

Contouren van het Europese leeftijdsdiscriminatierecht

Mr. dr. A.G. Veldman

Na veertien Europese arresten over leeftijdsdiscriminatie beginnen de contouren van dit leerstuk zich af te tekenen. Hierin nemen flexibiliteit van cao's, marginale toetsing en belangenafweging een belangrijke plaats in. Dit wijkt af van de stringente toetsing van middel en doel zoals bekend uit de seksediscriminatiejurisprudentie. Deze bijdrage analyseert de rechtspraak en concludeert tot welke gevolgen deze leidt voor het non-discriminatierecht in het algemeen en de WGBL en het gebruik van leeftijdsriteria in arbeidsregelingen in het bijzonder.

1 INLEIDING

In totaal zijn sinds de inwerkingtreding van richtlijn 2000/78 veertien arresten gewezen door het EU-Hof (tot oktober 2011).¹ Ik zal in deze bijdrage de ontwikkelde toetsingssystematiek voor rechtvaardigingsgronden (legitimiteits- en proportionaliteitstoets) en de doorwerking van het discriminatieverbod in het nationale recht behandelen. Beide onderwerpen zijn immers van belang voor de rechtspraktijk. Of leeftijdsdiscriminatie is toegestaan valt grotendeels samen met de beoordeling van de rechtvaardigingsgronden uit de richtlijn. Voorts is het bij strijdig nationaal recht van belang of werknemers het Europese recht rechtstreeks tegenover werkgevers kunnen afdwingen. Het Hof volgt bij beide onderwerpen een verrassende koers. De bijdrage sluit af met een waardering van het nieuwe discriminatierecht en een bespreking van de gevolgen ervan voor de Nederlandse omzettingwet (WGBL) en enkele leeftijdsafhankelijke regelingen.

2 DOORWERKING VAN HET DISCRIMINATIEVERBOD

Aangezien richtlijnen geen horizontale werking hebben, is het bij met de richtlijn strijdig nationaal recht niet altijd voor de werknemer mogelijk om tegenover zijn werkgever het Europese leeftijdsdiscriminatieverbod af te dwingen. In het Mangold-arrest heeft het Hof een opmerkelijke oplossing hiervoor gevonden. Het oordeelde dat het non-discriminatiebeginsel van leeftijd als een algemeen beginsel van Unierecht moet worden opgevat. Aan dit beginsel wordt horizontale werking toegekend, waardoor de nationale rechter het ook in gedingen tussen particulieren moet toepassen. *Mangold* betrof een situatie voorafgaand aan het van kracht worden van richtlijn 2000/78. Inroepen van het Uniebeginsel blijkt alleen mogelijk als de situatie binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, waaraan in *Mangold* was voldaan omdat de situatie door de (eerdere) richtlijn 1999/70 werd bestreken. In de zaken *Bartsch* (aanvullend nabestaandenpensioen) en *Römer*² (aanvullend ouderdompensioen) bleek geen band te bestaan tussen de eerdere feiten en het Unierecht en kon het beginsel dus niet worden toegepast. Ook na inwerkingtreding van de richtlijn past het Hof het Uniebeginsel toe (*Küçükdeveci*-arrest). De eis dat de situatie binnen de werkingssfeer van het Unierecht moet vallen, levert geen probleem op omdat de omstreden wettelijke bepaling onder richtlijn 2000/78 valt. Het Hof preciseert dat het non-discriminatiebeginsel naar leeftijd 'een bijzondere toepassing is van het algemene beginsel van gelijke

¹ C-144/04 *Mangold*, *Jur.* 2005, I-9981; C-411/05 *Palacios*, *Jur.* 2007, I-8531; C-427/06 *Bartsch*, *Jur.* 2008, I-7425; C-388/07 *Age Concern*, *Jur.* 2009, I-1569; C-88/08 *Hütter*, *Jur.* 2009, I-5235; C-229/08 *Wolf*, *JAR* 2010/51; C-341/08 *Petersen*, *JAR* 2010/52; C-555/07 *Küçükdevici*, *JAR* 2010/53; C-499/08 *Andersen*, *JAR* 2010/296; C-45/09 *Rosenblatt*, *JAR* 2010/279; C-250/09 and C-268/09 *Georgiev*, *JAR* 2011/25; C-159/10 en C-160/10 *Fuchs*, *JAR* 2011/244; C-297/10 en C-298/10 *Hennigs*, *JAR* 2011/278; C-447/09 *Prigge*, *JAR* 2011/263.

² HvJ EU 10 mei 2011, C-147/08 (*Römer*) *JAR* 2011/154. Zie A.G. Veldman, *Bedrijfspensioenen, geregistreerd partnerschap en het Uniebeginsel van gelijke behandeling*, *NTER* 2011, nr. 8, pp. 278-283.

behandeling'. Dit suggereert dat alle discriminatiegronden uit richtlijn 2000/78 eronder vallen, hetgeen wordt bevestigd in *Römer* voor 'seksuele geaardheid'. Aannemelijk is dat het beginsel ook voor sekse en ras geldt, hoewel in andere richtlijnen uitgewerkt. Een aanwijzing vormt de verwijzing door het Hof naar het gelijkebehandelingsbeginsel uit het Handvest van de Grondrechten. Saillant is overigens dat het Hof het Uniebeginsel als primaire rechtsbron handhaaft en niet 'overstapt' naar het Handvest. Langs deze weg is niet alleen het gebrek aan horizontale werking van richtlijnen te 'omzeilen', maar ook mogelijk dat van de grondrechten uit het Handvest.³

Uit de latere arresten *Georgiev* en *Römer* kan worden opgemaakt dat het Hof discriminatie buiten de situaties zoals in *Mangold* en *Kucukdevici* aan de richtlijn zelf toetst. De verticale, directe werking van de richtlijn tegenover een overheidswerkgever ging derhalve voor op de toepassing van het Uniebeginsel. Uit de zaken waarin het Uniebeginsel wel aan de orde was, blijkt dat het beginsel geen inhoudelijke wijziging brengt ten opzichte van richtlijn 2000/78. Het beginsel functioneert vooral als 'doorwerkingsmechanisme'.

3 TOETSING VAN RECHTVAARDIGINGGRONDEN

Alle arresten zien op directe leeftijdsdiscriminatie. Voor een rechtvaardiging of exceptie daarvan biedt de richtlijn verschillende mogelijkheden:

- het discriminatieverbod geldt niet in het geval van nationale wettelijke bepalingen die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor publieke belangen zoals onder andere openbare veiligheid, openbare orde of volksgezondheid (art. 2 lid 5);
- een verschil in behandeling vormt een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste, mits het doel legitiem is en het vereiste evenredig aan dat doel (art. 4 lid 1);
- een verschil in behandeling naar leeftijd wordt in het kader van de nationale wetgeving gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van beleidsdoelstellingen op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen zijn daarvoor passend en noodzakelijk (art. 6 lid 1).

De 'public policy'-exceptie kwam aan de orde in *Petersen* en *Prigge* en het beroepsvereiste in *Wolf* en *Prigge*. De overige zaken zien op de specifieke rechtvaardigingsgrond voor leeftijd. Bij toepassing van alle drie rechtvaardigingsgronden/excepties wordt een doel-middeltoets uitgevoerd: Is met het onderscheid een legitiem doel (of publiek belang) gediend (legitimitoets) en is het middel respectievelijk noodzakelijk, evenredig of passend en noodzakelijk voor dat doel (proportionaliteitstoets)? De toepassing van deze toetsen lijkt op belangrijke punten af te wijken van die bij indirecte seksdiscriminatie. Bij seksdiscriminatie door werkgevers moet het gaan om een 'daadwerkelijk en noodzakelijk' bedrijfsbelang en het middel proportioneel zijn in de zin dat het geschikt is en noodzakelijk voor het doel omdat het van alle denkbare middelen het recht van gelijke behandeling het minst beperkt. Het feit dat een maatregel bij cao is overeengekomen, biedt geen rechtvaardiging bij seksdiscriminatie.⁴ Bij overheidsmaatregelen (werkgelegenheid en met name sociale zekerheid) geldt een 'lossere' toepassing van de doel-middeltoets vanwege de aan de Staat toekomende beoordelingsmarge.

4 LEGITIMITEITSTOETS

³ Zie *PbEU* 14 december 2007, nr. C 303, p. 17.

⁴ HvJ EU 27 oktober 1993, C-127/92 (*Enderby*), *Jur.* 1993, I-5535.

De Nederlandse wetgever is ervan uitgegaan dat voor zowel directe als indirecte leeftijdsdiscriminatie dezelfde rechtvaardigingsmogelijkheid bestaat (art. 7 lid 1 c WGBL). In *Age Concern* onderscheidt het Hof echter nadrukkelijk de specifieke rechtvaardigingsgrond voor leeftijd van de algemene voor indirect onderscheid. De toevoeging in art. 6 richtlijn dat het moet gaan om een rechtvaardiging ‘in het kader van de nationale wetgeving’ betekent volgens het Hof dat het hier moet gaan om doelen van algemeen sociaal beleid, zoals op het terrein van de werkgelegenheid. Hun publiek belang moet zich onderscheiden van louter individuele beweegredenen die eigen zijn aan de situatie van de werkgever.⁵ Het laatste sluit niet uit, aldus het Hof, dat een nationale regel, bij het nastreven van algemeen sociaal beleid, de werkgever een zekere mate van flexibiliteit toekent. *Prigge* vormt een bevestiging van *Age Concern*: pensionering van piloten op 60-jarige leeftijd kan niet onder art. 6 lid 1 vallen omdat ‘luchtverkeersveiligheid’ geen sociaal doel is. Dat algemeen sociaal beleid daadwerkelijk bij of krachtens wet moet zijn vastgesteld, stelt het Hof in *Age Concern* niet. Desalniettemin veronderstelt het arrest dat het initiatief voor dit beleid bij de overheid ligt. Dit kan inhouden dat werkgevers of sociale partners niet of slechts beperkt leeftijdsriteria kunnen hanteren op grond van eigen beleid.⁶ De rechtspraak nuanceert dit echter.

In *Küçükdeveci* werd ‘flexibel personeelsbeheer’ ten behoeve van jongeren als legitiem doel geaccepteerd. In *Rosenblatt* ging het om een bij cao geregeld automatisch pensioenontslag. Het Hof toetst eerst de Duitse wet die een rechtvaardigingsgrond voor leeftijdsdiscriminatie biedt, in het bijzonder bij een pensioenontslagbeding. In lijn met *Palacios* oordeelt het Hof dat pensioenontslag een geoorloofde werkgelegenheidsmaatregel is om de (maximale) duur van het arbeidsleven te bepalen, waarbij een evenwicht wordt gezocht tussen redenen van politieke, economische, sociale, demografische en budgettaire aard. De verwijzende rechter had beklemtoond dat pensioenontslag in Duitsland al decennia lang wordt toegepast, ongeacht de heersende economische, sociale en demografische situatie. Het Hof sluit zich echter aan bij de Duitse regering die stelde dat het pensioenontslag berust op arbeidsdeling over de generaties en voorkomt dat de werkgever voor elke oudere werknemer het bewijs moet leveren dat deze niet meer geschikt is. Het Hof vindt beide redenen legitiem.

Werkgeversbelangen zijn dus niet taboe.⁷ Wel maken deze belangen, in alle situaties waarover geoordeeld werd, onderdeel uit van overheidsmaatregelen. Sociale partners lijken echter ook zelfstandig beleid te kunnen voeren. Opvallend genoeg – en van belang voor de Nederlandse situatie – overweegt het Hof in *Rosenblatt* dat de Duitse uitzondering voor pensioenontslag niet betekent dat een concreet pensioenontslagbeding aan rechterlijke toetsing wordt onttrokken. Het ging om een bepaling uit een schoonmaakcao die volgens de sociale partners als doel had de aanstelling van jongeren te vergemakkelijken en een planmatig en evenwichtig personeelsbeheer mogelijk te maken. Het Hof meent dat deze clause werknemers een zekere arbeidsstabiliteit verzekert en een vooruitzicht op pensioen. Ze biedt tegelijkertijd werkgevers een zekere flexibiliteit in het personeelsbeheer. Daarmee ontstaat een evenwicht tussen legitieme belangen, nauw verband houdend met politieke keuzen op het gebied van pensioen en werkgelegenheid. In *Hennigs*, waar het om bij cao vastgesteld beloningsbeleid gaat dat niet is ingekaderd in algemeen overheidsbeleid, stelt het Hof dat het ‘herhaaldelijk’ heeft geoordeeld dat sociale partners, net als lidstaten, maatregelen overeenkomstig art. 6 lid 1 richtlijn kunnen vaststellen die een op leeftijd gebaseerd verschil in behandeling bevatten. Zij beschikken net als de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge.⁸

⁵ *Age Concern*, r.o. 46.

⁶ Uitgebreid D.J.B. de Wolff, *Leeftijdsdiscriminatie. Lastige vragen - complexe antwoorden*, *Arbeidsrecht* 2010, 50.

⁷ Duidelijker hierover *Fuchs*, r.o. 50.

⁸ R.o. 65. Zie ook *Rosenblatt*, r.o. 69. *Hennigs* en *Rosenblatt* zien niet op een situatie dat de uitvoering van de richtlijn aan de sociale partners is opgedragen.

5 PROPORTIONALITEITSTOETS

Een marginale toets?

Proportionaliteit tussen middel en doel valt in de richtlijn uiteen in de vragen of het middel passend en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het doel. De excepties voor beroepsvereisten (art 4 lid 1) en *public policy* (art 2 lid 5) beperken proportionaliteit tot ‘evenredig’ of ‘noodzakelijk’. Uit *Mangold* bleek al dat lidstaten een ruime beoordelingsmarge hebben bij het bepalen van doelen en middelen van beleid. Desalniettemin werd in dat arrest ook gesteld dat elke uitzondering op het recht op gelijke behandeling een strikte toepassing van proportionaliteit vereist, waarbij de gekozen maatregel zo veel mogelijk een evenwicht moet zoeken tussen de eisen van het gelijkebehandelingsbeginsel en het beoogde doel. Dit komt overeen met de ‘minst beperkend-middel’-toets bij seksdiscriminatie. Vanaf het *Palacios*-arrest keert deze formulering niet terug. In de pensioenontslagarresten wordt getoetst of het ‘niet onredelijk lijkt’ dat de lidstaat zich op het standpunt stelt dat de betreffende maatregel geschikt en noodzakelijk is voor het doel.⁹ In *Rosenblatt* geldt voor sociale partners dezelfde marginale toets.

Geschiktheid en coherentie

De marginale proportionaliteitstest vindt niet in alle uitspraken toepassing. In *Petersen* ‘leent’ het Hof uit zijn vrij-verkeerrechtspraak de eis dat de gewraakte maatregel ‘er daadwerkelijk toe moet strekken het doel coherent en stelselmatig te bereiken’. In diezelfde zaak blijkt het pensioneren van tandartsen op 68 jaar geen geschikt middel om de gezondheid van patiënten te beschermen omdat de maatregel niet geldt in de particuliere zorgsector. Gebrek aan coherentie, hoewel niet expliciet benoemd, leidt ook tot afwijzing van maatregelen in *Hütter en Küçükdeveci*. De eerste zaak betrof het niet in aanmerking nemen van de anciënniteit bij de beloning gedurende minderjarigheid. Doel was onder meer om jongeren die algemeen voortgezet onderwijs hebben gevolgd, niet te benadelen ten opzichte van jongeren die (kortdurend) beroepsonderwijs hebben genoten. Leeftijd, in plaats van onderwijssoort, is een ongeschikt criterium voor dat doel omdat het ook tot loonverschillen leidt *tussen* jongeren die algemeen onderwijs dan wel beroepsonderwijs hebben genoten. In de tweede zaak was het voor de berekening van de opzegtermijn buiten beschouwing laten van anciënniteit beneden de 25 jaar ongeschikt om flexibel beleid voor jongeren en bescherming voor ouderen te realiseren, omdat de maatregel evengoed bij opzegging van oudere werknemers wordt toegepast.

Noodzakelijkheid: belangentoets

Zoals aangehaald, wordt in *Mangold*, overeenkomstig de beoordeling van seksdiscriminatie, gesteld dat een maatregel noodzakelijk is wanneer deze de kleinst mogelijke beperking oplegt aan gelijke behandeling. Alleen *Prigge* en *Hennigs* lijken uitvoering te geven aan deze ‘minst beperkend middel’-toets. In *Prigge* is gedwongen leeftijdsontslag van piloten niet noodzakelijk, omdat de veiligheidsvoorschriften het met aanpassingen toestaan om tot het 65ste jaar te blijven vliegen. In *Hennigs* wordt geconstateerd dat beroepsopleiding en dienstjaren een geschikter middel zijn dan leeftijd om bij cao-inschaling rekening te houden met eerder verworven beroepservaring.

In *Palacios* wordt voor de eerste keer een andere invulling aan ‘noodzakelijkheid’ gegeven. Het middel gaat niet verder dan nodig wanneer ‘geen excessieve inbreuk wordt gemaakt op de gerechtvaardigde belangen van werknemers’.¹⁰ Dat is in casu niet het geval omdat het pensioenontslag aanspraak geeft op een financiële vergoeding waarvan de hoogte niet onredelijk is. Hier betreft het nog een nevenargument, in *Andersen* wordt de belangenafweging dragend voor de proportionaliteitstoets. *Andersen* gaat om een wettelijke ontslagvergoeding, bedoeld om herintreding te bevorderen, die niet wordt

⁹ *Palacios*, r.o. 72; *Rosenblatt*, r.o. 51; *Andersen*, r.o. 34; *Georgiev*, r.o. 51.

¹⁰ *Palacios*, r.o. 73. Zo ook *Andersen*, r.o. 32; *Rosenblatt*, r.o. 47 en r.o. 73; *Georgiev*, r.o. 54.

uitbetaald indien de werknemer aanspraak kan maken op (vervroegd) bedrijfspensioen. Voor zover het om de aanspraak op (eventueel lager) vroegpensioen gaat, acht het Hof de ontzegging van de ontslagvergoeding niet noodzakelijk. Er is sprake van een excessieve inbreuk op werknemersbelangen omdat de maatregel het recht op (door)werken bemoeilijkt en ertoe kan dwingen een lager pensioen te accepteren. *Rosenblatt*, op dezelfde dag geweest, maakt de belangenafweging nog duidelijker. Hoewel het Hof constateert dat er minder dwingende maatregelen bestaan dan automatisch pensioenontslag, moet onderzocht worden of de cao-bepaling een excessieve inbreuk vormt op werknemersbelangen, waarbij rekening moet worden gehouden ‘zowel met het nadeel dat daaraan kleeft voor de betrokken personen als met het voordeel daarvan voor de samenleving in het algemeen en voor de individuen waaruit zij bestaat’. Noch het recht op werk (*Andersen*) noch een, in dit geval, ontoereikend pensioen (*Palacios*) kunnen *Rosenblatt* baten. Er is geen excessieve inbreuk omdat werknemers na pensioenontslag, zo nodig, hun beroepsactiviteit kunnen voortzetten.

De ‘belangentoets’ lijkt lichter dan de ‘minst beperkend middel’-toets. De laatste is strikter omdat het fundamentele recht van gelijke behandeling voorop staat. Alternatieven en aanpassingen moeten worden gezocht om het legitieme doel zo te realiseren dat gelijke behandeling zoveel mogelijk recht wordt gedaan. Bij het balanceren van belangen lijkt de algemene doelstelling van het betreffende sociaal beleid voorop te staan, mits geen excessieve inbreuk wordt gemaakt op gerechtvaardigde werknemersbelangen. In de jurisprudentie is dit tot dusver het belang van werk en voldoende inkomsten; het belang om niet gediscrimineerd te worden weegt hierbij niet mee.

Cao's

Een laatste element waaruit een andere beoordelingswijze dan bij seksdiscriminatie blijkt, is de grotere rol voor cao's bij het aanvaarden van een objectieve rechtvaardiging. Het Hof meent dat uitvoering bij cao bijdraagt aan de proportionaliteit van de maatregel: dit leidt immers tot ‘een niet te verwaarlozen flexibiliteit’ omdat afstemming mogelijk is op de arbeidsmarktomstandigheden (*Palacios*). Hiermee lijken cao's een vorm van ‘procedurele’ proportionaliteit te bieden. In *Rosenblatt* gaat het Hof een stap verder: ‘Dat het aan sociale partners wordt overgelaten om een evenwicht te bepalen tussen hun respectieve belangen biedt een niet te verwaarlozen flexibiliteit, aangezien elk van de partijen de overeenkomst eventueel kan opzeggen’.¹¹ Het onderhandelingsmechanisme en de contractuele grondslag van de maatregel zelf, zijn hier doorslaggevend voor de proportionaliteit. Aangezien de richtlijn dwingend recht vormt en de sociale partners opdraagt hun overeenkomsten aan te wenden voor de bevordering van gelijke behandeling (art. 13), is de ruimte die *Rosenblatt* biedt om bij cao af te wijken opmerkelijk. Het is onduidelijk of het Hof deze benadering zal beperken tot het onderwerp van (normaal) pensioenontslag dat in veel lidstaten op cao-niveau geregeld is. In *Prigge* en *Hennigs* wordt benadrukt dat sociale partners de richtlijn in acht moeten nemen.

6 CONCLUSIES

Gevolgen voor het Nederlandse arbeidsbeleid

Dankzij het Uniebeginsel kan de werknemer zijn recht op gelijke behandeling inroepen tegenover zijn werkgever wanneer sprake is van strijdige wetgeving. Voor inhoudelijk succes is de besproken toetsingssystematiek van belang, die nog geen consistente lijn geeft. Binnen welke grenzen ondernemingen eigen doelstellingen kunnen nastreven, is nog onduidelijk. Voor de proportionaliteitstoets dienen zich vele regimes aan (coherentie, belangenafweging, procedurele en marginale toetsing). Op deelgebieden zijn wel contouren zichtbaar. Uit *Age Concern* en *Prigge* volgt dat de algemene rechtvaardig-

¹¹ R.o. 67.

gingsgrond van art. 7 lid 1 c WGBL te ruim geformuleerd is. Directe discriminatie is slechts te rechtvaardigen op grond van algemene doelstellingen van sociaal beleid. Of dat betekent dat het gebruik van leeftijdscriteria in cao's moet rusten op wettelijk beleid, lijkt steeds minder aannemelijk, nu het Hof heeft overwogen dat sociale partners, net als lidstaten, maatregelen kunnen vaststellen overeenkomstig art. 6 lid 1 richtlijn. Voor ondernemingen bestaat niet dezelfde ruimte.

Ook zal een voor ouderen afwijkende afvloeiingsregeling in een sociaal plan, overeengekomen met de vakbonden, nog steeds kunnen afstuiten op de richtlijn. Indien een ontslagvergoeding wordt vervangen door een suppletierегeling die rekening houdt met een (aanspraak op) prepensioen, vormt dit geen noodzakelijk middel (*Andersen*).¹² Voor senioredagen in cao's zou meer ruimte kunnen bestaan. Het Hof heeft in *Prigge en Wolf* (maximale aanwervingsleeftijd van 30 jaar voor het middenkader van de brandweer) geen moeite algemene leeftijdsgrenzen te accepteren voor het bepalen van afnemende krachten van werknemers. Als dat een passend middel is voor ontslag of weigering van een baan, waarom dan niet voor extra rustperiodes? De kantonrechttersformule, ten slotte, blijft een geval apart. Voor wat betreft de directe discriminatie is de cruciale vraag of de rechter, zoals lidstaten en sociale partners, maatregelen mag vaststellen overeenkomstig art. 6 lid 1 richtlijn.¹³

Het afspiegelingsbeginsel (Ontslagbesluit) en de wettelijke minimumjeugdlonen (WMM) kunnen zondermeer tot overheidsbeleid gerekend worden. Evenwichtige personeelsopbouw (afspiegelingsbeginsel) wordt binnen een dergelijk overheidskader als legitieme doelstelling aangemerkt.¹⁴ Het bevorderen van jeugdwerkgelegenheid (WMM) zal ook geen problemen geven. Wel valt op dat bijzondere belonings- en ontslagvoorwaarden met het oog op hetzelfde doel tot nu toe een strenge coherentietest ondergaan (*Hütter en Küçükdeveci*), mogelijk omdat als gevolg van het gebruik van meerdere doelstellingen tegenstrijdigheden ontstonden.

Op het gebied van pensioenontslag lijkt weinig discussie meer mogelijk over art. 7 lid 1b WGBL (pensioenontslag op de AOW-gerechtigde leeftijd is steeds toelaatbaar). Na *Age Concern* ontstond twijfel over deze uitzonderingsgrond, omdat deze grotendeels op overwegingen van personeelsbeheer stoelt.¹⁵ Inmiddels heeft het Hof deze geaccepteerd. Anders dan de wetstekst suggereert, wordt een concreet pensioenontslag overigens niet onttrokken aan rechterlijke toetsing. Van belang is dat wellicht a contrario uit *Rosenblatt* valt af te leiden dat de proportionaliteit van een pensioenontslag onvoldoende kan zijn, wanneer daarvoor een (collectieve) contractuele grondslag ontbreekt. Minister Kamp (SZW) is voornemens om in het BW op te nemen dat pensioenontslagbedingen slechts geldig zijn indien schriftelijk vastgelegd.¹⁶ Dit geeft overigens geen uitsluitel of een opzegging of ontbinding wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd niet langer is toegestaan.¹⁷

Gevolgen voor het EU non-discriminatie recht

In vergelijking met de jurisprudentie over seksdiscriminatie, is het leerstuk van leeftijdsdiscriminatie hiervan niet alleen ver verwijderd geraakt, maar maakt ze ook een inconsistente indruk. Enerzijds was leeftijdsdiscriminatie aanleiding een belangrijk 'doorwerkingsmechanisme' voor het fundamentele gelijkebehandelingsbeginsel te introduceren. Anderzijds wordt door diverse proportionaliteitstoetsen afbreuk gedaan aan datzelfde fundamentele karakter. Het pensioenontslag zal hier grote invloed op

¹² Zie ook C.W.G. Rayer, *TRA* 2011/19.

¹³ Vgl. Hampsink, WGBL en kantonrechttersformule in strijd met Europese antidiscriminatie richtlijn, *TRA* 2011, 22. Hij verlangt een wettelijke grondslag, maar gezien het *Hennigs*-arrest gaat er m.i. om of de rechter tot de geadresseerden van art. 6 richtlijn behoort.

¹⁴ Over het afspiegelingsbeginsel bij collectief ontslag is een prejudiciële vraag gesteld (zaak C-86/10, Hüseyin Balaban t. Zelter GmbH).

¹⁵ Zie uitgebreider mijn bijdrage 'Zijn pensioenontslag en leeftijdsgebonden bedrijfsregelingen 'Europe-proof'', *TRA* 2009, 86.

¹⁶ Brief van 12-08-2011, *Kamerstukken II*, 32 767.

¹⁷ Ktr. Utrecht (19-10-2011, *LJN: BU3431*) oordeelde onlangs dat zonder een beding althans geen automatische beëindiging mogelijk is op grond van art. 7:667 lid 1 BW.

hebben gehad. Het Hof lijkt voorlopig niet van plan de huidige nationale regelingen op dit gebied aan te tasten. Hoewel een terughoudender toetsing op dit terrein begrijpelijk kan zijn, lijkt door de mix van proportionaliteitsregimes en het op grond van algemeenheden aannemen dat het middel geschikt is om bij te dragen aan werkgelegenheid, te veel vrij spel te worden geboden. Daardoor kan het leeftijdsdiscriminatieverbod geen soelaas bieden wanneer werknemers op werk blijven aangewezen vanwege een ontoereikend pensioen (*Rosenblatt*) en ontbreekt een rem voor de praktijk om vaste contracten door middel van pensioenontslag om te zetten naar tijdelijke (*Georgiev*).¹⁸ De ‘belangentoets’ lijkt wel uitwegen te bieden om het *vervroegd* pensioen strikter te beoordelen (*Andersen*), maar vereist in vergelijking met *Rosenblatt* een uiterst formalistisch onderscheid. Het verschil tussen wel of geen excessieve inbreuk op het recht op werken ligt daarin dat Andersen door het mislopen van een ontslagvergoeding ‘gedwongen’ zou zijn (vroeg) te pensioneren, terwijl Rosenblatt na haar normale pensioenontslag een nieuwe baan ‘mag’ zoeken.

Misschien hebben de pensioenontslagarresten een (te) hoge prijs gevraagd. Het heeft tot een grote stap geleid van een strikte rechtvaardigingstoets naar een toets waarin flexibiliteit van cao’s, marginale beoordeling en belangenafweging een rol spelen. Het recht op non-discriminatie zelf komt hierbij in de marge terecht. De cruciale vraag is of deze overstap beperkt blijft tot pensioenontslag of tot leeftijdsdiscriminatie. Dat elementen zoals de belangenafweging doorsijpelen naar de beoordeling van andere discriminatiegronden, is niet onvoorstelbaar. Een ontwikkeling waarbij de contractuele grondslag van een onderscheidende maatregel kan bijdragen aan de rechtvaardiging daarvan, zou zeker een stap terug zijn. Maar zover is het (nog) niet. Het barokke bouwwerk met diverse toetsingsregimes blijkt ook striktere varianten te kennen (coherentietoets en de genoemde strikte uitleg van de belangentoets bij prepensioenaanspraken). Ook is mogelijk dat de verschillende discriminatiegronden, en met name leeftijd, een eigen discriminatieanalyse vergen en de - bekritiseerde - ontwikkelingen beperkt zullen blijven tot deze grond, maar het Hof heeft dit niet expliciet overwogen. Hoewel voor aparte regimes goede redenen kunnen bestaan, zou dit de begrijpelijkheid en kenbaarheid van het Europese non-discriminatierecht niet ten goede komen.

¹⁸ Minister Kamp (zie noot 16) heeft tevens aangekondigd belemmeringen weg te willen nemen voor opeenvolgende, tijdelijke contracten voor 65-plussers.