H. van den Heuvel, Rechten van werknemers bij faillissement.
ISBN 90 14 03103 3
- 6 Mr. A.W. Govers en mevr. mr. A.E. Bosscher, Gelijkheid van vrouw en man in het Europees sociaal recht.
ISBN 90 14 03149 1
- 7 Prof. mr. P. VerLoren van Themaat, Economisch recht, sociaal recht en economische orde, een terreinverkenning.
ISBN 90 14 03178 5

- 8 Mr. H.J. de Bijl Nachenius, Artikel 27, Wet op de ondernemingsraden, enige kritische kanttekeningen.
ISBN 90 14 03352 4
- 9 Mr. B. Madlener, Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het pensioenstelsel.
ISBN 90 14 03439 3
- 10 Drs. A.T.J.M. Jacobs, De rechtstreekse werking van internationale normen en het sociaal recht.
ISBN 90 6092 191 7
- 11 J.H. Sikkes, Medezeggenschap in overheidsdienst; geschiedenis wettelijke voorschriften en praktijk.
ISBN 90 6092 203 4
- 12 Prof. mr. P.F. van der Heijden, Het ontslagrecht op de snijtafel.
ISBN 90 6092 262 X
- 13 Prof. mr. M.G. Rood en mr. M.J. van der Ven, Flexibele arbeidsrelaties.
ISBN 90 6092 308 1
- 14 Drs. A.C.J.M. Wilthagen (red.), Herziening van het ontslagrecht.
ISBN 90 6092 388 X
- 15 Prof. mr. L.J.M. de Leede, De verhouding tussen vakbond en ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaarden.
ISBN 90 6092 407 X
- 16 Werkgroep Herziening Ontslagrecht, Commentaar op SER-advies 88/12.
ISBN 90 6092 437 1
- 17 Mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.
ISBN 90 6092 671 4
- 18 Prof. mr. P.F. van der Heijden (red.), Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht.
ISBN 90 6092 678 1

- 19 Dr. H.G. de Gier en prof. mr. A.J.C.M. Geers, Arbeidsverhoudingen en kwaliteit in ondernemingen.
ISBN 90 6092 772 9
- 20 Prof. dr. M. Rigaux en mr. T. van Peijpe, Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht.
ISBN 90 6092 782 6
- 21 M.J.M. Verheul, Sanctiebegrif en sanctie samenloop in de sociale zekerheid.
ISBN 90 6092 826 1
- 22 Dr. S. Klosse, Bevordering van arbeidsparticipatie ofwel: Werk boven 'wig' of 'wig' boven werk.
ISBN 90 6092 843 1
- 23 Prof. mr. P.F. van der Heijden (red.), Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst. Enkele eclectische beschouwingen.
ISBN 90 6092 876 8
- 24 Mrs. R.A.A. Duk, L.C.J. Sprengers, E.M. Veldstra, R.J.G.M. Widdershoven, A.L. Asscher, Kanttekeningen bij de WOR voor de overheid.
ISBN 90 312 1416 2
- 25 Mr. F.J.L. Pennings (red.), Tewerkstelling over de grenzen.
ISBN 90 312 1462 0
- 26 Mr. D.C. Buijs, prof. dr. R. Blanpain, mevr. mr. J.J.M. Lamers, Medezeggenschap op Europees niveau.
ISBN 90 312 1614 3
- 27 Mr. F.J.L. Pennings (red.), Flexibilisering van het sociaal recht in België en Nederland.
ISBN 90 312 1763 8
- 28 Mr. E. Verhulp, Grondrechten in het arbeidsrecht.
ISBN 90 2683 532 9
- 29 Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.
ISBN 90 2683 577 9

- 30 Mr. B. Barentsen, mr. A.C. Damsteegt, mr. drs. J. Heinsius (red.), Arbeidsrecht in internationaal perspectief.
ISBN 90 2683 820 4
- 31 Mr. C.G. Scholtens (red.), Ontslagrecht volgens ADO.
ISBN 90 2683 867 0
- 32 Dr. A.G. Nagelkerke, dr. A.C.J.M. Wilthagen (red.), Arbeidsverhoudingen in ontwikkeling.
ISBN 90 Y00 1586 5
- 33 Prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers, Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?
ISBN 90 130 1659 6
- 34 Mr. S.F. Sagel en prof. mr. E. Verhulp (red.), Voor De Laat: de Hoge Raad.
ISBN 90 130 2813 6
- 35 Mr. R. Hansma (red.), De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005: Gijs Scholtens neemt ontslag!
ISBN 90 13 03273 7
- 36 Mr. J.J.M. de Laat, De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst
ISBN 978 90 13 05430 9
- 37 Prof. mr. L.C.J. Sprengers en mr. dr. G.W. van der Voet (red.), De toekomst van de medezeggenschap. *Aanbevelingen aan de wetgever*
ISBN 978 90 13 06737 8
- 38 Prof. dr. K. Boonstra (red.), Negentig jaar Internationale Arbeidsorganisatie
ISBN 978 90 13 08416 0
- 39 prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers en mr. M.F. Baltussen (red.), De toekomst van het cao-recht
ISBN 978 90 13 09843 3



Vereniging voor Arbeidsrecht

Secretariaat VvA
De Eem 15, 3448 DS Woerden
info@verenigingvoorarbeidsrecht.nl

ISBN: 978 90 13 09992 8
NUR: 825-502

Uitgeverij Kluwer, Deventer