

VU Research Portal

Leeftijdscriminatie in Europees Recht

Eisma, J.M.

2020

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Eisma, J. M. (2020). *Leeftijdscriminatie in Europees Recht: in het licht van de demografische ontwikkelingen*. [Vrije Universiteit Amsterdam]. Boom juridisch.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl



J.M. Eisma

Leeftijds discriminatie in Europees Recht

in het licht
van de
demografische
ontwikkelingen

Boomjuridisch

Als gevolg van demografische ontwikkelingen neemt het aantal ouderen binnen de beroepsbevolking steeds verder toe. Een groot aantal babyboomers is inmiddels met pensioen, terwijl de werkende jongere generatie steeds kleiner wordt. Dat heeft grote maatschappelijke en sociaaleconomische consequenties voor de arbeidsmarkt. Een oplossing zou zijn dat ouderen die langer willen doorwerken die mogelijkheid ook krijgen na het bereiken van de pensioenleeftijd.

De verhoging van de werkgelegenheid staat hoog op de Europese Sociale Agenda door actief ouder worden en solidariteit tussen generaties te stimuleren. Deze doelen zijn niet complementair aan elkaar en dat heeft consequenties voor gelijke behandeling van werknemers. Actief ouder worden is gericht op langer doorwerken, terwijl solidariteit tussen generaties streeft naar bekorting van het arbeidzame leven, om jongeren een kans te bieden op de arbeidsmarkt.

In dit boek is onderzoek gedaan naar de rol van het HvJ EU bij de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie en het bereiken van deze twee doelstellingen. Hoe benadert de Europese rechter het gelijke behandelingsrecht in het licht van sociaal, economisch en politiek gedreven brede werkgelegenheidsdoelstellingen bij de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie?



Leeftijdsdiscriminatie in Europees Recht

VRIJE UNIVERSITEIT

LEEFTIJDSDISCRIMINATIE IN EUROPEES RECHT

in het licht van de demografische ontwikkelingen

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad Doctor aan
de Vrije Universiteit Amsterdam,
op gezag van de rector magnificus
prof. dr. V. Subramaniam,
in het openbaar te verdedigen
ten overstaan van de promotiecommissie
van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid
op donderdag 10 september 2020 om 13.45 uur
in de aula van de universiteit,
De Boelelaan 1105

door

Johanna Maria Eisma

geboren te 's-Gravenhage

promotor: prof. dr. G.T. Davies

copromotor: dr. G.N. Cornelisse

overige leden:

prof. mr. W. Roozendaal

prof. mr. M. Heemskerk (Radboud Universiteit)

prof. dr. J.W. Sap

dr. A.G. Veldman (Universiteit Utrecht)

prof. mr. E. Verhulp (Universiteit van Amsterdam)

*aan mijn ouders
aan Hans*

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

A-G	Advocaat-Generaal
AOW	Algemene Ouderdomswet
ArA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
ArbeidsRecht	Tijdschrift voor ArbeidsRecht
AWGB	Algemene wet gelijke behandeling
Bju	Boom Juridische uitgevers
BUPO	Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
BW	Burgerlijk Wetboek
C	Case European Court of Justice
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
CGB	Commissie Gelijke Behandeling
CMLR	Common Market Law Review
COM	Communication European Commission
CUP	Cambridge University Press
DI	Dansk Industri
DTI	Department for Trade and Industry UK
EC	European Commission/Europese Commissie
ECJ	European Court of Justice
ECLI	European Case Law Identifier
EEAR	Employment Equality Age Regulations UK
EG	Europese Gemeenschap
EGKS	Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal
EHRC	European Human Rights Cases
ELJ	European Law Journal
ELLJ	European Labour Law Journal
ELR	European Law Review
EP	European Parliament/Europees Parlement
ESH	Europees Sociaal Handvest
EU	European Union/Europese Unie
EU Law	European Law
EUR-Lex	www.eur-lex.europa.eu : de toegang tot het recht van de Europese Unie

EUSA	European Union Studies Association
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
FCL	Flight Crew Licensing
HvdG	EU-Handvest van de Grondrechten
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
IJCLLIR	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
ILJ	Industrial Law Journal
ILO	International Labour Organisation
ILR	Industrial Law Review
IP	Identifier Press Release European Union
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JAR-FCL	Joint Aviation Requirements-Flight Crew Licensing
JER	Joint Employment Report
Min.	Minister
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
m.nt.	met noot van
MvT	Memorie van Toelichting
NBER	National Bureau of Economic Research
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NtEr	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
OUP	Oxford University Press
Parl. Beh.	Parlementaire Behandeling
SEC	Identifier Staff Working Document prior to 2012
SER	Sociaal-Economische Raad
SEW	Sociaal-Economische Wetgeving
Stb.	Staatsblad
SWD	Staff Working Document European Commission
TAP	Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk
TK	Tweede Kamer
TRA	Tijdschrift Recht en Arbeid
UK	United Kingdom
UN	United Nations
UNECE	United Nations Economic Commission for Europe
UvA	Universiteit van Amsterdam
VEG	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VK	Verenigd Koninkrijk
VN	Verenigde Naties
vo	verordening

VU	Vrije Universiteit
VUT	Vervroegde Uittreding
VvA	Vereniging voor Arbeidsrecht
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
WGBLA	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, beroep en beroepsonderwijs
WWZ	Wet Werk en Zekerheid

INHOUD

1	Inleiding	15
2	Discriminatie in Europees Recht	21
2.1	Inleiding	21
Deel I		22
2.2	Materieel juridisch kader	22
2.2.1	Van een economische naar ook een sociale context voor gelijke behandeling	22
2.2.2	Internationale ontwikkeling van het gelijkebehandelingsrecht	24
2.2.3	Gelijkebehandelingsrecht bij de arbeid en het beroep in de EU	28
2.2.4	Algemeen beginsel van Unierecht	30
2.2.5	Rechtszekerheidsbeginsel en beginsel bescherming gewettigd vertrouwen	33
2.3	Europees toetsingskader leeftijdsdiscriminatie	34
2.3.1	Werkingsfeer Richtlijn 2000/78	35
2.3.2	Directe of indirecte discriminatie?	37
2.3.3	Rechtvaardiging leeftijdsdiscriminatie	40
2.3.4	Uitzondering openbare veiligheid en volksgezondheid	41
2.3.5	Uitzondering wezenlijke en bepalende beroepsvereiste	42
2.3.6	Tussenconclusie	46
Deel II		46
2.4	Procesrecht Hof van Justitie EU	46
2.4.1	Beginsel procedurele autonomie	48
2.4.2	Bewijslast discriminatie	49
2.4.3	Ontwikkeling Europees bewijsrecht	50
2.4.4	Recht op informatie	52
2.5	Conclusie	56

3	De Europese Sociale Agenda voor en na Lissabon	59
3.1	Inleiding	59
3.2	Demografische ontwikkelingen	60
3.3	Europese werkgelegenheidsrichtsnoeren	62
3.4	Lissabon-strategie	63
3.5	Europa 2020-strategie	65
3.6	Naar een economisch herstel	66
3.7	Naar een Europese pijler van sociale rechten	66
3.8	Europees Sociaal beleid actief ouder worden	67
3.9	Europees Sociaal beleid solidariteit tussen de generaties	68
3.10	Europees Jaar voor actief ouder worden en solidariteit tussen de generaties	69
3.11	Europees juridisch kader actief ouder worden	70
3.12	Europees juridisch kader solidariteit	71
3.13	Solidariteitsbeginsel vanuit wetenschappelijke invalshoek	73
3.14	Solidariteitsbeginsel in Europese rechtspraak	76
3.15	Conclusie	80
4	Rol Europees Sociaal beleid bij rechtvaardiging van leeftijdscriminatie	83
4.1	Inleiding	83
4.2	Toetsingskader	84
4.3	Werkgelegenheidsbeleid als onderdeel van de legitimiteitstoets	85
4.4	Arbeidsparticipatie ouderen: legitiem werkgelegenheidsbeleid?	86
4.5	Toepassing Solidariteitsbeginsel in Europees Sociaal beleid	88
4.6	Lump of labour fallacy	89
4.7	Solidariteit tussen de generaties in Europese rechtspraak	90
4.8	Betwisting werkgelegenheidsdoelstelling	94
4.9	Nationaal of bedrijfsbeleid?	97
4.10	Conclusie	99
5	Bewijsrechtelijke aspecten legitimiteitstoets	103
5.1	Inleiding	103
5.2	Omschrijving en context werkgelegenheidsdoelstelling	104
5.3	Lijst met uitzonderingen	105
5.4	Meerdere werkgelegenheidsdoelstellingen	109
5.5	Wijziging werkgelegenheidsdoelstelling	112
5.6	Ordering en rangorde werkgelegenheidsdoelstellingen	113
5.7	Samenhang procedures	115
5.8	Conclusie	116

6	Proportionaliteitstoets	119
6.1	Inleiding	119
6.2	Werkgelegenheidsbeleid als onderdeel van de proportionaliteitstoets	120
6.3	Bewijs	122
6.4	Rol individuele werknemersbelangen bij de proportionaliteitstoets	124
	6.4.1 Strikte proportionaliteitstoets	124
6.5	Ruime proportionaliteitstoets	126
	6.5.1 Verplicht pensioenontslag	127
	6.5.2 Hoogte pensioeninkomen	129
	6.5.3 Rol recht op arbeid	131
6.6	Rol omstandigheden arbeidsmarkt	132
6.7	Bewijsinstructie Hof van Justitie EU	135
6.8	Een tegengesteld geluid?	137
6.9	Rol actieve arbeidsparticipatie in relatie tot het recht op werk	140
6.10	Rol aanspraak op ouderdomspensioen na ontslag	144
	6.10.1 Ontslagvergoeding	145
	6.10.2 Vergelijking Landin met Andersen en Rasmussen	146
	6.10.3 Vergelijking Odar met de Deense arresten	148
6.11	Conclusie	150
7	Leeftijdscriminatie in het Nederlands recht	153
7.1	Inleiding	153
Deel I	Demografische ontwikkelingen	155
7.2	Actieve arbeidsparticipatie oudere werknemers	155
7.3	Verhoging AOW-leeftijd	156
7.4	Doorwerken na AOW-leeftijd	157
Deel II		159
7.5	Gelijke behandeling in het Nederlands recht	159
	7.5.1 Wettelijk toetsingskader	159
	7.5.2 Perikelen rondom de pensioengerechtigde leeftijd	163
	7.5.3 Pensioenontslag tegen en na de AOW-gerechtigde leeftijd	165
	7.5.4 Pensioenontslagbeding voor AOW-leeftijd	166
	7.5.5 Bewijs doorstromingsargument als werkgelegenheidsdoelstelling	168
	7.5.6 Nationaal werkgelegenheidsbeleid of bedrijfsbeleid?	169
	7.5.7 KLM-arrest in Europeesrechtelijk perspectief bezien	171
	7.5.8 Prejudiciële vragen?	173
7.6	Onderscheid naar leeftijd bij ontslagvergoedingen	174
	7.6.1 Uitsluiting transitievergoeding AOW-gerechtigden	174

7.6.2	Uitsluiting transitievergoeding in strijd met de Richtlijn?	177
7.6.3	Individuele toetsing vereist?	179
7.6.4	Uitsluiting ontslagvergoeding in Europeesrechtelijk perspectief bezien	179
7.6.5	Begrenzing ontslagvergoeding oudere werknemers	181
7.7	Conclusie	183
8	Conclusies	185
	Summary	193
	Bibliografie	197
	Trefwoordenregister	213
	Curriculum vitae	221

Het jaar 2012 is door de Raad van Europa uitgeroepen tot het Europees Jaar voor actief ouder worden en solidariteit tussen de generaties.¹ Als gevolg van de demografische veranderingen (Europeanen leven gezonder en langer) neemt het aantal ouderen toe in relatie tot de beroepsbevolking. Dat heeft grote maatschappelijke consequenties en legt druk op overheids-, zorg- en pensioenbudgetten. Een groot aantal babyboomers gaat sinds 2012 met pensioen maar de werkende jongere generatie wordt steeds kleiner. De angst bestaat dat de oudere generatie een te grote druk gaat leggen op de jongere werkende generatie wat tot spanning tussen de generaties zou kunnen leiden. Daarbij wordt niet altijd rekening gehouden met de significante en potentiële bijdrage die ouderen en in het bijzonder de babyboomers aan de maatschappij kunnen leveren.² Om mannen en vrouwen in de leeftijd van 50 jaar en ouder in staat stellen deel te nemen aan de arbeidsmarkt, is het noodzakelijk hun arbeidsparticipatie te stimuleren. Dit is niet alleen noodzakelijk vanwege demografische veranderingen, maar ook in het kader van de volksgezondheid en het voorkomen van sociale uitsluiting. Het Europees Jaar voor actief ouder worden en solidariteit tussen de generaties had tot doel om discriminatie op grond van leeftijd te bestrijden en barrières, in het bijzonder wat de inzetbaarheid op de arbeidsmarkt betreft, uit de weg te ruimen en negatieve stereotypen over leeftijd te bestrijden.³ Dat wil zeggen het creëren van een cultuur om actief ouder worden in Europa te vergemakkelijken op basis van een maatschappij voor alle leeftijden. De verwachting was dat de lidstaten en de belangenorganisaties dit jaar zouden gebruiken om nieuw beleid en nieuwe oplossingen te ontwikkelen.⁴ Het bevorderen van actief ouder worden betekent dat gezorgd wordt voor meer mogelijkheden om de oudere generatie in staat te stellen een rol te spelen op de arbeidsmarkt. Om de oudere werknemers aan te moedigen aan het werk te blijven of zelfs terug te keren naar de arbeidsmarkt moeten obstakels om te kunnen (blijven) werken worden weggenomen bijvoorbeeld door: flexibele pensionering,

-
1. Perspublicatie Raad van Europa 17 juni 2011 en Besluit 940/2011/EU 14 september 2011.
 2. European Commission Staff Working Document COM (2010) 462.
 3. Artikel 2 onder d Besluit 940/2011/EU 14 september 2011.
 4. Press Release of the EP 2012 European Year for Active Ageing and Solidarity between Generations.

flexibele werktijden, parttime werken als alternatief voor pensionering en toegang tot levenslange educatie.⁵ Wat is daarvan terecht gekomen en welk effect hebben de maatregelen gericht op de bevordering van actieve arbeidsparticipatie op de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie?

Al in maart 2000 heeft de Europese Raad in Lissabon de bevordering van werkgelegenheid en sociale integratie aangemerkt als algemene strategie van de Europese Unie. Europa moest de meest dynamische en concurrerende kenniseconomie ter wereld worden met duurzame groei en meer banen.⁶ De Lissabon-strategie berustte op het inzicht dat de Europese Unie haar werkgelegenheid, productiviteit en concurrentievermogen moest opvoeren en daarbij haar sociale cohesie moest versterken gezien de wereldwijde concurrentie, de technologische veranderingen, de milieuproblemen en de vergrijzing. De Europese Sociale Agenda is in 2005 herzien, om het vertrouwen van de burgers te vergroten bij de demografische veranderingen en de intergenerationele aanpak en om de werkgelegenheidsdoelstellingen van Lissabon daadwerkelijk te realiseren.⁷ De Lissabon-ambities voor groei en werkgelegenheid zijn echter doorkruist door de financieel-economische crisis in 2008 waardoor de werkgelegenheidsdoelstellingen van Lissabon niet zijn behaald. De arbeidsmarkt is door de crisis volledig veranderd: de werkgelegenheid is gedaald en grote (jeugd)werkloosheid is ontstaan. Na jaren van crisis is er weer sprake van economische groei, maar dat zorgt voor een ander probleem namelijk die van krapte op de arbeidsmarkt en een tekort aan arbeidskrachten. Europa staat voor een enorme uitdaging: hoe gaat Europa het conflict tussen jeugdwerkloosheid en de vergrijzing te lijf? En welke consequenties heeft de situatie op de arbeidsmarkt voor de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie?

Dit proefschrift gaat over discriminatie op grond van leeftijd bij de arbeid en het beroep in Europees recht in het licht van twee van de werkgelegenheidsdoelstellingen geformuleerd in de Europese Sociale Agenda, namelijk die van actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties. De centrale vragen in dit boek zijn: welke rol speelt het Hof van Justitie EU bij de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie en het bereiken van deze Europese werkgelegenheidsdoelstellingen? En hoe benadert de Europese rechter het gelijkebehandelingsrecht in het licht van sociaal, economisch en politiek gedreven brede werkgelegenheidsdoelstellingen bij de vraag of afgeweken kan worden van het verbod van leeftijdsdiscriminatie? Kortom, in hoeverre werken deze doelen van het Europees Jaar voor actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties door in de rechtspraak van het Hof van Justitie EU?

5. European Commission Staff Working Document COM (2010) 462, par. 3.1.1, p. 5.

6. Mededeling Europese Commissie, Een agenda voor het sociaal beleid, 28 juni 2000, COM (2000) 379.

7. Mededeling Europese Commissie over de sociale agenda: COM (2005) 33.

Die vraagstelling brengt met zich dat in hoofdstuk 2 eerst op fundamenteel niveau wordt ingegaan op het Europees juridisch kader. In het eerste deel van hoofdstuk 2 wordt een materieelrechtelijk historisch overzicht gegeven van de Internationale verdragen en Europese richtlijnen waarin het non-discriminatiebeginsel en het recht op gelijke behandeling is verankerd. Non-discriminatie is in Europese verdragen gedefinieerd als een van de waarden en doelstellingen van de Europese Unie. Doelstelling van de Unie is om discriminatie te bestrijden en solidariteit tussen de generaties te bevorderen.⁸ Echter, discriminatie op grond van leeftijd kan de doelstellingen van de Unie ondermijnen bij de verwezenlijking van een hoog niveau van werkgelegenheid, van sociale bescherming en van solidariteit.⁹ Vervolgens komt het toetsingskader van de rechter in het Europees gelijkebehandelingsrecht bij de arbeid en het beroep aan de orde. Onderdeel daarvan vormt ook het vraagstuk van de bewijslast. Het non-discriminatiebeginsel is door het Hof van Justitie EU als algemeen rechtsbeginsel van de EU erkend waardoor particulieren de mogelijkheid hebben om direct een beroep te doen op non-discriminatie als algemeen beginsel van Europees recht.

Het gelijkebehandelingsrecht in Europese verdragen en richtlijnen is een uitvloeisel van politieke, economische en sociale lijnen van Europees beleid en de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU. De Europese regelgeving die specifiek betrekking heeft op gelijke behandeling op het gebied van de arbeid en het beroep is dus tot stand gekomen in het kader van het Europees Sociaal beleid. In hoofdstuk 3 wordt verder ingegaan op de ontwikkeling van Europees Sociaal beleid voor en na Lissabon en de werkgelegenheidsdoelstellingen geformuleerd in de Europese Sociale Agenda.

Richtlijn 2000/78 biedt een algemeen kader voor het bestrijden van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid bij de arbeid en het beroep. De richtlijn definieert verschillende uitzonderingen op het verbod van discriminatie onder meer op grond van de openbare veiligheid en volksgezondheid,¹⁰ en op grond van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.¹¹ Artikel 6 lid 1 van de richtlijn biedt uitsluitend voor leeftijdsdiscriminatie een uitzondering en geeft lidstaten de mogelijkheid om te bepalen dat verschillen in behandeling geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Daarom toetst het Hof van

8. Artikel 3.3 VEU.

9. Considerans 11 Richtlijn 2000/78.

10. Artikel 2 lid 5 Richtlijn 2000/78.

11. Artikel 4 lid 1 Richtlijn 2000/78.

Justitie EU in gelijkebehandelingszaken of er, als vaststaat dat sprake is van onderscheid op grond van leeftijd, in dat specifieke geval grond is voor rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie.

Sinds de inwerkingtreding van Richtlijn 2000/78 heeft het Hof van Justitie EU zich over diverse gevallen gebogen waarin de vraag aan de orde was of een wettelijke of cao-bepaling een (in)direct verschil in behandeling op grond van leeftijd vormde en of er grond was voor een uitzondering op het verbod van leeftijdsdiscriminatie. In de hoofdstukken 4 tot en met 6 zullen alle fasen van dit beoordelingsproces aan de orde komen, zoals de vraag of de bepaling valt onder de reikwijdte en de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78 en vervolgens of dit een verschil in behandeling veroorzaakt. Als vaststaat dat sprake is van leeftijdsdiscriminatie wordt beoordeeld of er grond is voor rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie als sprake is van een objectief legitiem doel op het terrein van de werkgelegenheid en de arbeidsmarkt hetgeen in hoofdstukken 4 en 5 wordt behandeld. Tot slot komt in hoofdstuk 6 de laatste stap in dit beoordelingsproces aan de orde namelijk de vraag of de maatregel passend en noodzakelijk is om het beoogde werkgelegenheidsdoel te bereiken.

In hoofdstuk 4 wordt specifiek bekeken in hoeverre deze twee doelstellingen geformuleerd in de Europese Sociale Agenda, namelijk die van actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties, doorwerken in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU bij de vraag of er sprake is van een legitiem doel. Aan de hand van de Europese rechtspraak wordt bij deze twee werkgelegenheidsdoelen geanalyseerd wanneer er sprake is van een legitieme doelstelling van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding. In hoofdstuk 5 wordt vervolgens besproken aan welke eisen en bewijsrechtelijke aspecten de omschrijving van het werkgelegenheidsdoel bij de legitimiteitsvraag moet voldoen. Uit de Europese jurisprudentie blijkt dat lidstaten de werkgelegenheidsdoelstelling in de loop der tijd kunnen aanpassen aan economische en sociale ontwikkelingen en de omstandigheden op de arbeidsmarkt zonder dat dit effect heeft op de legitimatie van het doel dat wordt nagestreefd. Een cao maatregel of wettelijke bepaling kan ook meerdere doelstellingen op het terrein van de werkgelegenheid en de arbeidsmarkt nastreven. Doelstellingen kunnen naast elkaar bestaan of samenhangen zonder enige consequentie voor de legitimatie van het werkgelegenheidsdoel, tenzij de doelstellingen incoherent of met elkaar in tegenspraak zijn.

De proportionaliteitstoets is de laatste stap in het beoordelingsproces van de vraag of er rechtvaardiging bestaat voor een uitzondering op leeftijdsdiscriminatie. In hoofdstuk 6 wordt onderzocht hoe deze twee doelstellingen die zijn geformuleerd in de Europese Sociale Agenda, door het Hof van Justitie EU worden beoordeeld

bij de vraag of de maatregel passend en noodzakelijk is om het beoogde werkgelegenheidsdoel te bereiken. Daarbij wordt bekeken hoe het Hof van Justitie EU de proportionaliteit van de maatregel in het licht van sociaal, economisch en politiek gedreven brede werkgelegenheidsdoelstellingen benadert bij de vraag of afgeweken kan worden van het verbod op leeftijdsdiscriminatie of dat het werkgelegenheidsdoel met een minder vergaand middel kan worden bereikt. De vraag is wat bij die belangenafweging uiteindelijk de doorslag geeft: het algemeen arbeidsmarktbelang of het individueel sociaal-economisch belang van de werknemer? Die vraag wordt geanalyseerd aan de hand van de leeftijdsdiscriminatie jurisprudentie bij verplicht pensioenontslag en ontslag wegens bedrijfseconomische redenen. De lijn in de verplicht pensioenontslag jurisprudentie van het Hof van Justitie EU laat zien dat individuele sociaal-economische factoren zoals een redelijk pensioen- of ander vervangend inkomen, met inachtneming van de mogelijkheid om nog elders op de arbeidsmarkt actief te zijn, een doorslaggevende rol spelen bij de vraag of er sprake is van rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie. Bij de proportionaliteits-toets van het verplicht pensioenontslag spelen de algemene omstandigheden op de arbeidsmarkt dus nauwelijks een rol. Daarentegen zien we dat het Hof van Justitie EU bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden, aan het recht op arbeid een doorslaggevende factor toekent, in het geval de werknemer die zich op leeftijdsdiscriminatie beroept, aangeeft nog langer actief te willen blijven op de arbeidsmarkt, ondanks een aanspraak op ouderdomspensioen. De vraag die in hoofdstuk 6 aan de orde komt is of het Hof van Justitie EU de proportionaliteits-toets in alle gevallen consistent toepast en het aan de lidstaten voldoende inzicht omtrent de uitleg en interpretatie van het Unierecht verschaft.

Tot slot wil ik in hoofdstuk 7 aan de hand van een analyse van de Nederlandse leeftijdsdiscriminatie jurisprudentie nagaan in hoeverre de uitleg door het Hof van Justitie EU bijdraagt aan de uniformiteit van het Unierecht bij de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie en het bereiken van deze twee werkgelegenheidsdoelstellingen geformuleerd in de Europese Sociale Agenda. De eerste vraag is hoe de Nederlandse rechter de rechtspraak van het Hof van Justitie EU op dit vlak toepast en interpreteert. De tweede vraag is of de analyse van de Europese rechtspraak laat zien dat het Hof van Justitie EU wellicht te veel ruimte laat aan de nationale rechter voor eigen interpretatie en toepassing. Relevant voor die analyse is of de uitspraken van de Nederlandse rechter inzichtelijk maken of de uitspraken van het Hof van Justitie EU in leeftijdsdiscriminatiezaken consistent en voldoende duidelijk zijn voor de nationale rechter.

2.1 INLEIDING

Dit hoofdstuk behandelt het Europees juridisch kader waarin het non-discriminatie beginsel is verankerd. Het bestrijden van discriminatie en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties is een van de waarden en doelstellingen van de Europese Unie.¹ Het bestrijden van discriminatie staat ook hoog op de Europese Sociale Agenda. De Unie onderkent dat discriminatie op grond van leeftijd een groot probleem kan zijn bij de verwezenlijking van een hoog niveau van werkgelegenheid en de vergroting van de solidariteit.²

Dit proefschrift gaat over discriminatie op grond van leeftijd bij de arbeid en beroep in het Europees recht. De analyse in dit boek is gebaseerd op twee van de doelstellingen geformuleerd in de Europese Sociale Agenda, namelijk die van actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties. De centrale vragen in dit boek zijn: welke rol speelt het Hof van Justitie EU bij de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie en het bereiken van deze Europese werkgelegenheidsdoelstellingen? En hoe benadert de rechter het gelijkebehandelingsrecht in het licht van sociaal, economisch en politiek gedreven brede werkgelegenheidsdoelstellingen bij de vraag of afgeweken kan worden van het verbod op leeftijdsdiscriminatie?

Die vraagstelling brengt met zich dat eerst op fundamenteel niveau wordt ingegaan op het algemeen juridisch kader van het Europees gelijkebehandelingsrecht in het licht van de ontwikkeling van het Europees sociaal beleid voordat in de

-
1. Artikel 3.3 VEU: De Unie bestrijdt sociale uitsluiting en discriminatie, en bevordert sociale rechtvaardigheid en bescherming, de gelijkheid van mannen en vrouwen, de solidariteit tussen de generaties en de bescherming van de rechten van het kind.
 2. Considerans 11 Richtlijn 2000/78: Discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid kan de verwezenlijking van de doelstellingen van het EG-Verdrag ondermijnen, in het bijzonder de verwezenlijking van een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming, de verbetering van de levensstandaard en de kwaliteit van het bestaan, de vergroting van de economische en sociale cohesie en van de solidariteit, alsmede het vrij verkeer van personen.

hoofdstukken 4 tot en met 6 specifiek wordt ingegaan op het gelijkebehandelingsrecht op grond van leeftijd bij de arbeid en het beroep.

In het eerste deel van dit hoofdstuk wordt dan ook een materieel rechtelijk historisch overzicht gegeven van de Internationale verdragen en de Europese richtlijnen waarin het non-discriminatiebeginsel en het recht op gelijke behandeling zijn verankerd. Daarin zal duidelijk worden dat het non-discriminatiebeginsel, zij het in verschillende contexten, in diverse Europese verdragen is gedefinieerd, maar dat de bepalingen geen uitputtende lijst van discriminatiegronden bevatten. Vervolgens wordt het Europees gelijkebehandelingsrecht bij de arbeid en het beroep behandeld dat zich heeft ontwikkeld langs de politieke, economische en sociale lijnen van Europees beleid.

De vele discriminatiezaken, die de afgelopen jaren aan het Hof van Justitie EU zijn voorgelegd, hebben in belangrijke mate bijgedragen aan de ontwikkeling van het Europees gelijkebehandelingsrecht. Onderdeel daarvan vormt het vraagstuk van de bewijslast. Hoe toetst de rechter of afgeweken kan worden van leeftijdsdiscriminatie en welk bewijs is daarvoor noodzakelijk? Hoe wordt het effect van het middel op nationaal werkgelegenheidsbeleid door de rechter beoordeeld? Die vragen komen in het tweede deel van dit hoofdstuk aan de orde waarin het proces- en bewijsrecht zoals zich dat ontwikkeld heeft in de Europese jurisprudentie en anti-discriminatie richtlijnen wordt besproken.³

DEEL I

2.2 MATERIEEL JURIDISCH KADER

2.2.1 *Van een economische naar ook een sociale context voor gelijke behandeling*

Het gelijkebehandelingsrecht in Europese verdragen en richtlijnen heeft zich inhoudelijk ontwikkeld langs de politieke, economische en sociale lijnen van Europees beleid en de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU. De Europese regelgeving met betrekking tot gelijke behandeling op het gebied van de arbeid en beroep is tot stand gekomen in het kader van het Europees Sociaal beleid. Samen vormen zij een deel van het Europees Sociaal Model dat is gericht op verhoging van de werkgelegenheid: door discriminatiebestrijding, solidariteit tussen de generaties en mobiliteit. Het Europees Sociaal beleid heeft door de ontwikkeling van een uniek sociaal model een centrale rol gespeeld bij de opbouw van een sterke economie in Europa.⁴ Bij de bepaling en de uitvoering van haar beleid en optreden

3. Bewijslastrichtlijn 97/80/EG, Sekserichtlijn 2006/54, Rassenrichtlijn 2000/43, Richtlijn 2000/78.

4. Mededeling Europese Commissie: Een Agenda voor het sociaal beleid, 28 juni 2000, COM (2000) 379, voorwoord.

streeft de Unie naar de bestrijding van iedere vorm van discriminatie, dus ook op grond van leeftijd.⁵ De Raad van Europa kan – binnen de grenzen van de Europese verdragen – passende maatregelen nemen om discriminatie te bestrijden.⁶

Het gelijkebehandelingsvraagstuk speelde zich aanvankelijk alleen af in economische context en pas later ook in sociale context. De samenwerking van de Europese Economische Gemeenschap was gebaseerd op economische doelstellingen waardoor het beginsel van gelijke behandeling eerst vanuit een economische invalshoek werd benaderd. De gelijke beloningsbepaling op grond van geslacht in artikel 119 EEG van het Verdrag van Rome had oorspronkelijk tot doel om competitief voordeel van goedkope vrouwelijke arbeid tegen te gaan.⁷ Het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid is thans geregeld in artikel 157 VWEU.

Dat zuiver economische uitgangspunt werd echter in 1976 verlaten. In het arrest Defrenne II heeft het Hof van Justitie EU aan het beginsel van gelijke beloning op grond van geslacht, voor het eerst zowel een economisch als een sociaal doel toegekend.⁸ De zaak werd in eerste instantie vanuit mededingingsrechtelijk perspectief beoordeeld: de ondernemingen die gevestigd waren in lidstaten waar de loondiscriminatie van vrouwen reeds was afgeschaft verkeerden in een ongunstigere positie ten opzichte van ondernemingen in lidstaten waar het recht op gelijke beloning nog niet in sociale wetgeving was ingevoerd. Maar het Hof van Justitie EU hield het hier niet bij en had ook oog voor de sociale doelstelling van het beginsel van gelijke beloning op grond van geslacht. Het Hof van Justitie EU vond het van belang dat dit artikel was opgenomen in het hoofdstuk Sociale Politiek Verdrag EG, waarmee de noodzaak om de levensstandaard en de arbeidsvoorwaarden van werknemers te bevorderen, door het Hof van Justitie EU werd erkend.

In 2007 introduceerde het Verdrag van Lissabon de sociale markteconomie als een van de belangrijkste doelstellingen van de Unie, waardoor economische en sociale doelstellingen werden geïntegreerd.⁹ In het EU-Verdrag en het EU-Werkingsverdrag zijn alle doelstellingen van de Unie samengebracht en verbonden met aspecten zoals economische en sociale cohesie, duurzaamheid, de interne markt en de mededinging.¹⁰ De huidige rol van de Europese Unie in het kader van de werkgelegenheids- en sociale politiek vindt haar constitutionele basis in het EU-Werkingsverdrag. Artikel 151 VWEU bepaalt dat de Unie en de lidstaten zich ten doel

5. Artikel 10 VWEU.

6. Artikel 19 VWEU.

7. Rönmar, *Labour and Equality Law*, par. 20.4.1, *EU Law*, edited by Barnard and Peers, OUP, p. 609.

8. HvJ EU 8 april 1976, C-43/75, *Defrenne II*, EUR-Lex 61975J0043, punt 12.

9. Artikel 3.3 VEU.

10. Cremona, *EU Enlargement; Solidarity and Conditionality*, *ELR* (2005) 30:1, pp. 3-22.

stellen om de werkgelegenheid te bevorderen en een hoog werkgelegenheidsniveau mogelijk te maken.¹¹ Daarbij wordt aangesloten bij de sociale doelstellingen en grondrechten zoals vastgelegd in het Europees Sociaal Handvest en het Gemeenschapshandvest van de Sociale Grondrechten van de Werkenden.

2.2.2 *Internationale ontwikkeling van het gelijkebehandelingsrecht*

Het recht op gelijke behandeling en de bescherming tegen discriminatie is een internationaal erkend grondrecht. Gelijkheid voor de wet en bescherming van eenieder tegen discriminatie is op 10 december 1948 als universeel recht door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties in New York in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens erkend en ook in latere VN Verdragen als zodanig gedefinieerd.¹²

Het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) is in navolging van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens op 4 november 1950 in Rome tot stand gekomen. In dit verdrag wordt onderscheid op welke grond ook verboden ten aanzien van de burgerlijke en politieke rechten en vrijheden. Artikel 14 EVRM noemt een aantal discriminatiegronden ten aanzien van de burgerlijke en politieke rechten en vrijheden, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.¹³ Leef-tijd wordt in het EVRM dus niet onder het verboden onderscheid ten aanzien van de burgerlijke en politieke rechten en vrijheden begrepen. In protocol 12 bij het EVRM is een algemeen discriminatieverbod vastgesteld.¹⁴ Artikel 2 lid 1 van dit Protocol breidt het discriminatieverbod uit tot alle juridische en feitelijke handelingen van de overheid.¹⁵ De nationale rechter toetst ambtshalve aan de beschermingsbepalingen van het EVRM en de Europese non-discriminatie-richtlijnen ongeacht of deze door partijen worden ingeroepen.¹⁶

Met Verdrag C 111 heeft de International Labour Organisation in Geneve (ILO) reeds in 1958 het verbod van discriminatie op het terrein van arbeid en beroep aanvaard. Onder discriminatie wordt in Conventie 111 verstaan elk onderscheid, elke uitsluiting of voorkeur gebaseerd op ras, huidskleur, geslacht, godsdienst, politieke overtuiging, nationale afstamming of sociale afkomst, leidend tot ontzeg-

11. Artikel 151 VWEU.

12. Verdrag uitbanning discriminatie van vrouwen en Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, BUPO Verdrag.

13. Artikel 14 EVRM.

14. Artikel 1 Protocol 12 bij het EVRM in werking getreden op 1 april 2005.

15. Advies Raad van State, Kamerstukken 28100 (R1705), 2001/2, 129a.

16. Handboek over het Europees non-discriminatierecht, Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten 2010.

ging of aantasting van de gelijkheid van kansen of van de behandeling inzake arbeid of beroep.¹⁷ Onderscheid op grond van leeftijd wordt niet bij de discriminatiegronden in het ILO Verdrag vermeld. Conventie 111 verplicht elke lidstaat nationaal beleid te formuleren en toe te passen, gericht op de bevordering van gelijke kansen en gelijke behandeling in arbeid en beroep.¹⁸ De aanbevelingen zijn echter niet afdwingbaar. Daarbij speelt een rol dat de organisatie ernstig aan slagkracht heeft ingeboet.¹⁹ De praktische betekenis van Conventie 111 voor de bestrijding van discriminatie op het terrein van arbeid en beroep is daardoor beperkt gebleven.²⁰

Als vervolg op het EVRM dat zich richt op de waarborging van burgerlijke en politieke rechten en vrijheden, hebben de lidstaten op 18 oktober 1961 in Turijn besloten ook de sociaal-economische rechten van burgers te reguleren. Zodoende is het Europees Sociaal Handvest (ESH) tot stand gekomen waardoor sociaal-economische rechten van burgers worden gewaarborgd. Het ESH voorziet in een aantal richtlijnen voor de aangesloten lidstaten, maar biedt geen individuele rechten aan burgers, die bij de rechter kunnen worden ingeroepen.²¹ Het Europees Sociaal Handvest is in 1996 geactualiseerd vanwege de sociale veranderingen die sedert de inwerkingtreding hadden plaatsgevonden. In deel I van de herziene versie van het ESH zijn de aangesloten landen 31 doelstellingen op het terrein van de arbeid en het beroep overeengekomen, die in deel II zijn uitgewerkt. Zo hebben alle werknemers recht op billijke arbeidsvoorwaarden en beloning, op gelijke kansen en gelijke behandeling, ten aanzien van werkgelegenheid als beroepsuitoefening zonder discriminatie op grond van geslacht, zowel bij toegang tot de arbeidsmarkt als bij de bescherming tegen ontslag en bij re-integratie in het arbeidsproces.²²

Het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (BUPO) van 19 december 1966 verbiedt discriminatie van welke aard ook en garandeert eenieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, dus ook op grond van leeftijd. In het BUPO verdrag wordt een aantal discriminatiegronden genoemd zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status, maar ook deze lijst is niet limitatief.²³

De Europese Raad van Kopenhagen heeft reeds in 1993 besloten dat de eerbiediging van de grondrechten een belangrijk criterium was voor toetreding tot de Unie

17. Artikel 1 lid 1 onder a ILO Conventie 111, 1958.

18. Artikel 3 ILO Conventie 111, 1958.

19. Zie: Van der Heijden, De ILO: struikelend op weg naar de 100, TRA 2017/36.

20. Zie Heemskerk, De arbeidsdeelname van oudere werknemers, BJu, par. 2.2.4.

21. Ellis & Watson, EU Anti-Discrimination Law, Oxford University Press, p. 112.

22. Artikel 20 deel I en II, herziene versie ESH, Straatsburg, 3 mei 1996, Trb. 2004, 13.

23. Artikel 26 Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, 19 december 1966, Trb. 1978, 77.

en dat deze grondrechten in het Verdrag EU zelf nadrukkelijker moesten worden verankerd. Al doende zijn in het EU-Verdrag de waarden waarop de Unie berust – zij het in algemene bewoordingen – gedefinieerd als eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen in een samenleving die gekenmerkt wordt door pluralisme, non-discriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en gelijkheid van vrouwen en mannen.²⁴

De Unie streeft naar de bestrijding van iedere vorm van discriminatie, dus ook op grond van leeftijd.²⁵ In het EU-Werkingsverdrag is de uitvoering van het beleid en het optreden van de Unie gereguleerd. Zo kan de Raad van Europa – binnen de grenzen van de Europese Verdragen – passende maatregelen nemen om discriminatie te bestrijden.²⁶ De rol van de Europese Unie in het kader van de werkgelegenheid en sociale politiek vindt haar basis in het EU-Werkingsverdrag²⁷ waarbij aangesloten wordt bij de doelstellingen van het Europees Sociaal Handvest.²⁸

De bepalingen in het ESH vormden een inspiratiebron voor het Gemeenschapshandvest van de Sociale Grondrechten van de Werkenden, dat de basis vormde voor de ontwikkeling van het Europees Sociaal Model.²⁹ Het EU-Handvest van de Grondrechten is weer een uitwerking van het Gemeenschapshandvest van de Sociale Grondrechten van de Werkenden en op 7 december 2000 in Nice geratificeerd.³⁰ Het EU-Handvest van de Grondrechten was aanvankelijk niet bindend, maar heeft sinds de invoering van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 dezelfde status gekregen als de EU-Verdragen.³¹ De bepalingen zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie, en tot de lidstaten uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie toepassen.³² In de preambule van het EU-Handvest van de Grondrechten worden de rechten die voortvloeien uit de constitutionele tradities en de internationale verplichtingen die de lidstaten gemeen hebben, weergegeven.³³ Dat betekent echter niet dat de bepalingen van het EU-Handvest van de Grondrechten een verruiming vormen van de bevoegdheden van de Unie ten opzichte van de EU-Verdragen.³⁴

24. Artikel 2 VEU.

25. Artikel 10 VWEU.

26. Artikel 19 VWEU.

27. Titel IX en X.

28. Artikel 151 VWEU.

29. Straatsburg, 1989, geratificeerd door 12 lidstaten behalve het VK.

30. Nice, 7 december 2000.

31. Artikel 6 VEU.

32. Artikel 51 EU-Handvest van de Grondrechten.

33. Preambule EU-Handvest van de Grondrechten, 18 december 2000/C364/01.

34. Artikel 6 lid 1 VEU.

In hoofdstuk III van het EU-Handvest van de Grondrechten zijn de grondrechten van de Unie, zoals de menselijke waardigheid en het gelijkheidsbeginsel verankerd.³⁵ Daaronder wordt verstaan: de gelijkheid van eenieder voor de wet,³⁶ de eerbiediging van verscheidenheid van cultuur, godsdienst en taal,³⁷ de waarborging van de gelijkheid van vrouwen en mannen met inbegrip van werkgelegenheid, beroep en beloning,³⁸ de bescherming van de rechten van het kind,³⁹ de erkenning en de eerbiediging van het recht van personen met een handicap.⁴⁰ De eerbiediging van het recht van ouderen om een waardig en zelfstandig leven te leiden en aan het maatschappelijk en cultureel leven deel te nemen, is als fundamenteel recht in het EU-Handvest van de Grondrechten opgenomen.⁴¹

Het verbod van discriminatie is geregeld in artikel 21 van het EU-Handvest van de Grondrechten dat de meest uitgebreide, maar niet limitatieve opsomming van discriminatiegronden omvat, zoals geslacht, ras, kleur, etnische of sociale achtergrond, genetische kenmerken, taal, religie of geloof, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid.⁴² We zullen hierna in de jurisprudentie zien, dat de bescherming tegen discriminatie op grond van leeftijd als bedoeld in artikel 21, telkens moet worden gelezen in de context artikel 15 EU-Handvest van de Grondrechten, waarin het recht op arbeid en beroep is vastgelegd.⁴³ Dat geldt in het bijzonder in relatie tot de arbeidsparticipatie van oudere werknemers, in het licht van de tegengestelde werkgelegenheidsdoelstellingen zoals die van actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties.⁴⁴

Het Verdrag van Lissabon voorziet in de toetreding van de Europese Unie tot het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens.⁴⁵ De grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het EVRM en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, maken als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie.⁴⁶ Het algemene gelijkheidsbeginsel vormt zodoende de basis voor het Europees gelijkebehandelingsrecht waarbij uitgangspunt is dat dezelfde situaties niet anders zullen worden behandeld tenzij daar een objectieve rechtvaardiging voor bestaat. De toetreding van de EU tot het EVRM is

35. Titel III Gelijkheid EU-Handvest van de Grondrechten.

36. Artikel 20 EU-Handvest van de Grondrechten.

37. Artikel 22 EU-Handvest van de Grondrechten.

38. Artikel 23 EU-Handvest van de Grondrechten.

39. Artikel 24 EU-Handvest van de Grondrechten.

40. Artikel 26 EU-Handvest van de Grondrechten.

41. Artikel 25 EU-Handvest van de Grondrechten.

42. Artikel 21 EU-Handvest van de Grondrechten.

43. Ellis & Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, OUP, p. 281.

44. HvJ EU 21 juli 2011, C-159/10, Fuchs, C-160/10, Köhler, EUR-Lex 62010CJ0159.

45. Artikel 6 lid 2 VEU.

46. Artikel 6 lid 3 VEU.

echter nog geen feit. Het toetredingsakkoord moet voldoen aan bepaalde voorwaarden die waarborgen dat de toetreding geen afbreuk doet aan de bevoegdheden van de Unie en die van haar instellingen.⁴⁷ Het Hof van Justitie EU heeft echter geconcludeerd dat het ontwerpakkoord inzake de toetreding van de EU tot het EVRM onverenigbaar is met de bepalingen van het Unierecht en dat het EVRM en het EU-Handvest van de Grondrechten beter op elkaar moeten worden afgestemd.⁴⁸

2.2.3 *Gelijkebehandelingsrecht bij de arbeid en het beroep in de EU*

Het arbeids- en gelijkebehandelingsrecht is op Europees niveau geregeld door een complexe mix van verdragen, grondrechten, algemene beginselen van Europees recht, richtlijnen, Europese collectieve arbeidsovereenkomsten en de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU. Het merendeel van het arbeids- en gelijkebehandelingsrecht is in Europese richtlijnen geregeld en door de lidstaten in nationale wetgeving geïmplementeerd. Volgens het subsidiariteitsbeginsel komt het arbeidsrecht door de nationale wetgever en tussen sociale partners tot stand, waardoor een enorme verscheidenheid in arbeids- en medezeggenschaprecht tussen de lidstaten is ontstaan.⁴⁹

Het Europees gelijkebehandelingsrecht bood tot 1999 alleen bescherming tegen discriminatie op grond van nationaliteit en geslacht. Sinds het Verdrag van Amsterdam van 1 mei 1999 heeft de Unie de discriminatie gronden uitgebreid naar de mogelijkheid om leeftijdsdiscriminatie bij arbeid en beroep te bestrijden.⁵⁰ Het Verdrag van Amsterdam heeft de basis gelegd voor een actief non-discriminatiebeleid op gemeenschapsniveau waardoor de beginselen van vrijheid, democratie en de eerbiediging van de grondrechten de grondslag vormen van de Unie. Het Verdrag van Amsterdam mag in dat verband worden gezien als belangrijke stap voorwaarts.⁵¹ De bevoegdheid tot bestrijding van leeftijdsdiscriminatie heeft na het Verdrag van Amsterdam geleid tot Richtlijn 2000/78 dat een algemeen kader biedt voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid.⁵² De discriminatiegronden in de richtlijn zijn minder ruim geformuleerd dan in artikel 21 EU-Handvest van de Grondrechten en beperken zich nadrukkelijk tot het terrein van de arbeid en het beroep.

47. Protocol nr. 8 betreffende artikel 6 lid 2 VEU.

48. HvJ EU, Perscommuniqué 180/14.

49. Mia Rönnmar, *Labour and Equality Law*, par. 20, EU Law, edited by Barnard and Peers, OUP, p. 592.

50. Artikel 13 VEG (artikel 19 VWEU).

51. Memorie van Toelichting Verdrag van Amsterdam Tweede Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 25 922 (R 1613), 3.

52. Artikel 1 Richtlijn 2000/78, zie: Heemskerk, *De Arbeidsdeelname van oudere werknemers*, BJu, par. 2.3.2.

De inclusie van leeftijdsdiscriminatie in Richtlijn 2000/78 is waarschijnlijk het gevolg van de steeds ouder wordende bevolking in de EU. De demografische ontwikkelingen hebben de vraag om een juridisch kader waardoor oudere werknemers langer kunnen doorwerken, alleen maar gestimuleerd.⁵³ De preambule van Richtlijn 2000/78 verwijst dan ook expliciet naar de sociale en economische integratie van ouderen en de noodzaak om oudere werknemers te ondersteunen bij de deelname aan het arbeidsproces.⁵⁴

Volgens Fredman is de grond om leeftijdsdiscriminatie te bestrijden niet alleen ingegeven door een algeheel gevoel van rechtvaardigheid, maar ook door zakelijke motieven en macro-economische aspecten.⁵⁵ Schiek vraagt zich af in hoeverre economische motieven het Europees non-discriminatie beleid dat bedoeld is om de waardigheid van oudere mensen te beschermen tegen stereotypen en om leeftijdsdiscriminatie van oudere werknemers in zijn algemeenheid te bestrijden, in gevaar brengt.⁵⁶ Sargeant constateert dat er een zekere tegenstrijdigheid zit in de doelstellingen van Richtlijn 2000/78, die enerzijds zijn gericht op de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie vanuit individueel mensenrechten perspectief, maar anderzijds tot doel hebben om de arbeidsparticipatie van ouderen te bevorderen. Deze twee uitgangspunten zijn niet complementair, maar eerder tegenstrijdig aan elkaar, omdat actief ouder worden uitgaat van positieve discriminatie van de oudere generatie werknemers.⁵⁷ De bevordering van solidariteit tussen de generaties gaat daarentegen uit van de doorstromingsgedachte dat de oudere generatie plaats maakt voor de jongere generatie op de arbeidsmarkt. Swift signaleert dat er juist in het arbeidsrecht een groeiende discrepantie is waar te nemen tussen enerzijds de promotie van gelijke behandeling, maar anderzijds een toenemende acceptatie van ongelijkheid.⁵⁸ Buiten het terrein van de arbeid en beroep is er namelijk geen aanleiding voor wetgeving op het gebied van leeftijdsdiscriminatie. In dit onderzoek wordt dan ook bekeken hoe de rechter deze – niet complementaire – werkgelegenheidsdoelstellingen benadert bij de vraag of afgeweken kan worden van het verbod op leeftijdsdiscriminatie en welke rol het recht op werk zoals bedoeld in artikel 15 EU-Handvest van de Grondrechten in dat kader bij de beoordeling speelt.

53. Damian Chalmers e.a., *EU Law*, Cambridge University Press, 2009, 5e druk, p. 892 en 893.

54. Considerans art. 6 en 8, Zie: Ellis & Watson, *EU-Anti Discrimination Law*, Oxford University Press (2012), 41, noot 226.

55. Ellis & Watson, p. 893, S. Fredman, *Discrimination Law*, Oxford University Press (2002), p. 62.

56. D. Schiek, *Age discrimination before the ECJ, Conceptual and Theoretical issues*, *CML Rev* (2011) 48, p. 779.

57. Sargeant, *For Diversity, Against Discrimination: the Contradictory Approach to Age Discrimination in Employment*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (2005) 21:4, pp. 629-44.

58. Jonathan Swift, *Justifying Age Discrimination*, *Industrial Law Journal* (2006), 356, pp. 228-44.

Leeftijdscriminatie is uniek en een specifieke vorm van discriminatie, die niet op alle vlakken goed te vergelijken is met andere discriminatiegronden zoals handicap, ras, geslacht of seksuele geaardheid.⁵⁹ Leeftijd bevat geen strikte vergelijking tussen bijvoorbeeld blank en zwart, man en vrouw.⁶⁰ Het discriminatieverbod op deze gronden beschermt tegen sociale afwijzing en uitsluiting. Leeftijd daarentegen, is een met de tijd schuivend criterium waarbij iedereen ooit in alle veronderstelde voor- of nadelige posities zal verkeren.⁶¹ Leeftijd is onderhevig aan een constante verandering afhankelijk van de fase van het ouderdomsproces en dat heeft consequenties voor de verschillende stadia in arbeid en beroep.⁶² Leeftijd wordt traditioneel gezien als een legitieme factor voor verschil in behandeling tussen werknemers.⁶³ Elke werknemer wordt gedurende zijn of haar arbeidzame leven geconfronteerd met de voor- en nadelen van een bepaalde leeftijd in het arbeidsproces.⁶⁴ Sterftetabellen wijzen uit dat iedereen langer leeft dan vroeger, hetgeen consequenties heeft voor het moment van pensionering en de duur van het arbeidzame leven. Deze demografische ontwikkelingen bepalen al sedert eind vorige eeuw het Europees Sociaal beleid. Schiek constateert dat de verschillende stadia in de traditionele arbeidscyclus tot het moment van pensioen hierdoor drastisch is veranderd.⁶⁵ Arbeid en beroep zijn sleutelementen voor het waarborgen van gelijke kansen voor eenieder die een belangrijke bijdrage leveren aan de deelname van burgers aan het economische, culturele en sociale leven.⁶⁶ Richtlijn 2000/78 en het Europees Sociaal beleid hebben ervoor gezorgd dat het arbeidsrecht thans wordt gezien als onderdeel van werkgelegenheidsbeleid.⁶⁷

2.2.4 *Algemeen beginsel van Unierecht*

Richtlijnen hebben verticale werking en zijn gericht tegen lidstaten. Lidstaten zijn verplicht om de bepalingen van de richtlijn in nationale wetgeving te implementeren. Een richtlijn kan de rechten van burgers niet direct beschermen en evenmin verplichtingen aan particulieren opleggen. Doordat een richtlijn in beginsel geen horizontale werking heeft, is de vraag of de bepalingen in geval van discriminatie rechtstreeks door particulieren kunnen worden ingeroepen. In de Europese rechtspraak is een ontwikkeling te zien waarbij het verbod van discriminatie als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is erkend, waardoor particulieren daar

59. Meenan, *Age Equality after the Employment Directive*, MJ (2003) 1, p. 12 e.v.

60. Ellis & Watson, *EU-Anti Discrimination Law*, OUP (2012), p. 42.

61. Veldman, *Gedwongen pensioenontslag geoorloofd nationaal instrument van werkgelegenheidsbeleid?* ArA (2008) 1, p. 86.

62. Tobler, *Indirect Discrimination*, Intersentia (2005), p. 291.

63. Fredman, *Discrimination Law*, OUP (2002), p. 59 e.v.

64. Swift, *Justifying Age Discrimination*, *Industrial Law Journal* (2006), 35:3, p. 231.

65. Schiek, *Age discrimination before the ECJ, Conceptual and Theoretical issues*, CMLReview (2011) 48, pp. 777-99.

66. Considerans punt 9 Richtlijn 2000/78.

67. Rönmar, *Labour and Equality Law, EU Law*, edited by Barnard and Peers, OUP, par. 20, p. 595.

direct een beroep op kunnen doen. Biedt dit voldoende bescherming voor de burger nu het verbod van discriminatie als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is erkend?

In de zaak Defrenne III tegen Sabena heeft het Hof van Justitie EU voor het eerst het beginsel van gelijke behandeling op grond van geslacht als grondrecht van gemeenschapsrecht erkend.⁶⁸ In Mangold speelde die vraag ten aanzien van onderscheid naar leeftijd tussen een werkgever en werknemer bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Nu dit een geschil tussen particulieren betrof vroeg de verwijzende rechter zich af of de bepalingen van nationaal recht die niet verenigbaar waren met het gemeenschapsrecht, buiten toepassing moesten worden gelaten.⁶⁹ Het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep is niet in Richtlijn 2000/78 zelf verankerd, omdat de richtlijn een algemeen kader biedt voor de bestrijding van discriminatie.⁷⁰

In Mangold erkent het Hof van Justitie EU het verbod van discriminatie als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht onder verwijzing naar internationale verdragen, zoals het EVRM, de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en ILO Conventie 111. In de considerans van Richtlijn 2000/78 is overwogen, dat de Unie de grondrechten, die worden gewaarborgd door het EVRM en zoals die uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, eerbiedigt als algemene beginselen van gemeenschapsrecht.⁷¹ Het verbod van discriminatie op grond van leeftijd bij de arbeid en het beroep wordt hierdoor als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht aangemerkt.⁷² Daarmee heeft het Mangold-arrest een opening geboden aan particuliere partijen om in geval van leeftijdsdiscriminatie een beroep te doen op algemene beginselen van Europees recht in horizontale situaties. Het is aan de nationale rechter om de volle werking van het algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd te verzekeren door elke strijdige nationale bepaling buiten toepassing te laten, ook wanneer de termijn van omzetting van de richtlijn nog niet is verstreken.⁷³

In navolging op Mangold bevestigt het Hof van Justitie EU ook in Küçükdeveci het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.⁷⁴ Dit arrest is een verduidelijking van de gevolgde aanpak in Mangold. Het betrof een geschil tussen twee private partijen, te weten werkgever

68. HvJ EU 15 juni 1978, C-149/77, Defrenne vs. Sabena, EUR-Lex 61977CJ0149.

69. HvJ EU 22 november 2005, C-144/04, Mangold v. Helm, EUR-Lex 62004CJ0144.

70. Mangold, punt 74.

71. Considerans 1 en 4 Richtlijn 2000/78.

72. Mangold, punt 75.

73. Mangold, punt 78.

74. Berkhout, Discriminatie, directe werking van rechtsbeginselen en doorwerking van richtlijnen, ArA 2010 (9) 2.

Swedex en werknemster Küçükdeveci, over de leeftijdsafhankelijke opzegtermijn van haar arbeidsovereenkomst. Swedex had bij de berekening van de opzegtermijn de werkzame jaren voor de 25-jarige leeftijd niet meegenomen. Küçükdeveci deed een beroep op leeftijdsdiscriminatie. Haar beroep slaagt, omdat het Hof van Justitie EU de wettelijke bepaling, die de gewerkte jaren voor de 25-jarige leeftijd, niet betreft bij de duur van de opzegtermijn, in strijd acht met het Unierecht.⁷⁵

Muir is van mening dat de arresten Mangold en Küçükdeveci een interessante dimensie toevoegen aan het lopende debat over de relatie tussen voorrang en rechtstreekse werking en de definitie van de effecten van het Europees recht op particulieren.⁷⁶ Volgens Muir beïnvloedt de relatie tussen voorrang en rechtstreekse werking de fundamentele dynamiek van de juridische orde in de EU.⁷⁷ Voorrang en rechtstreekse werking zijn cruciale juridische instrumenten die het bereik van Europees recht in nationaal recht en de relevantie voor individuen definiëren.

Volgens De Mol staat het leerstuk van de horizontale directe werking echter nog in de kinderschoenen en ontbreekt een precieze definiëring.⁷⁸ De Mol geeft een heldere analyse van de gevolgd – vier stappen – aanpak in beide arresten.⁷⁹ De eerste stap is de vaststelling, dat het verbod van discriminatie op grond van leeftijd niet is neergelegd of verankerd in Richtlijn 2000/78, maar een algemeen beginsel van het recht van de Unie is. De tweede stap is dat het algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd als zelfstandige toetsingsgrond voor nationale wetgeving in een geding tussen particulieren kan dienen, ondanks specifieke Uniewetgeving (Richtlijn 2000/78). De derde stap is dat het algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd wordt ingevuld of geconcretiseerd met behulp van de artikelen 2 en 6 van de richtlijn. Deze bepalingen vormen de facto het toetsingskader, waardoor aan de artikelen 2 en 6 van de richtlijn een zelfstandige betekenis wordt toegekend. De laatste stap is, dat nationaal recht dat in strijd is met het Unierecht, door de nationale rechter buiten toepassing moet worden gelaten waardoor de volle werking van het verbod van discriminatie als algemeen beginsel van Unierecht wordt gewaarborgd. Volgens De Mol is het resultaat van deze arresten dat een zo groot mogelijke effectiviteit van het verbod van discriminatie op grond van leeftijd wordt gegarandeerd nu het recht op discriminatie door mevrouw Küçükdeveci rechtstreeks tegenover haar werkgever te gelde kon worden

75. HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, Küçükdeveci v. Swedex, EUR-Lex 62007CJ0555.

76. Elise Muir, *Of Ages in – and Edges of – EU Law*, *Common Market Law Review* (2011) 48 (1), pp. 39-62.

77. Muir, p. 39.

78. Mol de, *De horizontale directe werking van de grondrechten van de EU*, *SEW* (2016) 11, p. 459.

79. HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, Küçükdeveci v. Swedex, EHRC 2010/42, noot M. de Mol.

gemaakt.⁸⁰ De arresten Mangold en Küçükdeveci maken in ieder geval duidelijk dat private partijen in geval van leeftijdsdiscriminatie een beroep kunnen doen op het algemeen beginsel van Unierecht en dat de rechter nationaal recht dat in strijd is met het algemeen beginsel van Unierecht, buiten toepassing moet laten.

Overigens is de verplichting om een leeftijdsdiscriminerende nationale bepaling buiten toepassing te laten, niet alleen beperkt tot de nationale rechter, maar strekt zich ook uit tot nationale overheidsorganen en andere autoriteiten, zoals het Equality Tribunaal in Ierland.⁸¹

2.2.5 *Rechtszekerheidsbeginsel en beginsel bescherming gewettigd vertrouwen*

De vraag hoe het algemeen beginsel zich verhoudt tot het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen, speelde in de zaak Dansk Industri tegen de erven Rasmussen.⁸² Volgens de Deense wetgeving heeft een werknemer geen recht op ontslagvergoeding wanneer een aanspraak op ouderdomspensioen bestaat, ongeacht of de werknemer bij beëindiging van het dienstverband ook daadwerkelijk met pensioen gaat. De speciale ontslagvergoeding was bedoeld om de herintreding in het arbeidsproces van werknemers te bevorderen.⁸³ Rasmussen die de pensioengerechtigde leeftijd had bereikt, kwam wegens zijn aanspraak op ouderdomspensioen, niet in aanmerking voor de wettelijke ontslagvergoeding. Rasmussen wilde echter actief blijven op de arbeidsmarkt en heeft ook daadwerkelijk een andere dienstbetrekking aanvaard, waardoor hij – tijdelijk – afzag van ouderdomspensioen. Rasmussen claimde vervolgens de wettelijke ontslagvergoeding van drie maanden. De Deense Zee en Handelsrechtbank wees de vordering toe en verklaarde de Deense wetgeving buiten toepassing, onder verwijzing naar de zaak Ingeniorforeningen i Danmark (Andersen).⁸⁴ Dansk Industri ging in hoger beroep wegens strijd met het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen. De vraag was of het rechtszekerheids- en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen, voorrang moest krijgen boven het algemeen Unierechtelijk verbod van discriminatie op grond van leeftijd. De verwijzende rechter vroeg zich af of het algemene Unierechtelijke verbod van discriminatie door een werknemer tegen zijn particuliere werkgever kon worden ingeroepen om de werkgever tot betaling van de ontslagvergoeding te verplichten, ofschoon die werkgever daartoe

80. Mol de, De horizontale directe werking van de grondrechten van de EU, SEW (2016) 11, p. 458 e.v.

81. HvJ EU 4 december 2018, C-378/17, Min. Justice and Equality Ireland, EUR-Lex 62017CJ0378.

82. HvJ EU 19 april 2016, C-441/14, Dansk Industri, EUR-Lex 62014CJ0441.

83. Haket, Dansk Industri: Nadere afbakening grenzen aan richtlijnconforme interpretatie en horizontale werking algemeen Unierechtelijk beginsel? NtER (2016) 7, p. 237.

84. HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08, Ole Andersen, EUR-Lex 62008CJ0499.

volgens Deens recht niet gehouden was.⁸⁵ De nationale rechter is immers gehouden zoveel mogelijk richtlijn conform te interpreteren tegen de achtergrond van de bewoordingen en het doel van de richtlijn.⁸⁶ Het Deense Hoogerechtshof had de ontslagbepaling tot dan toe steeds uitgelegd op een wijze die onverenigbaar was met het Unierecht en kwam tot de conclusie dat richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk was. Het Hof van Justitie EU oordeelt dat de volle werking van het Unierecht dient te worden verzekerd door de met het algemene verbod van discriminatie op grond van leeftijd onverenigbare nationale bepaling buiten toepassing te laten.⁸⁷ De rechter is dus verplicht om nationale bepalingen die niet in overeenstemming zijn met het Europeesrechtelijk verbod van leeftijdsdiscriminatie, buiten toepassing te laten waaraan het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen niet afdoen.⁸⁸

2.3 EUROPEES TOETSINGSKADER LEEFTIJDSDISCRIMINATIE

De Europese leeftijdsdiscriminatie jurisprudentie heeft zich sedert de invoering van Richtlijn 2000/78 in rap tempo ontwikkeld. Het recht op gelijke behandeling is een belangrijk onderdeel van het arbeidsrecht en de vele discriminatiezaken op het terrein van arbeid en beroep die aan het Hof van Justitie EU zijn voorgelegd hebben in belangrijke mate bijgedragen aan de ontwikkeling van het Europees gelijkebehandelingsrecht. De afgelopen jaren heeft het Hof van Justitie EU zich over diverse leeftijdsdiscriminatiezaken gebogen waarbij de vraag aan de orde was of sprake was van een (in)direct op leeftijd gebaseerd verschil in behandeling.

Wat is het toetsingskader van de rechter bij de vraag of afgeweken kan worden van het verbod op leeftijdsdiscriminatie? De Europese rechter toetst de nationale bepaling aan het algemeen Unierechtelijk verbod van discriminatie op grond van leeftijd, het EU-Handvest van de Grondrechten en Richtlijn 2000/78. In geval van leeftijdsdiscriminatie moet de nationale rechter de wettelijke bepaling bij strijd met Richtlijn 2000/78 of artikel 21 EU-Handvest van de Grondrechten, buiten werking stellen. De nationale rechter toetst daarbij ambtshalve aan de beschermingsbepalingen van het EVRM en de Europese non-discriminatie-richtlijnen, ongeacht of deze door partijen worden ingeroepen.

Bij de toetsing van de vraag of sprake is van (een uitzondering op) leeftijdsdiscriminatie zullen de volgende stappen in het beoordelingsproces door de rechter worden gevolgd. De eerste stap ziet op de reikwijdte en de werkingssfeer van

85. HvJ EU 19 april 2016, C 441/14, Dansk Industri, EUR-Lex 62014CJ0441, punt 15.

86. Dansk Industri, punt 31.

87. Haket, Dansk Industri: nadere afbakening grenzen aan richtlijnconforme interpretatie en horizontale werking algemeen Unierechtelijk beginsel? NtER (2016) 7, p. 237.

88. Mol de, De horizontale directe werking van de grondrechten van de EU, SEW (2016) 11, p. 466.

Richtlijn 2000/78 en de tweede stap betreft het onderzoek of sprake is van een verschil in behandeling, hetgeen in de volgende paragrafen van dit hoofdstuk aan de orde komt. Nadat de rechter heeft vastgesteld dat er in dat specifieke geval sprake is van (in) directe leeftijdsdiscriminatie wordt vervolgens getoetst of er grond is voor een uitzondering op het verbod van leeftijdsdiscriminatie. De derde stap ziet op de vraag of sprake is van een objectief gerechtvaardigd legitiem doel op het terrein van de werkgelegenheid en de arbeidsmarkt en de vierde stap op de vraag of de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn. In de hoofdstukken 4 en 5 wordt de legitimiteitstoets behandeld als derde stap en in hoofdstuk 6 de proportionaliteitstoets, als laatste stap in het beoordelingsproces naar de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie.

2.3.1 *Werkingsfeer Richtlijn 2000/78*

De eerste stap in het beoordelingsproces ziet op de vraag of de wettelijke of cao-bepaling onder de reikwijdte van de richtlijn valt. In artikel 3 van de richtlijn zijn de kaders waarbinnen de richtlijn van toepassing is aangegeven, maar ook de uitzonderingen die in beginsel voor alle discriminatiegronden van de richtlijn gelden. De richtlijn is van toepassing op alle personen die werkzaam zijn in de particuliere en in de overheidssector zowel bij indiensttreding, werving en selectie, werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden, ontslag en beloning, bevordering en toegang tot een beroepsopleiding.

De richtlijn is echter niet van toepassing bij verschillen in behandeling op grond van nationaliteit en doet geen afbreuk aan voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen en staatlozen tot dan wel op het grondgebied van de lidstaten.⁸⁹ De richtlijn is evenmin van toepassing op uitkeringen van welke aard dan ook, die worden verstrekt door wettelijke of socialezekerheidsstelsels.⁹⁰ Lidstaten hebben specifiek in geval van discriminatie op grond van handicap of op grond van leeftijd, de mogelijkheid te bepalen dat de richtlijn, niet van toepassing is op de strijdkrachten.⁹¹

Discriminatie op grond van leeftijd is uniek en een specifieke vorm van discriminatie. De rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie verschilt van alle andere discriminatiegronden waarvoor geen specifieke rechtvaardigingsgronden bestaan.⁹² Artikel 6 lid 1 van de richtlijn biedt aan de lidstaten namelijk een ongelimiteerde mogelijkheid om leeftijdsdiscriminatie te rechtvaardigen als sprake is van een legi-

89. Artikel 3 lid 2 Richtlijn 2000/78.

90. Artikel 3 lid 3 Richtlijn 2000/78 en 157 lid 2 VWEU.

91. Artikel 3 lid 4 Richtlijn 2000/78.

92. Waddington en Bell, *More Equal than others: Distinguishing European Union Equality Directives*, CMLReview (2001) 38, p. 599.

tiem doel en het middel om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk is. In de hoofdstukken 4 tot en met 6 zal verder uitvoerig worden ingegaan op de vraag of er grond is voor rechtvaardiging van leeftijdscriminatie in het licht van de werkgelegenheidsdoelstellingen actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties.

Naast de algemene uitzonderingsbepaling kent de richtlijn nog een aantal specifieke uitzonderingen voor discriminatie op grond van leeftijd. Nationaal wettelijke bepalingen waarbij de pensioenleeftijd wordt vastgesteld, kunnen door de lidstaten worden uitgezonderd van discriminatie op grond van leeftijd.⁹³ Ook kunnen lidstaten de vaststelling van een toetredingsleeftijd bij socialezekerheidsregelingen, of de leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen, uitzonderen van discriminatie op grond van leeftijd, mits die bepaling niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht.⁹⁴ Hieronder worden ook het gebruik van leeftijdsriteria in actuariële berekeningen van deze pensioen- en socialezekerheidsregelingen begrepen.

Het Hof van Justitie EU heeft in een aantal zaken uitgemaakt dat verplicht pensioenontslag binnen de reikwijdte van de richtlijn valt.⁹⁵ Die vraag speelde in de zaken *Palacios de la Villa* en *Age Concern*.⁹⁶ Volgens het Hof van Justitie EU valt het pensioenontslag onder het begrip werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden met inbegrip van ontslag en beloning.⁹⁷ Het Hof van Justitie EU overweegt dat het ontslag op de pensioengerechtigde leeftijd verband houdt met de duur van de arbeidsovereenkomst. Door het ontslag wordt de werknemer belet verder deel te nemen aan het arbeidsproces. Het gaat hierbij dus niet over de bevoegdheid van de lidstaat om de pensioengerechtigde leeftijd vast te stellen, maar over de voorwaarden voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.⁹⁸

Het Hof van Justitie EU heeft een reeks arresten gewezen omtrent de vraag of een pensioenuitkering kon worden gekwalificeerd als beloning. In de zaak *Kristensen* was de vraag aan de orde of de leeftijd gerelateerde pensioenpremie onder de definitie van beloning en dus onder de werkingssfeer van de richtlijn viel.⁹⁹ De bijdragepercentages aan de verplichte bedrijfspensioenregeling van *Experian* waren leeftijd gerelateerd. Toen *Glennie Kristensen* in dienst trad bij *Experian* was zij jonger

93. Considerans 14 Richtlijn 2000/78.

94. Artikel 6 lid 2 Richtlijn 2000/78.

95. Ellis & Watson, *EU-Anti Discrimination Law*, Oxford University Press, p. 41.

96. HvJ EU 5 maart 2009, C-388/07, *Age Concern England*, EUR-Lex 62007CJ0338 punt 25, *Palacios*, punt 44.

97. Artikel 3 lid 1 onder c Richtlijn 2000/78.

98. HvJ EU 16 oktober 2007, C-411/05, *Palacios de la Villa*, EUR-Lex 62005CJ0411.

99. HvJ EU 26 september 2013, C-476/11, *Kristensen*, EUR-Lex 62011CJ0476.

dan 35 jaar, zodat de werkgeversbijdrage voor de pensioenverzekering 6% van haar basissalaris bedroeg. Voor werknemers tussen 35 en 45 jaar bedroegen de werkgeversbijdragen 8% en voor werknemers ouder dan 45 jaar 10% van het basissalaris. Kristensen vorderde na haar ontslag betaling van achterstallige pensioenpremies tegen het percentage dat van toepassing was in de hoogste leeftijdscategorie. De verwijzende rechter vroeg zich af of een bedrijfspensioenverzekering waarbij een werkgever, als bestanddeel van het salaris, pensioenbijdragen betaalt die hoger worden naar gelang de leeftijd van de werknemer, onder de reikwijdte van de richtlijn valt. Het Hof van Justitie EU vond dat hier geen sprake was van een pensioenuitkering maar achtte de pensioenpremie een bestanddeel van het salaris. De pensioenpremie werd als beloning aangemerkt.

In Toftgaard was de vraag aan de orde of een sociale verzekeringsuitkering die aan een ambtenaar met aanspraken op ouderdomspensioen werd onthouden, als beloning in de zin van de richtlijn kon worden aangemerkt.¹⁰⁰ Die vraag is voor toepassing van de richtlijn relevant. De Deense overheid betaalt wachtgeld gedurende de periode van werkloosheid ter hoogte van het salaris dat de ambtenaar voor het verval van de functie ontving. Ambtenaren die in aanmerking komen voor een ouderdomspensioenuitkering zijn echter van wachtgeld uitgesloten. Het Hof van Justitie EU kwalificeerde de Deense wachtgeldregeling als beloning omdat er een direct verband bestond met de arbeidsrelatie. Het recht op wachtgeld vervalt immers op het moment dat een vervangende post wordt aangeboden of dat de ambtenaar zich niet meer beschikbaar houdt voor een vervangende post bij de overheid.¹⁰¹

2.3.2 *Directe of indirecte discriminatie?*

Als tweede stap in het beoordelingsproces toetst de rechter of de maatregel of bepaling waarbij onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt, leidt tot (in) directe discriminatie voordat de rechter toekomt aan de beoordeling van de uitzonderingen op grond waarvan inbreuk op leeftijdsdiscriminatie zou zijn toegestaan. Wat wordt onder leeftijdsdiscriminatie verstaan en hoe valt (in) directe discriminatie te bewijzen?

Richtlijn 2000/78 biedt een algemeen kader met betrekking tot arbeid en beroep voor de bestrijding van discriminatie op grond van leeftijd, handicap, godsdienst of overtuiging en seksuele geaardheid. De discriminatiegronden in de richtlijn zijn minder ruim geformuleerd dan artikel 21 EU-Handvest van de Grondrechten. In artikel 2 van de richtlijn wordt onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan

100. HvJ EU 26 september 2013, C-546/11, Toftgaard, EUR-Lex 62011CJ0546.

101. Artikel 157 lid 2 VWEU.

de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op grond van leeftijd, godsdienst of overtuiging, handicap of seksuele geaardheid. Er is sprake van directe discriminatie wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie of zou worden behandeld.¹⁰² Discriminatie op grond van leeftijd is in de meeste gevallen het direct gevolg van een wettelijke of cao-bepaling op grond waarvan onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt. Daarbij valt te denken aan maximum en minimum leeftijden voor in- en uitdiensttreding. Het verplicht pensioenontslag is bijvoorbeeld een vorm van directe discriminatie.

Van indirecte discriminatie is sprake wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde leeftijd in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.¹⁰³

We hebben in de vorige paragraaf gezien dat alleen voor leeftijd een uitzondering geldt voor directe leeftijdsdiscriminatie. Artikel 6 lid 1 van de richtlijn biedt lidstaten namelijk uitsluitend voor leeftijd een uitzonderingsmogelijkheid voor directe leeftijdsdiscriminatie. Van indirecte discriminatie op grond van leeftijd zijn bovendien ook minder sprekende voorbeelden. Meenan noemt er een aantal zoals postacademische kwalificaties voor een functie of de kennis van een geavanceerd computerprogramma, die discriminerend kunnen werken ten opzichte van oudere werknemers. Ook bijzondere werktijdenregelingen, zoals avond- en nachtdiensten, kunnen leiden tot uitsluiting en discriminatie van werknemers op hogere leeftijd.¹⁰⁴ Wanneer door een verwijzing naar een andere hoedanigheid dan leeftijd, in het bijzonder personen van een bepaalde leeftijd worden benadeeld, dan is er sprake van indirect onderscheid.¹⁰⁵

De definitie van indirecte discriminatie in de richtlijn is een codificatie van de non-discriminatie jurisprudentie van het Hof van Justitie EU inzake het vrij verkeer van werknemers.¹⁰⁶ Zo was in de zaak van mevrouw Jenkins de vraag aan de orde of het verschil in beloning tussen fulltime en parttime werknemers, indirecte discriminatie op grond van geslacht vormde.¹⁰⁷ Mevrouw Jenkins die in deeltijd dienstverband werkte, stelde dat zij werd benadeeld ten opzichte van haar mannelijke collega's die hetzelfde werk, in volledig dienstverband verrichtten. De werkgever erkende dat het weliswaar ging om gelijkwaardig werk, maar dat het verschil in

102. Artikel 2.1 onder a Richtlijn 2000/78.

103. Artikel 2.1 onder b Richtlijn 2000/78.

104. Meenan, *Age Equality after the Employment Directive*, Maastricht Journal (2003), 10:1, p. 27.

105. Van Gernerden, *Age ain't nothing but a number?* ArbeidsRecht (2004) 32.

106. Tobler, *Indirect Discrimination*, Intersentia (2005), p. 289.

107. HvJ EU 31 maart 1981, C-96/80, Jenkins, EUR-Lex 61980J0096.

uurloon afhang van het aantal werkzame uren per week. Er is bij deze urenafhanke-lijke beloning volgens het Hof van Justitie EU sprake van discriminatie op grond van geslacht omdat de groep werknemers die in deeltijd werken, uitsluitend dan wel voornamelijk uit vrouwen bestond. Het verschil in beloning tussen werknemers met een volledig dan wel deeltijd dienstverband, is in werkelijkheid een indirect middel om het loonpeil van voornamelijk vrouwelijke deeltijd werknemers te verlagen.

In het Bilka-arrest heeft het Hof van Justitie EU uiteindelijk de criteria voor indirecte discriminatie en de justificatie daarvan geformuleerd.¹⁰⁸ Het betrof een aanvullende ouderdomspensioenregeling bij het warenhuis Bilka waarvan deeltijd werknemers waren uitgesloten, tenzij het dienstverband langer dan twintig jaar had geduurd, waarvan ten minste vijftien jaar in volledig dienstverband. In dit arrest achtte het Hof van Justitie EU dat sprake was van discriminatie op grond van geslacht, omdat de maatregel om parttime werkers uit te sluiten van de bedrijfspensioenregeling, een veel groter aantal vrouwen trof dan mannen. Bilka had aangevoerd dat de maatregel was ingevoerd met als doel om zo weinig mogelijk deeltijdwerkers tewerk te stellen. Uit deze zaak volgt dat sprake is van een vermoeden van onderscheid, wanneer de eiser aantoont dat een aanwijsbaar criterium (in dit geval ging het om het criterium deeltijd) of handelwijze, procentueel gezien, aanzienlijk meer vrouwen dan mannen benadeelt.

Het is uiterst moeilijk om discriminatie in een gerechtelijke procedure te bewijzen.¹⁰⁹ In de eerste plaats is er een verschil tussen het bewijs van directe en indirecte discriminatie. Directe discriminatie is expliciet en duidelijk gebaseerd op verboden gronden, het bewijs van indirecte discriminatie is daarentegen veel gecompliceerder. Wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling in het nadeel is van een persoon of groep van personen, dan dient die aansprakelijkheid te worden aangetoond aan de hand van statistisch bewijs. Statistisch bewijs vereist dat de groepen accuraat moeten worden geïdentificeerd, hetgeen buitengewoon moeilijk is wanneer het verschil tussen de groepen louter en alleen is gebaseerd op bijvoorbeeld leeftijd of wanneer de vergelijking meer persoonlijke details van de betrokken personen vereist.¹¹⁰ Aangetoond moet worden dat een ogenschijnlijke neutrale bepaling – bijvoorbeeld aan de hand van onbetwiste statistieken – een discriminerend effect heeft op een bepaalde groep, waarbij het aan de verweerder is om aan te tonen dat er geen relatie bestaat tussen de bepaling en de discriminatie. Het vergelijken van bepaalde leeftijdsgroepen is eveneens gecompliceerd en de groepen zullen nauwkeurig moeten worden geïdentificeerd. In het Europees recht is mede

108. HvJ EU 13 mei 1986, C-170/84, Bilka, EUR-Lex 61984CJ0170.

109. Ellis & Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, pp. 157-63.

110. Tobler, *Indirect Discrimination*, Intersentia (2005), p. 290, onder verwijzing naar De Schutter 2001, p. 105.

daarom sprake van een lichte bewijslast in gelijkebehandelingszaken.¹¹¹ Het bewijsrecht in discriminatiezaken wordt verder in het tweede deel van dit hoofdstuk behandeld.

2.3.3 *Rechtvaardiging leeftijdscriminatie*

Zoals reeds is besproken biedt artikel 6 lid 1 uitsluitend voor directe leeftijdscriminatie een uitzonderingsmogelijkheid aan de lidstaten om te bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Dergelijke verschillen in behandeling kunnen onder meer bijzondere arbeidsvoorwaarden met betrekking tot leeftijd omvatten bij ontslag en beloning van jongere en oudere werknemers, minimum en maximum leeftijdsvoorwaarden bij aanname van personeel en bijzondere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden voor jongere en oudere werknemers om hun arbeidsparticipatie te bevorderen en hun bescherming te verzekeren. De bevordering van de arbeidsparticipatie van oudere werknemers op de arbeidsmarkt is in artikel 6 lid 1 onder a van de richtlijn dus expliciet benoemd.

Deze lijst met rechtvaardigingsgronden is in artikel 6 lid 1 onder a-c opgenomen op aandringen van een aantal lidstaten gedurende het onderhandelingsproces bij de totstandkoming van de richtlijn.¹¹² De lijst is niet limitatief, maar geeft de contouren aan waarbinnen lidstaten de mogelijkheid hebben om leeftijdscriminatie te rechtvaardigen in het kader van werkgelegenheidsbeleid en de omstandigheden op de arbeidsmarkt. Door dit open systeem van rechtvaardigingsgronden onderscheidt leeftijdscriminatie zich van andere discriminatiegronden.¹¹³ De ruimere rechtvaardigingsmogelijkheden voor leeftijdscriminatie houden verband met de traditionele rol van leeftijd op de arbeidsmarkt en in het arbeidsrecht.¹¹⁴ Richtlijn 2006/54 voor gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep en Rassenrichtlijn 2000/43 kennen een vergelijkbare uitzonderingsbepaling dan ook niet.¹¹⁵

111. S. Burri, Bewijsperikelen bij vermeende discriminatie, *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* (2012) 8, p. 360.

112. Meenan, *Age Discrimination in Europe: a late bloomer or wall flower*, p. 10.

113. Waddington en Bell, *More Equal than others: Distinguishing European Union Equality Directives*, *CMLReview* (2001) 38, p. 599.

114. Rönmar, *Labour and Equality Law*, *EU Law*, par. 20, edited by Barnard and Peers, OUP (2014), p. 591.

115. Ellis & Watson, *EU-Anti Discrimination Law*, Oxford University Press (2012), p. 408.

In het kader van artikel 6 lid 1 van de richtlijn toetst de rechter de legitimiteit van het doel op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding. We zullen in de hoofdstukken 3 en 4 zien dat het Hof van Justitie EU in vrijwel alle leeftijdsdiscriminatiezaken – met uitzondering van Prigge en Petersen – het nationaal werkgelegenheidsdoel legitiem heeft bevonden.

2.3.4 *Uitzondering openbare veiligheid en volksgezondheid*

In Richtlijn 2000/78 worden nationale wettelijke bepalingen in het kader van de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van rechten en vrijheden van derden, van discriminatie uitgezonderd.¹¹⁶

In de zaak Prigge was de leeftijdsgrens bijvoorbeeld uit vliegveiligheidsoverwegingen ingegeven.¹¹⁷ Prigge, Fromm en Lambach waren captain bij Lufthansa toen hun arbeidsovereenkomst op grond van het pensioenontslagbeding in deze cao van rechtswege eindigde aan het eind van de maand waarin zij de 60-jarige leeftijd bereikten. Zij konden zich hiermee niet verenigen en deden een beroep op leeftijdsdiscriminatie onder verwijzing naar internationale regelgeving van de Joint Aviation Authorities. In de Joint Aviation Requirements is bepaald dat piloten in het commerciële luchtvervoer vanaf 60-jarige leeftijd, hun beroep alleen nog mogen uitoefenen als lid van een bemanning die uit meerdere piloten bestaat, mits die andere piloten de leeftijd van 60 jaar nog niet hebben bereikt. Tweede argument van Prigge, Fromm en Lambach was dat er geen leeftijdslimiet van 60 jaar gold voor verkeerspiloten van andere vliegtuigmaatschappijen binnen de Lufthansa groep.

Het Bundesarbeitsgericht heeft het Hof van Justitie EU de volgende prejudiciële vraag gesteld:

Moeten de artikelen 2 lid 5, 4 lid 1 en/of 6 lid 1, eerste zin van Richtlijn 2000/78/EG en/of het algemene gemeenschapsrechtelijke beginsel van verbod van discriminatie op grond van leeftijd aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen de nationale regeling waarbij een leeftijdsgrens van 60 jaar voor piloten wordt aanvaard die ter waarborging van de vliegveiligheid bij collectieve arbeidsovereenkomst is vastgesteld?

De Duitse regering heeft in de procedure aangevoerd dat de leeftijdsgrens van 60 jaar noodzakelijk was voor de bescherming van de volksgezondheid waardoor het risico op ongevallen vermeden zou worden en de gezondheid van piloten, pas-

116. Artikel 2 lid 5 Richtlijn 2000/78.

117. HvJ EU 13 september 2011, C-447/09, Prigge, EUR-Lex 62009CJ0447.

sagiers en personen in het gevlogen gebied zou worden beschermd. De gedachte was – zonder dat dit medisch wetenschappelijk werd onderbouwd – dat bij een piloot op 60-jarige leeftijd – waarvan werd aangenomen dat diens fysieke krachten met de jaren zouden afnemen – meer risico op een vliegtuigongeluk zou bestaan met gevaar voor de veiligheid van piloten en passagiers. Het Hof van Justitie EU acht een leeftijdsgrens van 60 jaar in de cao voor Lufthansa-piloten, terwijl de nationale en internationale voorschriften deze leeftijdsgrens op 65 jaar vaststellen, evenwel geen maatregel die noodzakelijk is voor de openbare veiligheid en voor de bescherming van de gezondheid in de zin van artikel 2 lid 5 van de richtlijn.

In de zaak Petersen was eveneens de vraag welke uitzonderingsbepaling van toepassing was. In geding was de vraag of het doel van de verplichte leeftijdsgrens van 68 jaar voor tandartsen die een contract hadden met een verplichte zorgverzekeraar, behoorde tot de uitzonderingen zoals geformuleerd in artikel 6 lid 1 of artikel 2 lid 5 van de richtlijn.¹¹⁸ De Duitse regering heeft in de procedure bij het Hof van Justitie EU een drietal doelstellingen voor de maximum leeftijdsgrens voor tandartsen aangevoerd. Ten eerste de bescherming van de gezondheid van verplicht verzekerde patiënten tegen risico's van niet meer optimaal functionerende tandartsen op leeftijd, ten tweede het bewaken van het financieel evenwicht van het Duitse zorgstelsel, en ten derde de verdeling van de werkgelegenheidskansen tussen de generaties. De eerste twee doelstellingen werden door het Hof van Justitie EU getoetst aan artikel 2 lid 5 van de richtlijn. Het Hof van Justitie EU beoordeelde het streven naar kwalitatief hoogwaardige medische dienstverlening en het voorkomen van ernstige aantasting van het financiële evenwicht van sociale verzekeringsstelsels als doelstelling in het kader van de bescherming van de volksgezondheid. De maximum leeftijdsgrens voor gecontracteerde tandartsen, die als enig doel heeft de gezondheid van patiënten te beschermen tegen een verminderd prestatievermogen van oudere tandartsen, is volgens het Hof van Justitie EU onverenigbaar met artikel 2 lid 5 van de richtlijn omdat die leeftijdsgrens niet geldt voor particuliere tandartsen.

2.3.5 *Uitzondering wezenlijke en bepalende beroepsvereiste*

De rechtvaardiging van leeftijdscriminatie kan ook verband houden met een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste. De toetsingscriteria in artikel 4 lid 1 beperken zich echter tot de legitimitets- en de evenredigheidstoets en gelden voor alle discriminatiegronden waarop de richtlijn van toepassing is.¹¹⁹ Dus niet alleen specifiek voor leeftijdscriminatie zoals bij artikel 6 lid 1 van de richtlijn het geval is.

118. HvJ EU 12 januari 2010, C-341/08, Petersen, EUR-Lex 62008CA0341.

119. Artikel 1 Richtlijn 2000/78.

Artikel 4 lid 1 van de richtlijn biedt lidstaten namelijk de mogelijkheid om te bepalen dat een verschil in behandeling, dat op een kenmerk in verband met een van de gronden in artikel 1 van de richtlijn berust, geen discriminatie vormt indien, een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig is aan dat doel.

In tegenstelling tot de genoemde uitzonderingen op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding in artikel 6 lid 1 bevat artikel 4 lid 1 van de richtlijn geen specifieke lijst met rechtvaardigingsgronden voor leeftijdsdiscriminatie. Bij toetsing aan artikel 4 lid 1 van de richtlijn spelen Europees sociale werkgelegenheidsdoelstellingen dus geen enkele rol, zoals bij artikel 6 lid 1 van de richtlijn wel het geval is. De uitzondering op grond van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten beperken zich tot de legitimitets- en de evenredigheids-toets. We zullen hierna zien dat de vraag of de gestelde leeftijdsgrens een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, door het Hof van Justitie EU strikt wordt toegepast.

Zo vroeg de verwijzende rechter zich in de hiervoor besproken zaak Prigge eveneens af of de maximum leeftijd voor verkeersvliegers ook geschaard zou moeten worden onder de uitzonderingsbepaling van artikel 4 lid 1 van de richtlijn. Het Hof van Justitie EU onderkent dat verkeerspiloten over bijzondere fysieke capaciteiten moeten beschikken en dat de capaciteiten bij het ouder worden afnemen. Deze leeftijdsgebonden bijzondere fysieke capaciteiten beschouwt het Hof van Justitie EU dan ook als een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste voor de uitoefening van het beroep van verkeerspiloot. Het doel om de vliegveiligheid te verzekeren wordt door het Hof van Justitie EU legitiem bevonden. Daarentegen acht het Hof van Justitie EU de cao-bepaling met een leeftijdsgrens van 60 jaar, onevenredig aangezien nationale en internationale voorschriften een leeftijdsgrens – zij het onder beperkingen – van 65 jaar toestaan. Volgens het Hof van Justitie EU hebben de sociale partners de betrokken piloten een onevenredig vereiste in de zin van artikel 4 lid 1 van de richtlijn opgelegd. Het Hof van Justitie EU komt daardoor aan een inhoudelijke toetsing op grond van artikel 6 lid 1 van de richtlijn niet toe.

Niet alleen bij uitdiensttreding op de pensioengerechtigde leeftijd, maar ook bij werving en selectie kan een maximum leeftijdseis spelen voor indiensttreding. In de zaken Wolf¹²⁰, Vital Perez¹²¹ en Sorondo¹²² stelden de Duitse brandweer, de Spaanse en Baskische lokale politie een bepaalde leeftijdsgrens voor indiensttreding. Het gaat dan om de vraag of bepaalde fysieke eigenschappen een wezenlijke

120. HvJ EU 12 januari 2010, C-229/08, Wolf, EUR-Lex 62008CJ0229.

121. HvJ EU 13 november 2014, C-416/13, Vital Perez, EUR-Lex 62013CJ0416.

122. HvJ EU 15 november 2016, C-258/15, Sorondo, EUR-Lex 62015CJ0258.

en bepalende beroepsvereiste kunnen zijn, waardoor een uitzondering op leeftijdsdiscriminatie is gerechtvaardigd.

Wolf solliciteerde twee maanden voor het bereiken van de maximum leeftijdsgrens van 30 jaar op een functie in het middenkader van de brandweer technische dienst in Frankfurt am Main, maar werd geweigerd omdat hij gedurende de selectieprocedure die leeftijdsgrens had overschreden. De maximum leeftijdsgrens had ten eerste tot doel om de volledige operationaliteit en de goede werking van de brandweer te verzekeren. Ten tweede om te garanderen dat brandweermannen een redelijk lange termijn van hun loopbaan beschikbaar zouden zijn voor fysiek zware taken, waardoor zij na hun opleiding nog vijftien à twintig jaar actief konden worden ingezet voor dit fysiek zware werk. Het Hof van Justitie EU constateert dat aan brandweerlieden fysiek zware eisen worden gesteld om hulp te kunnen bieden in noodsituaties. Het Hof van Justitie EU baseert zich daarbij op in de procedure gebracht wetenschappelijk onderzoek waaruit bleek dat taken gericht op de brandbestrijding, fysieke capaciteiten van een bijzonder hoog niveau vergen. Slechts weinig brandweerlieden die ouder zijn dan 45 jaar beschikken over de vereiste conditie om die zware taken uit te kunnen oefenen, vooral omdat de fysieke gesteldheid afneemt met het vorderen der jaren.¹²³

In het arrest Wolff past het Hof van Justitie EU de maximum leeftijdseis voor indiensttreding in het kader van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste strikt toe. De nationale wetgeving die een leeftijdslimiet stelt van 30 jaar voor toetreding tot het middenkader van de brandweer, is volgens het Hof van Justitie EU evenredig aan het doel en gaat niet verder dan noodzakelijk om de verzekering van de operationele capaciteit en de goede werking van de beroepsbrandweer te bereiken.¹²⁴ Aangezien het Hof van Justitie EU het verschil in behandeling op grond van leeftijd overeenkomstig artikel 4, lid 1 gerechtvaardigd achtte, komt het aan toetsing van de uitzonderingsbepaling in artikel 6, lid 1 van de richtlijn niet meer toe.

Ook Vital Perez kreeg te maken met een leeftijdsgrens van 30 jaar voor indiensttreding bij de Spaanse politie. Vital Perez beriep zich op leeftijdsdiscriminatie en schending van het grondrecht om onder gelijke voorwaarden toegang te krijgen tot overheidsfuncties.¹²⁵ Vital Perez wees daarbij op de inconsistentie in wet- en regelgeving omdat in andere autonome regio's geen of zelfs hogere leeftijdsgrenzen van toepassing waren voor hetzelfde beroep. In Spanje kennen alle 17 autonome regio's een maximum leeftijd om toe te treden tot de politie. Het Hof van Justitie EU erkent dat voor sommige taken van de politie over bijzondere fysieke capaciteiten

123. Wolf, punt 42.

124. Wolf, punt 44.

125. Vital Perez, punt 16.

moet worden beschikt die als wezenlijke en bepalende beroepsvereisten kunnen worden aangemerkt. In deze zaak bleken echter niet alle functies fysiek zwaar te zijn. De vraag van de verwijzende rechter was of de vereiste fysieke capaciteiten onlosmakelijk zijn verbonden met een bepaalde leeftijdsgroep of dat die capaciteiten ook aanwezig kunnen zijn bij personen die deze leeftijdsgrens hebben overschreden.¹²⁶ Het Hof van Justitie EU achtte de maximum leeftijdsgrens onevenredig aan het doel dat werd beoogd, vanwege inconsistentie in wet- en regelgeving. De Spaanse nationale politie stelde zelf al helemaal geen maximum leeftijdseis meer en in andere Spaanse regio's golden verschillende leeftijdsgrenzen.

In *Wolf* had de verwijzende rechter de prejudiciële vragen omtrent de maximum leeftijdsgrens van 30 jaar voor indiensttreding bij het middenkader van de brandweer technische dienst in Frankfurt gesteld in de context van artikel 6 lid 1 van de richtlijn. Het Hof van Justitie EU achtte zich aan de vraagstelling niet gebonden en toetste het middel uitsluitend aan artikel 4 lid 1 van de richtlijn.¹²⁷ De maximum leeftijdsgrens voor indiensttreding bij de brandweer werd evenredig bevonden. In *Vital Perez* toetste het Hof van Justitie daarentegen alsnog aan artikel 6 lid 1 van de richtlijn, nadat de leeftijdsgrens in het kader van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste onevenredig werd bevonden.

In afwijking van *Vital Perez* komt het Hof van Justitie EU in de zaak *Sorondo* tot een andere uitspraak ten aanzien van de maximum leeftijdsgrens van 35 jaar voor indiensttreding bij de politie in Baskenland. *Sorondo* vond dat sprake was van leeftijdsdiscriminatie en stelde dat de leeftijdsgrens in strijd was met Richtlijn 2000/78 en de artikelen 20 en 21 van het EU-Handvest van de Grondrechten. De verwijzende rechter twijfelde of de redenering in *Vital Perez* en *Wolf* ook in deze zaak gevolgd moest worden. Het verschil in beoordeling door het Hof van Justitie EU met de vorige zaak is gebaseerd op het bewijs dat in de procedure was ingebracht. Het Hof van Justitie EU gaat af op de informatie die door de verwijzende rechter is verstrekt en de rapportage die door de politie academie in het geding is gebracht. Daaruit blijkt dat agenten zich in Baskenland voornamelijk bezig houden met operationele en uitvoerende taken en vanaf 40 jaar fysiek achteruitgaan met een verminderd recuperatie vermogen na zware inspanning. Dergelijk bewijs ontbrak in de zaak *Vital Perez*. Anders dan in *Vital Perez* is er in *Sorondo* dus bewijs overgelegd dat een leeftijdsgrens van 35 jaar noodzakelijk is voor de inzetbaarheid en goede werking van de plaatselijke politie in Baskenland. De leeftijdsgrens wordt in *Sorondo* – in afwijking van *Vital Perez* – wel evenredig en noodzakelijk bevonden, maar dat had alles te maken met de bewijsstukken die in het geding waren gebracht.

126. *Vital Perez*, punt 48.

127. Zie annotatie De Witte-Van den Haak, HvJ EU 12 januari 2010, C-229/08, *Wolf*, EHRC 2010/40.

2.3.6 *Tussenconclusie*

Dit onderzoek spitst zich toe op de rol van het Hof van Justitie EU bij de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie en het bereiken van de werkgelegenheidsdoelstellingen geformuleerd in de Europese Sociale Agenda. In sommige gevallen heeft de leeftijdsgrens tot doel om de openbare orde of de volksgezondheid te beschermen¹²⁸ of vormt de leeftijdsgrens vanwege de aard van de specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.¹²⁹ Het Hof van Justitie EU toetst de doelstellingen zoals geformuleerd in artikel 2 lid 5 en artikel 4 lid 1 dus niet aan Europees sociale werkgelegenheidsdoelstellingen, zoals het wel doet bij toetsing aan artikel 6 lid 1 van de richtlijn. De werkgelegenheidsdoelstellingen geformuleerd in de Europese Sociale Agenda, spelen dus geen rol bij toetsing aan artikel 4 lid 1 en artikel 2 lid 5 van de richtlijn, zodat deze uitzonderingsbepalingen in het kader van dit onderzoek verder buiten beschouwing worden gelaten. Daarentegen spelen de Europees sociale werkgelegenheidsdoelstellingen, namelijk die van actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties bij toetsing aan artikel 6 lid 1 van de richtlijn een belangrijke rol bij de vraag of sprake is van een legitieme doelstelling van sociaal beleid, hetgeen we in de hoofdstukken 4 en 5 zullen zien.

DEEL II

2.4 PROCESRECHT HOF VAN JUSTITIE EU

Zoals we hiervoor al zagen speelt het Hof van Justitie EU een belangrijke rol bij de interpretatie en uitleg van het Europees recht op het gebied van non-discriminatie en gelijke behandeling bij de arbeid en beroep. Het is de taak van het Hof van Justitie EU om de eerbiediging van Europees recht bij de uitlegging en toepassing van de verdragen te verzekeren.¹³⁰

In dit boek wordt de rol van het Hof van Justitie EU bij de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie en het bereiken van twee van de doelstellingen geformuleerd in de Europese Sociale Agenda namelijk die van actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties onderzocht. In dat kader is van belang om na te gaan in welke mate het Hof van Justitie EU bijdraagt aan de uniformiteit van het Unierecht bij de interpretatie en uitleg van Europees recht. Relevant voor de beantwoording van die vraag is of de uitspraken van het Hof van Justitie EU consistent en duidelijk zijn voor de nationale rechter en voldoende bescherming bieden aan de burger.

128. Artikel 2 lid 5 Richtlijn 2000/78.

129. Artikel 4 lid 1 Richtlijn 2000/78.

130. Artikel 19 lid 1 VEU.

Dat vraagt allereerst om een uiteenzetting van het procesrecht bij het Hof van Justitie EU. Er zijn drie procedures mogelijk. Ten eerste kan dit in een prejudiciële procedure. Het Hof van Justitie EU beoordeelt – binnen haar mandaat – de uitlegging van Verdragen en handelingen van EU-Instituten op verzoek van de (hoogste) nationale rechter in een lidstaat wanneer een principiële beslissing moet worden genomen die van invloed kan zijn op de eenheid of samenhang van het recht van de Unie.¹³¹ De taak van het Hof van Justitie EU beperkt zich in een prejudiciële procedure tot de interpretatie van het Unierecht waarbij de toepassing van het recht op de feiten en de beoordeling van de aangedragen bewijsmiddelen worden overgelaten aan de nationale rechter. Ten tweede heeft de Europese Commissie de mogelijkheid om een zaak bij het Hof van Justitie EU aanhangig te maken wanneer een lidstaat het advies van de Europese Commissie om de Verdragsverplichtingen na te komen, niet heeft opgevolgd.¹³² Ten derde hebben lidstaten de mogelijkheid om een klacht tegen een andere lidstaat in te dienen bij het Hof van Justitie EU.¹³³

In de procedure die door de Europese Commissie tegen een lidstaat aanhangig wordt gemaakt, moet het Hof van Justitie EU over alle aspecten van de zaak in volle omvang oordelen, inclusief de legitimiteit van het doel en de proportionaliteit van het middel. De bewijslast ligt in dat geval volledig bij de verdedigende lidstaat.

In de prejudiciële procedure ligt dat anders. Rechters in een lidstaat zijn verplicht om prejudiciële vragen te stellen wanneer de uitleg van het Unierecht niet duidelijk of nog onbeslist is.¹³⁴ Het verzoek is niet ontvankelijk wanneer de prejudiciële vragen inhoudelijk gelijk zijn aan de vragen die reeds in een ander arrest door het Hof van Justitie EU zijn beantwoord. Het is uitsluitend ter beoordeling van de nationale rechter die verantwoordelijkheid draagt voor het te wijzen vonnis, om de noodzaak van een prejudiciële beslissing te beoordelen evenals de relevantie van de vragen die aan het Hof van Justitie EU worden voorgelegd.¹³⁵ Het is niet aan het Hof van Justitie EU om de juistheid van de relevantie van de vragen te onderzoeken. Het Hof van Justitie EU kan weigeren om uitspraak te doen wanneer de prejudiciële vraag geen verband houdt met een reëel geschil of hypothetisch van aard is.¹³⁶

131. Artikel 257 VWEU.

132. Artikel 258 VWEU.

133. Artikel 259 VWEU.

134. Artikel 267 VWEU.

135. HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09, Rosenblatt, EUR-Lex 62009CJ0045, punt 32.

136. Rosenblatt, punt 33.

Het Hof van Justitie EU antwoordt in abstracte dan wel algemene bewoordingen op de prejudiciële vragen, maar is niet gehouden aan de wijze en de volgorde waarop de verwijzende rechter de vraagstelling heeft ingericht. Het Hof van Justitie EU is zelfs niet gebonden aan de gestelde prejudiciële vragen en kan besluiten aan andere bepalingen en discriminatiegronden in Richtlijn 2000/78 te toetsten.¹³⁷ Het is de taak van het Hof van Justitie EU om de verwijzende rechter alle uitleggingsgegevens te verschaffen die nuttig kunnen zijn voor de beslechting van de zaak ongeacht of deze al dan niet in de prejudiciële vragen zijn genoemd, wanneer het belang van het Unierecht daarmee is gediend.¹³⁸ Het Hof van Justitie EU is vrij om uit alle verschaftte gegevens, met name uit de motivering van de verwijzingsbeslissing, de elementen van gemeenschapsrecht te putten, die – gelet op het voorwerp van het geschil – uitlegging behoeven.¹³⁹

2.4.1 *Beginsel procedurele autonomie*

De vraag of sprake is van (rechtvaardiging van) leeftijdsdiscriminatie wordt uiteindelijk beoordeeld door de nationale rechter die bij uitsluiting bevoegd is om de feiten te beoordelen en de toepasselijke nationale wetgeving uit te leggen. Nationale rechters moeten zelf het toepasselijke recht bepalen op grond van de feitelijke context die door partijen wordt geschetst. Bij de bespreking van het arrest *Dansk Industri* hebben we reeds gezien dat het Hof van Justitie EU wijst op twee verplichtingen van de nationale rechter. Ten eerste de verregaande verplichting tot richtlijnconforme interpretatie van nationaal recht om zo de rechtsbescherming uit het Unierecht verzekeren. Ten tweede om elke met het Unierecht strijdige nationale bepaling buiten toepassing te laten.¹⁴⁰ In geval van leeftijdsdiscriminatie moet de nationale rechter de wettelijke bepaling bij strijd met Richtlijn 2000/78 of artikel 21 EU-Handvest van de Grondrechten, buiten werking stellen. De nationale rechter toetst ambtshalve aan de beschermingsbepalingen van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en de non-discriminatie-richtlijnen van de Europese Unie, ongeacht of deze door partijen worden ingeroepen.¹⁴¹

137. HvJ EU 12 januari 2010, C-229/08, *Wolf*, EUR-Lex 62008CJ0229.

138. HvJ EU 27 oktober 2009, C-115/08, *Land Oberösterreich*, EUR-Lex 62008CA0115, punt 81.

139. *Land Oberösterreich*, punt 48: De omstandigheid dat een nationale rechter bij de formulering van de prejudiciële vraag formeel heeft verwezen naar sommige bepalingen van het gemeenschapsrecht, staat er niet aan in de weg dat het Hof deze rechter alle uitleggingsgegevens verschaft die nuttig kunnen zijn voor de beslechting van de bij hem aanhangige zaak, ongeacht of deze in zijn vragen worden genoemd (zie arresten van 15 september 2005, C-258/04, *Ioannidis* en 21 februari 2006, C-152/03, *Ritter-Coulais*).

140. *Haket, Dansk Industri, NtEr* (2016) 7, p. 239.

141. *Handboek over het Europees non-discriminatierecht*, Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten 2010.

Uitgangspunt van Europees recht is dat personen die op grond van leeftijd zijn gediscrimineerd, over adequate mogelijkheden voor rechtsbescherming dienen te beschikken. Ook verenigingen of andere rechtspersonen kunnen namens het slachtoffer(s) een procedure aanhangig maken om zo een effectiever beschermingsniveau te verschaffen.

2.4.2 *Bewijslast discriminatie*

Zoals in het eerste deel van dit hoofdstuk reeds is aangegeven is de bewijslastverdeling van belang om aan te tonen of er sprake is van leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid en het beroep. Wie moet wat bewijzen? Om dat te kunnen beantwoorden wordt eerst de historische ontwikkeling van het bewijsrecht in het Europees gelijkebehandelingsrecht besproken.

Het bewijsrecht is gecodificeerd op basis van Europese non-discriminatie jurisprudentie. De bewijsregels bij schending van gelijke behandeling zijn ontwikkeld door het Hof van Justitie EU waarna deze in de Bewijslastrichtlijn en vervolgens in diverse non-discriminatie richtlijnen zijn gecodificeerd.¹⁴² De inmiddels ingetrokken Bewijslastrichtlijn had tot doel om in arbeidsrechtelijke situaties de processuele positie van degene die meent slachtoffer te zijn van discriminatie te versterken en verplichtte de lidstaten de volgende regeling te implementeren:

Indien degene die meent te zijn gediscrimineerd, voor de rechter of een andere bevoegde instantie feiten aanvoert die een vermoeden van discriminatie op grond van geslacht doen ontstaan, dan verschuift de bewijslast naar de verweerder. Deze moet dan aantonen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden.¹⁴³

De verwachting was dat door invoering van de Bewijslastrichtlijn, de kans op succes in een gerechtelijke procedure zou toenemen voor degene, die stelt slachtoffer te zijn van (in)direct onderscheid. Richtlijn 2006/54 waarin het gelijkebehandelingsrecht op grond van geslacht bij de arbeid – meer specifiek de promotie en de toegang tot het arbeidsproces en de beroepsopleiding – is verankerd – is opvolger van de ingetrokken Bewijslastrichtlijn.

Richtlijn 2000/78 biedt een algemeen kader met betrekking tot arbeid en beroep voor de bestrijding van discriminatie op grond van leeftijd, handicap, godsdienst of overtuiging en seksuele geaardheid. In datzelfde jaar is ook Richtlijn 2000/43 in werking getreden dat een algemeen kader biedt voor de bestrijding van discriminatie op grond van ras of etnische achtergrond. Beide richtlijnen bevatten een iden-

142. Bewijslastrichtlijn 97/80/EG, Rassenrichtlijn 2000/43, Kaderrichtlijn 2000/78, Sekserichtlijn 2006/54.

143. Artikel 4 lid 1 Bewijslastrichtlijn.

tieke bewijslast bepaling, die lidstaten in nationale wetgeving moesten implementeren:

Wanneer personen zich door niet toepassing te hunnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld achten, voor de rechter of een andere bevoegde instantie feiten aanvoeren die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, dient de verweerder te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden.

In geval van discriminatie vergt de feitelijke toepassing van het beginsel van gelijke behandeling dus dat de bewijslast bij de verweerder wordt gelegd.¹⁴⁴ Volgens Veldman gaat het echter niet om een volle omkering van de bewijslast, maar om een verschuiving van de bewijslast naar de werkgever, wanneer de werknemer feiten aanvoert die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden.¹⁴⁵

2.4.3 *Ontwikkeling Europees bewijsrecht*

Het Hof van Justitie EU heeft in een aantal gelijkebehandelingszaken waarbij een beroep werd gedaan op indirecte discriminatie op grond van geslacht, de toon gezet voor het bewijsrecht in non-discriminatie procedures. In dat kader zullen de zaken Danfoss, Enderby¹⁴⁶ en Royal Copenhagen¹⁴⁷ worden besproken en geanalyseerd.

In de zaak Danfoss was een cao-bepaling in geding die aan werknemers in dezelfde salarisschaal aanvullende toeslagen op basis van individuele flexibiliteit, anciënniteit, beroepsopleiding en training kon verstrekken.¹⁴⁸ De Deense vakbond die namens de werknemers optrad, stelde dat de gemiddelde beloning van vrouwen in een specifieke periode beduidend lager lag dan de beloning voor mannen (maar liefst 6.85%). Het was voor de vrouwelijke werknemers onmogelijk de oorzaken van het verschil in beloning ten opzichte van de mannelijke collega's, die hetzelfde werk verrichtten, te achterhalen.¹⁴⁹ De werknemers wisten niet welke criteria golden voor de additionele beloningen en hoe de individuele criteria werden vastgesteld en beoordeeld. Met andere woorden: de werknemers waren niet in staat bepaalde variabele componenten van hun salaris met hun collega's in dezelfde salarisschaal te beoordelen. Volgens het Hof van Justitie EU rust op een onderneming die een beloningssysteem hanteert dat volledige transparantie mist

144. Considerans, punt 21.

145. Veldman, Het kip-ei-probleem van het leveren van een prima facie bewijs van discriminatie bij sollicitatie, NTeR (2012) 10, p. 351.

146. HvJ EU 27 oktober 1993, C-127/92, Enderby, EUR-Lex 61992J0127.

147. HvJ EU 31 mei 1995, C-400/93, Royal Copenhagen, EUR-Lex 61993J0400.

148. HvJ EU 17 oktober 1989, C-109/88, Danfoss, EUR-Lex 61988J0109.

149. Danfoss, punt 10.

de bewijslast om aan te tonen dat de beloningspraktijk niet discriminatoir is. De onderneming moet aantonen waarom de gemiddelde beloning van vrouwen lager is dan voor mannen en kan zich niet verschuilen achter de individuele beoordeling van het variabele salarissysteem. Om aan te tonen dat de beloningspraktijk van de onderneming niet systematisch in het nadeel van vrouwen werkt, zal de werkgever dus moeten aangeven hoe de criteria voor de individuele toeslagen worden toegepast. De werkgever wordt zo genoodzaakt om zijn beloningssysteem transparant te maken. In dit arrest heeft het Hof van Justitie EU uitgemaakt dat bij een niet transparante beloningspraktijk de bewijslast bij de werkgever ligt om aan te tonen dat het beloningssysteem geen ongelijke behandeling van vrouwen ten opzichte van mannen veroorzaakt. De groep vrouwen die een beroep doet op ongelijke behandeling, zal in de procedure moeten stellen dat de gemiddelde beloning van vrouwen – in een relatief grote groep werknemers – aanmerkelijk lager is vergeleken met de mannelijke collega's. De vraag hoeveel werknemers in dit vergelijkingsonderzoek moeten worden betrokken zal per zaak verschillend worden beoordeeld. In *Danfoss* werd een groep van 157 vrouwen die over een periode van vier jaar gemiddeld 6.85% minder verdienden voldoende representatief bevonden.

In de zaak *Enderby* claimde een vrouwelijke logopediste in dienst bij de National Health Service dat bijna alle vrouwen in dit beroep minder goed werden betaald dan de voornamelijk mannelijke groep klinisch psychologen en farmaceuten, die vrijwel hetzelfde werk deden.¹⁵⁰ *Enderby* meende slachtoffer te zijn van loondiscriminatie op grond van geslacht. In deze zaak was geen sprake van een ondoorzichtig beloningsbeleid omdat de beloning van logopedisten en apothekers door sociale partners bij cao was vastgesteld. Het Hof van Justitie EU koos evenwel voor een pragmatische aanpak door het bewijs van de rechtvaardiging van indirecte discriminatie op grond van geslacht bij de werkgever te leggen. Volgens het Hof van Justitie EU kan er sprake zijn van *prima facie* discriminatie wanneer significante statistieken aantonen dat er een merkbaar verschil is in beloning tussen twee gelijkwaardige functies waarvan de een bijna uitsluitend door vrouwen wordt beoefend (logopedisten) en de ander in overheersende mate door mannen (apothekers). Het is aan de nationale rechter om die statistische gegevens te onderzoeken en te beoordelen of zij betrekking hebben op een voldoende groot aantal personen. Met andere woorden: wanneer significante statistische gegevens een aanmerkelijk verschil in beloning laten zien tussen twee gelijkwaardige functies, waarvan de ene nagenoeg uitsluitend door vrouwen en de andere hoofdzakelijk door mannen wordt vervuld, dient de werkgever aan te tonen, dat het verschil gebaseerd is op factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.¹⁵¹ In deze zaak heeft het Hof van Justitie EU de positie

150. HvJ EU 27 oktober 1993, C-127/92, *Enderby*, EUR-Lex 61992J0127.

151. *Enderby*, punt 19.

van degene die meent slachtoffer te zijn van discriminatie, versterkt en de vereisten van transparantie, doeltreffende rechterlijke controle en effectieve rechtsbescherming op de bewijslastverdeling toegepast.¹⁵²

Bij Royal Copenhagen werkten ongeveer 40% mannen en 60% vrouwen. De werknemers vielen onder dezelfde cao, maar het stukloon van de vrouwen – vrijwel allemaal sierbordschilders – bedroeg aanmerkelijk minder dan de mannen die allen werkzaam waren als rollendraaier. De vakbond die de vrouwen vertegenwoordigde startte een procedure wegens ongelijke beloning.¹⁵³ Het Hof van Justitie EU oordeelde ten aanzien van de bewijslastverdeling dat een werkgever die een volstrekt ondoorzichtig beloningsstelsel in zijn onderneming hanteert, dient te bewijzen dat zijn beloningspraktijk niet discriminerend is, wanneer een vrouwelijke werknemer met betrekking tot een relatief groot aantal loontrekkenden aantoonst, dat de gemiddelde beloning van vrouwelijke werknemers lager is dan van mannelijke werknemers. Wanneer uit significante statistieken een aanzienlijk verschil in beloning blijkt tussen twee gelijkwaardige functies, waarvan de ene nagenoeg uitsluitend door vrouwen en de andere overwegend door mannen wordt uitgeoefend is dat een situatie die een vermoeden van discriminatie op grond van geslacht doet rijzen en dient de werkgever aan te tonen dat dit verschil gerechtvaardigd is door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.

2.4.4 *Recht op informatie*

In sollicitatieprocedures is het moeilijker zo niet vrijwel onmogelijk om discriminatie op grond van geslacht te bewijzen wanneer de geselecteerde kandidaat uiteindelijk een man en geen vrouw blijkt te zijn geworden. Bij discriminerende advertentieteksten, zoals de ‘voorkeur gaat uit naar een vrouw’ of ‘jonge juristen gezocht’ is het vermoeden van discriminatie daarentegen wel aantoonbaar. De werkgever heeft als enige kennis over de beweegredenen van de uiteindelijke beslissing. De beweegredenen die aan het selectieproces ten grondslag liggen kunnen een andere zijn dan in de procedure door de werkgever naar voren worden gebracht. De rechter kan onder die omstandigheden eenvoudigweg niet nagaan of het verweer van de werkgever al dan niet inhoudelijk juist is. Dat is een dilemma. Zonder informatie over de selectieprocedure kan de afgewezen kandidaat het beroep op ongelijke behandeling niet naar behoren onderbouwen om het vermoeden van discriminatie aannemelijk te maken. Het is daarom de vraag of de werkgever verplicht is informatie te verschaffen aan de afgewezen kandidaat over de sollicitatie procedure en de aangenomen kandidaten.

152. Burri, Bewijsperikelen bij vermeende discriminatie, TAP 2012/8.

153. HvJ EU 31 mei 1995, C-400/93, Royal Copenhagen, EUR-Lex 61993J0400.

Het Hof van Justitie EU heeft zich in de arresten Kelly en Meister over de bewijslastverdeling en het recht op informatie bij ongelijke behandeling uitgelaten. Kelly was een in Dublin wonende leraar die zich had ingeschreven voor de universitaire opleiding in Social Science, maar niet werd geselecteerd. Kelly kon zich daarmee niet verenigen en diende bij het Equality Tribunaal een formele klacht in wegens discriminatie op grond van geslacht, omdat hij zichzelf beter gekwalificeerd achtte dan een aantal toegelaten vrouwelijke kandidaten die – in zijn ogen – over mindere kwalificaties beschikten.¹⁵⁴ De klacht werd in eerste instantie afgewezen omdat Kelly niet had aangetoond dat er sprake was van discriminatie op grond van geslacht. Kelly claimde inzage in de inschrijvingsformulieren van de andere – geselecteerde – kandidaten, inclusief de puntenlijsten. Uiteindelijk heeft het High Court gedeeltelijk gehoor gegeven aan het verzoek van Kelly om openbaarmaking van de inschrijvingsformulieren, waarover prejudiciële vragen zijn gesteld omdat het High Court twijfelde of de publicatie van de gevraagde gegevens wel verenigbaar was met het Unierecht.

Het Hof van Justitie EU overweegt in dit arrest dat degene die zich door schending van het gelijkheidsbeginsel benadeeld acht, eerst feiten moet stellen die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden. Slechts indien de betrokkene dergelijke feiten heeft aangetoond, is de verwerende partij gehouden te bewijzen dat het non-discriminatiebeginsel niet is geschonden. Het is aan de nationale rechter om dat te beoordelen.¹⁵⁵ Een kandidaat die meent dat de weigering om hem tot een beroepsopleiding toe te laten in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, heeft geen informatierecht over de kwalificaties van de andere kandidaten, om hem in staat te stellen het bewijs te leveren van feiten die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden.¹⁵⁶ Veldman noemt dit het kip-ei-probleem wie nu als eerste over de brug moet komen bij het begin van bewijs van discriminatie. Artikel 4 lid 1 van de Bewijslastrichtlijn voorziet niet in een specifiek recht op toegang tot informatie, echter de weigering van de verweerder om de gevraagde informatie te verstrekken, kan evenwel de verwezenlijking van het doel van de richtlijn in gevaar brengen en aan deze bepaling haar nuttig effect ontnemen.¹⁵⁷ Helemaal geen informatie verstrekken is dus geen optie, maar wanneer er informatie wordt verstrekt moet de privacy in acht worden genomen.¹⁵⁸ Het is aan de nationale rechter om dit te beoordelen, maar hoe dit precies vorm moet krijgen laat het Hof van Justitie EU in de zaak Kelly in het midden.¹⁵⁹

154. HvJ EU 21 juli 2011, C-104/10, Kelly, EUR-Lex 62010CJ0415, punt 20.

155. Kelly, punt 29 en 30.

156. Kelly, punt 38.

157. Kelly, punt 34.

158. Burri, Bewijsperikelen bij vermeende discriminatie, TAP 2012/8.

159. Veldman, Het kip-ei-probleem van het leveren van een prima facie bewijs van discriminatie bij sollicitatie, NTeR (2012), 10.

Het dilemma omtrent het informatierecht speelde opnieuw in de zaak Meister. Meister was een afgewezen sollicitante van Russische origine, die zich op discriminatie op grond van leeftijd, geslacht en etnische achtergrond beriep.¹⁶⁰ Meister solliciteerde als systeemingénieur met een in Duitsland erkend Russisch diploma op een advertentie van Speech Design waarin een ervaren softwareontwikkelaar (m/v) werd gezocht, waarvoor zij een afwijzing ontving. Kort nadien zag Meister op internet dezelfde functie en zij solliciteerde opnieuw, maar werd andermaal zonder uitnodiging voor een gesprek afgewezen. Meister was van mening dat zij beschikte over de vereiste functiekwalificaties – hetgeen niet door de werkgever werd betwist – en het juiste opleidingsniveau en vond dat zij minder gunstig was behandeld dan een andere persoon in een vergelijkbare situatie. Maar hoe kon zij haar stellingen bewijzen? Meister vorderde daarom niet alleen schadevergoeding maar ook overlegging van het dossier van de geselecteerde sollicitant, dat haar in staat zou stellen om aan te tonen dat zij geschikter was dan de geselecteerde kandidaat. Meister gaat na afwijzing van haar vordering in eerste instantie in beroep bij het Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz dat oordeelt dat de eisende partij aanwijzingen voor discriminatie moet stellen voordat de bewijslast verschuift naar de verweerder. Het enkele stellen dat er sprake is van discriminatie is volgens het BAG onvoldoende, maar dat is nu juist het probleem voor Meister, zij heeft geen aanwijzingen omdat Speech Design haar sollicitatie ongemotiveerd heeft afgewezen.

De prejudiciële vraag van de verwijzende rechter richt zich op de uitleg van de bewijsbepalingen in de Sekserichtlijn¹⁶¹, de Rassenrichtlijn¹⁶² en de Kaderrichtlijn¹⁶³ op grond waarvan een werknemer die aannemelijk maakt dat hij voldoet aan de voorwaarden van een vacature en niet is geselecteerd, recht geeft om te vernemen of de werkgever aan het einde van de wervingsprocedure een andere sollicitant in dienst heeft genomen en zo ja aan de hand van welke criteria.¹⁶⁴ Het Hof van Justitie EU verwijst voor de beantwoording van de vragen naar het reeds hiervoor besproken Kelly-arrest. Het Hof van Justitie EU legt de bewijslast bepalingen in richtlijn 2000/43, richtlijn 2000/78 en richtlijn 2006/54 zo uit, dat een werknemer die aannemelijk maakt dat hij voldoet aan de voorwaarden van een vacature maar niet is geselecteerd, geen recht heeft om te vernemen of de werkgever aan het einde van de wervingsprocedure een andere sollicitant in dienst heeft genomen.¹⁶⁵ Kortom de afgewezen sollicitant heeft geen informatierecht over de aangenomen kandidaat. Het Hof van Justitie EU voegt hier echter aan toe dat de

160. HvJ EU 19 april 2012, C-415/10, Meister, EUR-Lex 62010CJ0415.

161. Artikel 19 lid 1 Richtlijn 2006/54.

162. Artikel 8 lid 1 Richtlijn 2000/43.

163. Artikel 10 lid 1 Richtlijn 2000/78.

164. Meister, punt 32.

165. Meister, punt 46.

weigering van een werkgever om toegang te verlenen tot de gevraagde informatie, een van de factoren kan vormen waarmee rekening moet worden gehouden in het kader van de vaststelling van de feiten die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden. Het wordt aan de verwijzende rechter overgelaten om na te gaan of die omstandigheden zich voordoen.¹⁶⁶ Er bestaat weliswaar geen recht op inlichtingen over een andere kandidaat, maar de zaak Meister maakt duidelijk dat wanneer de werkgever geen inlichtingen wil verstrekken over de reden van afwijzing van de sollicitant, dit kan leiden tot vaststelling van een vermoeden van discriminatie.

De bewijslastverdeling wordt op dezelfde wijze toegepast bij de beoordeling van discriminatie op grond van ras of etnische achtergrond. In de zaak van Firma Feryn stelde het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding discriminerende selectiecriteria voor personeel bij de Firma Feryn aan de orde nadat de werkgever publiekelijk had verklaard geen werknemers van een bepaalde etnische afstamming of van een bepaald ras te zullen werven.¹⁶⁷ De verwijzende rechter vraagt het Hof van Justitie EU in zekere zin om uitleg van het begrip directe discriminatie in het kader van de Rassenrichtlijn. Het Verenigd Koninkrijk en Ierland zijn van mening dat er geen sprake kan zijn van directe discriminatie als er geen specifieke klager is. Dat verweer wordt verworpen omdat de Rassenrichtlijn tot doel heeft een allesomvattende arbeidsmarkt te bevorderen. Dergelijke publieke uitlatingen van een werkgever leveren volgens het Hof van Justitie EU directe discriminatie op omdat voor bepaalde kandidaten de toegang tot de arbeidsmarkt wordt ontzegd. De verwijzende rechter vroeg zich af hoe de omkering van de bewijslast moet worden toegepast in het geval het werving en selectiebeleid van een werkgever discriminerend is vanwege publieke uitlatingen van een werkgever.¹⁶⁸ Artikel 8 van Richtlijn 2000/43 regelt in dit verband dat de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden. De verplichting om tegenbewijs te leveren ontstaat op het moment dat een vermoeden van discriminatie op basis van vaststaande feiten is aangetoond.¹⁶⁹

Publieke uitlatingen door een manager van een Roemeense voetbalclub, over een vermeende seksuele geaardheid van een voetballer die daardoor niet in het elftal werd opgesteld, kunnen de voetbalclub worden toegerekend, ook al beschikt de manager niet noodzakelijkerwijs over de rechtsbevoegdheid om die club te binden of te vertegenwoordigen.¹⁷⁰ Temeer omdat de voetbalclub zich niet uitdrukkelijk

166. Meister, punt 47.

167. HvJ EU 10 juli 2008, C-54/07, Firma Feryn, EUR-Lex 62007CJ0054.

168. Firma Feryn, punt 29.

169. Firma Feryn, punt 30.

170. HvJ EU 25 april 2013, C-81/12, Asociatia Accept, EUR-Lex 62012CA0081.

van de publieke verklaringen van de manager, die aan de schijn van discriminatie ten grondslag liggen, had gedistantieerd. De uitlatingen zijn feiten die discriminatie op grond van seksuele gerichtheid bij de aanwerving van spelers door een professionele voetbalclub kunnen doen vermoeden, waardoor de voetbalclub dient aan te tonen dat het discriminatiebeginsel niet is geschonden. Verwerende partijen kunnen een dergelijke schending voor de nationale rechter weerleggen, door alle middelen rechtens, met name door aan te tonen dat hun aanwervingsbeleid is gebaseerd op factoren die niets met discriminatie op grond van seksuele gerichtheid te maken hebben.¹⁷¹ Die schijn kan ook worden weerlegd met overeenstemmende aanwijzingen. Die bewijslast kan er evenwel niet toe leiden dat bewijs wordt verlangd dat niet kan worden geleverd zonder het recht op eerbiediging van het privéleven te schenden.¹⁷²

2.5 CONCLUSIE

De Raad van Europa heeft 2012 uitgeroepen tot het Europees Jaar voor actief ouder worden en solidariteit tussen de generaties. Doel van dit jaar was om leeftijdsdiscriminatie te bestrijden, werkgelegenheid te verhogen door actieve arbeidsparticipatie van oudere werknemers te stimuleren en de solidariteit tussen de generaties te bevorderen.

Het bestrijden van discriminatie en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties is een van de waarden en doelstellingen van de Europese Unie en als zodanig in het EU-Verdrag gedefinieerd. Deze doelstellingen staan ook hoog op de Europese Sociale Agenda. Discriminatie op grond van leeftijd kan de doelstellingen van de Unie immers ondermijnen bij de verwezenlijking van een hoog niveau van werkgelegenheid.

De Europese regelgeving met betrekking tot gelijke behandeling bij de arbeid en beroep, is tot stand gekomen in het kader van Europees Sociaal beleid. De werkgelegenheids- en sociaal-politieke doelstellingen van de Europese Unie vinden haar basis in het EU-Werkingsverdrag, waarbij wordt aangesloten bij de doelstellingen van het Europees Sociaal Handvest.¹⁷³ Het verbod op discriminatie op grond van leeftijd vormt een fundamenteel element om de gestelde doelen in de werkgelegenheidsrichtsnoeren te bereiken en de diversiteit bij de arbeid te bevorderen.¹⁷⁴ Het gelijkebehandelingsrecht in Europese verdragen en richtlijnen is dus een uitvloeisel van het politieke, economische en sociale beleid van de Europese Unie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU. Het doel van de Unie om discriminatie

171. *Asociatia Accept*, punt 56.

172. *Asociatia Accept*, punt 59.

173. Titel IX en X VWEU.

174. Considerans 25 Richtlijn 2000/78.

te bestrijden en de solidariteit tussen generaties te bevorderen is terug te vinden in artikel 3.3. VEU. De internationale verdragen en Europese richtlijnen waarin het recht op gelijke behandeling is verankerd, laten echter geen eenduidige definitie van het non-discriminatie- en het solidariteitsbeginsel in Europese regelgeving zien.

De bevordering van de arbeidsparticipatie van oudere werknemers op de arbeidsmarkt is in artikel 6 lid 1 onder a van de richtlijn expliciet benoemd, maar een specifieke definitie van actief ouder worden, ontbreekt in het Europees Recht. De betrokkenheid van de EU bij de Agenda voor actief ouder worden moet dan ook worden gezocht in de kernwaarden van de Unie, die gekenmerkt wordt door pluralisme, non-discriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en gelijkheid van vrouwen en mannen.¹⁷⁵

Dit onderzoek spitst zich toe op de rol van het Hof van Justitie EU bij de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie en het bereiken van twee van de werkgelegenheidsdoelstellingen geformuleerd in de Europese Sociale agenda, namelijk die van actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties. Het Hof van Justitie EU speelt sinds de invoering van Richtlijn 2000/78 een belangrijke rol bij de uitleg en interpretatie van het Europees Recht. De vele discriminatiezaken op het terrein van de arbeid en het beroep die de afgelopen jaren aan het Hof van Justitie EU zijn voorgelegd, hebben in belangrijke mate bijgedragen aan de interpretatie en de uitleg van het Europees recht over dit onderwerp.

Zo heeft het Hof van Justitie EU voor een doorbraak gezorgd door het verbod van discriminatie als algemeen beginsel van Unierecht te erkennen, waardoor burgers in geval van leeftijdsdiscriminatie direct een beroep kunnen doen op de algemene beginselen van het Unierecht in horizontale situaties. Het toetsingskader in geval van leeftijdsdiscriminatie op het terrein van arbeid en beroep wordt gevormd door artikel 21 EU-Handvest van de Grondrechten, Richtlijn 2000/78 en de algemene beginselen van het Unierecht.

Bij de toetsing van de vraag of sprake is van (een uitzondering op) leeftijdsdiscriminatie volgt de rechter de volgende stappen in het beoordelingsproces. De eerste stap ziet op de reikwijdte en de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78, de tweede stap betreft het onderzoek naar de vraag of sprake is van een verschil in behandeling, de derde stap ziet op de vraag of er sprake is van een legitiem doel op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de vierde stap of de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. In de hoofdstukken 4 tot en met 6 wordt uitvoerig bij de derde en vierde stap

175. Artikel 2 VEU.

in het beoordelingsproces naar de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie stilge staan.

De Europese werkgelegenheidsdoelstellingen spelen een rol bij toetsing aan artikel 6 lid 1 van de richtlijn bij de vraag of sprake is van een legitieme doelstelling op het terrein van de werkgelegenheid en de arbeidsmarkt, op grond waarvan afwijking van het verbod van leeftijdsdiscriminatie is gerechtvaardigd. Doel van de leeftijdsgrens kan ook zijn gelegen in de bescherming van de openbare orde of de volksgezondheid als bedoeld in artikel 2 lid 5 van de richtlijn. Doel van de leeftijdsgrens kan ook verband houden met de aard van de specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, en vormen aldus een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste als bedoeld in artikel 4 lid 1 van de richtlijn. Dit zijn echter geen werkgelegenheidsdoelstellingen die een rol spelen bij het beoordelingsproces naar de vraag of afgeweken kan worden van het verbod van leeftijdsdiscriminatie op grond van artikel 6 lid 1 van de richtlijn.

De vraag of sprake is van (rechtvaardiging van) leeftijdsdiscriminatie wordt uiteindelijk beoordeeld door de nationale rechter die bij uitsluiting bevoegd is om de feiten te beoordelen en de toepasselijke nationale wetgeving uit te leggen. De nationale rechter heeft een verregaande verplichting tot richtlijnconforme interpretatie van nationaal recht en dient elke met het Unierecht strijdige nationale bepaling buiten toepassing te laten. In geval van leeftijdsdiscriminatie moet de nationale rechter de wettelijke bepaling bij strijd met Richtlijn 2000/78 of artikel 21 EU-Handvest van de Grondrechten, buiten werking stellen.

Tot slot is het uiterst moeilijk om discriminatie te bewijzen, waardoor de bewijslast bij de verweerder wordt gelegd. Dit betekent dat de omgekeerde bewijslast bij de werkgever ligt, die de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie zal moeten bewijzen.

3.1 INLEIDING

Dit hoofdstuk behandelt de ontwikkeling van het Europees Sociaal beleid in het licht van de demografische veranderingen en de werkgelegenheidsdoelstellingen geformuleerd in de Europese Sociale Agenda namelijk die van actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties. Het Europees Sociaal beleid is gericht op verhoging van de werkgelegenheid: door discriminatiebestrijding en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties.

Het jaar 2012 is door de Raad van Europa uitgeroepen tot het Europees Jaar voor actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties.¹ Als gevolg van de demografische veranderingen neemt het aantal ouderen toe in relatie tot de beroepsbevolking. Doel van het Europees Jaar was om discriminatie op grond van leeftijd te bestrijden en barrières, in het bijzonder wat betreft de inzetbaarheid van ouderen op de arbeidsmarkt, uit de weg te ruimen en negatieve stereotypen over leeftijd te bestrijden.² Uitgangspunt was het creëren van een cultuur om actief ouder worden in Europa te vergemakkelijken op basis van een maatschappij voor alle leeftijden. Deze Europees sociale doelstellingen sluiten aan bij de Europeesrechtelijke taak van de Unie om discriminatie te bestrijden en solidariteit tussen de generaties te bevorderen.³ Het non-discriminatiebeginsel is dus zowel juridisch als beleidsmatig verbonden met het solidariteitsbeginsel. Solidariteit is een onderdeel van het politieke, economische en sociale beleid van de Unie.

Welk effect hebben de Europese werkgelegenheidsdoelstellingen actief ouder worden en solidariteit tussen de generaties op de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie? En welke rol speelt het Hof van Justitie EU bij het bereiken van deze Europese werkgelegenheidsdoelstellingen en de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie? Met andere woorden: in hoeverre werken deze doelen van het Europees Jaar voor

1. Besluit 940/2011/EU, 14 september 2011.

2. Artikel 2 onder d Besluit 940/2011/EU, 14 september 2011.

3. Artikel 3 lid 3 VEU.

actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties door in de rechtspraak van het Hof van Justitie EU bij de vraag of afgeweken kan worden van leeftijdsdiscriminatie?

In het vorige hoofdstuk hebben we gezien dat het gelijkebehandelingsrecht in Europese verdragen en richtlijnen een uitvloeisel is van het politieke, economische en sociale beleid van de Europese Unie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU. De Europese regelgeving ten aanzien van het gelijkebehandelingsrecht op het gebied van de arbeid en het beroep is tot stand gekomen in het kader van Europees Sociaal beleid. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de effecten van de demografische ontwikkelingen op het Europees sociaal en werkgelegenheidsbeleid, de strategie van Lissabon en van Europa 2020, de (vernieuwde) Europese Sociale Agenda, het economisch herstel, de Europese pijler van sociale rechten, het Europees beleid en de mededelingen van de Europese Commissie ten aanzien van actief ouder worden en solidariteit tussen de generaties evenals het Europees juridisch kader van die begrippen. We zullen zien dat er geen eenduidige definitie is van het solidariteitsbeginsel in Europese Verdragen. Om die reden wordt het solidariteitsbeginsel eveneens vanuit wetenschappelijke invalshoek en in de context van Europese rechtspraak gezien.

3.2 DEMOGRAFISCHE ONTWIKKELINGEN

Als gevolg van de demografische veranderingen (Europeanen leven gezonder en langer) neemt het aantal ouderen toe in relatie tot de beroepsbevolking. Dat heeft grote maatschappelijke consequenties en legt druk op overheid-, zorg- en pensioenbudgetten. Een groot aantal babyboomers gaat sinds 2012 met pensioen maar de werkende jongere generatie wordt kleiner. De sterkste versnelling van deze trend is te verwachten in de periode 2015-2035. Deze verschuiving is toe te schrijven aan een combinatie van lage geboortecijfers en stijgende levensverwachting. De gemiddelde levensverwachting is sinds 1960 met acht jaar gestegen, en zal volgens demografische voorspellingen in de komende veertig jaar met nog eens vijf jaar toenemen.⁴ De angst bestaat dat de oudere generatie een te grote druk gaat leggen op de jongere werkende generatie wat tot spanning tussen de generaties zou kunnen leiden. In deze opvatting is geen rekening gehouden met de significante en potentiële bijdrage die ouderen nog aan de maatschappij zouden kunnen leveren. De promotie van actieve arbeidsparticipatie moet mannen en vrouwen in de leeftijd van 50 jaar en ouder in staat stellen aandeel te hebben op de arbeidsmarkt. Dit is noodzakelijk vanwege demografische veranderingen, maar ook in het kader van de volksgezondheid en het voorkomen van sociale uitsluiting.

4. Voorstel EC betreffende het Europees Jaar voor actief ouder worden (2012) 6 september 2010, COM (2010) 462, p. 2.

De Europese Commissie geeft in haar jaaroverzicht *Werkgelegenheid en Sociale ontwikkelingen in Europa 2011* een analyse van de uitdagingen waarvoor Europa staat op het gebied van werkgelegenheid en sociaal beleid. Europa zal een enorme transformatie in haar leeftijdsopbouw gaan vertonen de komende decennia. De verwachting is dat de werknemers in de leeftijdscategorie 55 tot 64 jaar in 2020 toegenomen zal zijn tot 21% en in 2050 tot 22% van de beroepsbevolking.⁵ Uit de statistieken komt naar voren dat het aandeel oudere werknemers op de totale beroepsbevolking sinds het eerste kwartaal 2006 tot het eerste kwartaal in 2011 aanzienlijk is gestegen, ondanks de economische crisis. De arbeidsparticipatie van oudere vrouwen bleek aanmerkelijk hoger in vergelijking met mannen in diezelfde leeftijdsgroep.⁶ De Europese Commissie stelt zich op het standpunt dat vanwege deze ontwikkelingen hervorming van de arbeidsmarkt noodzakelijk is en er maatregelen dienen te worden genomen om de participatie van ouderen op de arbeidsmarkt te bevorderen. Uit onderzoek is naar voren gekomen dat hoger geschoolde werknemers langer aan het arbeidsproces deelnemen.⁷ Dat geldt ook wanneer de echtgenoot of partner blijft doorwerken, is dat niet het geval, dan heeft dat een enorme impact op werkloosheid en het vinden van een andere baan. Vrouwen gaan minder werken als hun partner met pensioen is en niet meer actief op de arbeidsmarkt. Daarentegen blijkt dat mannen juist meer gaan werken, als de partner niet meer actief is op de arbeidsmarkt. Vrouwen kiezen ervoor om op latere leeftijd parttime te gaan werken, mannen echter niet.⁸ Oudere werknemers hebben de minste kans om zowel vanuit een werkende positie als een inactieve situatie, weer een baan te krijgen of een eigen onderneming te beginnen. Als oudere werknemers eenmaal werkloos zijn, blijven ze werkloos. Deze situatie leidt dan ook in de meeste gevallen tot een stap naar (vervroegde) pensionering.⁹ Oudere werknemers blijven doorwerken zolang er marginaal voordeel is op een hoger inkomen in vergelijking met een pensioen- of werkloosheidsuitkering. Probleem is de discrepantie tussen productiviteit en het (te) hoge inkomen van oudere werknemers in vergelijking met de jongere generatie. Het aantal oudere werknemers met ervaring neemt toe in verhouding tot het aantal jonge werknemers zonder ervaring.

Uit het 2015 Ageing Report van de Europese Commissie blijkt dat de bevolking in de Unie de komende decennia drastisch zal veranderen door ontwikkelingen in fertiliteit, levensverwachting en migratie.¹⁰ Statistieken wijzen uit dat de gehele EU bevolking in 2060 niet alleen aanzienlijk zal zijn toegenomen maar ook veel ouder zal zijn. De verwachting is dat de leeftijdscategorie ouder dan 65 jaar in de gehele

-
5. Employment and Social Developments in Europe 2011, Chapter 5 Active Ageing Tabel 1.b, p. 203.
 6. Employment and Social Developments in Europe 2011, Chapter 5 Active Ageing Grafiek 9, p. 209.
 7. Employment and Social Developments in Europe 2011, Chapter 5 Active Ageing, p. 215, 2^e kolom.
 8. Employment and Social Developments in Europe 2011, Chapter 5 Active Ageing Tabel 4, p. 215.
 9. Employment and Social Developments in Europe 2011, Chapter 5 Active Ageing Tabel 5, p. 216.
 10. Europese Commissie, The 2015 Ageing Report: Underlying Assumptions and Projection Methodologies, p. 2.

EU in verhouding tot de leeftijdscategorie 15-64 jaar in 2060 zal zijn toegenomen van 27,8% tot 50,1%. Het percentage jongeren tot 15 jaar blijft vrij constant 15% van de totale bevolking, maar het bevolkingspercentage tussen 15 en 64 jaar zal daarentegen afnemen. De conclusie uit het 2015 Ageing Report is dat de demografische ontwikkelingen op de arbeidsmarkt alleen kunnen worden aangepakt door verhoging van de arbeidsparticipatie van oudere werknemers, vrouwen en migranten. De Europese Raad heeft reeds in het joint Employment Report van 28 februari 2013 aangegeven dat het verhogen van de arbeidsparticipatie een van de prioriteiten is waar de lidstaten aan zullen moeten blijven werken.

3.3 EUROPESE WERKGELEGENHEIDSRICHTSNOEREN

Het werkgelegenheidsvraagstuk in samenhang met de demografische ontwikkelingen is in Europa overigens niet nieuw. Het onderwerp krijgt sinds eind vorige eeuw ruimschoots aandacht.

Het is de taak van de Unie en de lidstaten om werkgelegenheid te bevorderen en een hoog werkgelegenheidsniveau te behalen.¹¹ De Europese Raad volgt hierin een gestructureerd proces en beziet jaarlijks de werkgelegenheidssituatie in de Unie. De Europese Raad stelt werkgelegenheidsrichtsnoeren op, waarmee de lidstaten in hun werkgelegenheidsbeleid dienen rekening te houden.¹² De Europese Raad heeft deze werkgelegenheidsrichtsnoeren in december 1999 in Helsinki voor het eerst vastgesteld. Doel van de werkgelegenheidsrichtsnoeren is om een gunstige arbeidsmarkt te bevorderen door de bestrijding van discriminatie. De werkgelegenheidsrichtsnoeren van de Europese Raad worden door de lidstaten jaarlijks opnieuw bekrachtigd.¹³ De lidstaten rapporteren vervolgens over de maatregelen die in het kader van nationaal werkgelegenheidsbeleid zijn genomen. Indien een nationaal jaarrapport daartoe aanleiding geeft, kan de Europese Raad, op aanbeveling van de Europese Commissie, met gekwalificeerde meerderheid besluiten aanbevelingen te richten tot de lidstaten. Elk jaar wordt over de vooruitgang van de aanbevelingen in de lidstaat gerapporteerd aan de Europese Raad. Hiermee is een belangrijke basis gelegd voor een gestructureerde coördinatie van nationaal werkgelegenheidsbeleid in de Unie, welk proces onder de huidige Europese regelgeving in stand is gebleven.

In 2015 zijn de geïntegreerde richtsnoeren opgesteld die een basis vormen voor de Europa 2020-strategie.¹⁴ Door de financiële en economische crisis zijn belangrijke tekortkomingen in de economie van de Unie en in de economieën van haar

11. Artikel 151 VWEU.

12. Artikel 148 VWEU.

13. Besluit (EU) 21 oktober 2010 (2010/707).

14. Besluit (EU) 15 oktober 2015 (2015/1848).

lidstaten aan het licht gekomen en hebben zich sterker gemanifesteerd. De crisis heeft ook laten zien dat de economieën en arbeidsmarkten van de lidstaten onderling nauw vervlochten zijn. De belangrijkste uitdaging van de Unie is om ervoor te zorgen dat er vooruitgang wordt geboekt in de richting van sterke, duurzame en inclusieve groei en het scheppen van banen. Voor 2018 pleit de Europese Commissie voor hervormingen ter bevordering van gelijke kansen en toegang tot de arbeidsmarkt, eerlijke arbeidsomstandigheden, sociale bescherming en inclusie en roept de lidstaten daarbij op om arbeid minder te belasten.¹⁵

3.4 LISSABON-STRATEGIE

Het Europees sociaal beleid heeft door de ontwikkeling van een uniek sociaal model een centrale rol gespeeld bij de opbouw van een sterke economie in Europa. Met het Europees Sociaal Model kan flexibel en dynamisch op veranderingen in de economie en maatschappij van Europa worden ingespeeld. De Europese Raad in Lissabon heeft nieuwe uitdagingen geïnventariseerd waarop een antwoord moest worden gegeven als Europa de meest dynamische en concurrerende kenniseconomie ter wereld wilde worden die tot duurzame groei met meer banen en een hechtere sociale samenhang in staat zou zijn. Het belangrijkste punt van de Europese Sociale Agenda was de modernisering van het Europees Sociaal Model en de uitvoering van de Lissabon-strategie waardoor naar economische en sociale vernieuwing moest worden gestreefd.

De Lissabon-strategie is nader uitgewerkt tijdens de Europese Raad van Stockholm in maart 2001 waar de lidstaten tot een gezamenlijk standpunt wilden komen met betrekking tot de verhoging van de arbeidsparticipatie en de promotie van het actief ouder worden. In Stockholm zijn ambitieuze targets gesteld om 70% van de gehele arbeidspopulatie aan het werk te hebben in 2010, waarvan 60% vrouwen en 50% oudere werknemers in de leeftijdscategorie 55-64 jaar, welke targets tot een toename van de werkgelegenheid in de EU zouden moeten zorgen. Om deze werkgelegenheidsdoelstellingen te bereiken is erkend dat een gezamenlijk initiatief van lidstaten en sociale partners nodig was om werknemers langer aan het werk te houden. Het rapport dat door de Europese Raad van Stockholm aan de Europese Commissie was gevraagd is toegespitst op de vergroting van de arbeidsparticipatie en de bevordering van beroepsactiviteit op oudere leeftijd in het licht van de demografische veranderingen.¹⁶ Geconstateerd werd dat de arbeidsparticipatie van oudere werknemers in dertig jaar was gedaald veelal als gevolg van (onvrijwillige) vroegpensioen en economische herstructurering. In 2002 heeft de Europese

15. Press Release Europese Commissie, Naar duurzame en inclusieve groei 22 november 2017, IP 2017-4681.

16. Vergroting van de arbeidsparticipatie en bevordering van beroepsactiviteit op oudere leeftijd, 24 januari 2001, COM (2002) 9.

Raad in Barcelona de Lissabon-strategie geëvalueerd.¹⁷ De uitkomst van die evaluatie was dat het groeipercentage van de EU voortdurend 3% moest blijven om de Lissabon-doelstellingen te kunnen verwezenlijken. In dat kader heeft de Europese Raad in Barcelona tot doel gesteld om oudere werknemers meer kansen te bieden om op de arbeidsmarkt te kunnen blijven en de gemiddelde leeftijd waarop werknemers met pensioen gaan geleidelijk aan te verhogen met circa vijf jaar.¹⁸

Om de Barcelona doelstellingen te behalen zouden vervroegde pensioneringsregelingen moeten worden beperkt. De voortgang op dit gebied is jaarlijks door de Europese Raad geanalyseerd, maar het streven om de leeftijd waarop mensen stoppen met werken geleidelijk aan op te trekken met vijf jaar in de periode tot 2010, is echter nooit bereikt.¹⁹ De Europese Commissie constateerde weliswaar in 2002 een forse stijging van 5,4% in de arbeidsparticipatie van werknemers in de leeftijdsgroep 55-64 jaar, maar die stijging vond voornamelijk plaats in de groeisectoren. Bovendien bleek uit de werkgelegenheidscijfers dat de arbeidsparticipatie van vrouwen in die leeftijdsgroep op dat moment slechts 30% bedroeg.²⁰

Zo heeft de Europese Commissie voorafgaande aan de voorjaarsbijeenkomst in Barcelona er bij de Europese Raad op aangedrongen om de grootst mogelijke aandacht te besteden aan actief werkgelegenheidsbeleid ter verbetering van arbeidskansen van de gehele beroepsbevolking, maar in het bijzonder van vrouwen en oudere werknemers.²¹ De Lissabon-strategie is in 2005 hernieuwd, waarbij een sterker accent wordt gelegd op groei met meer en betere banen, op het in standhouden van solidariteit en sociale rechtvaardigheid, op het bijdragen aan solidariteit tussen de generaties en verdere stappen voor gelijke rechten worden gezet.²² In de strategische doelstellingen van 2005-2009 werd geconstateerd dat Europa zich niet op het juiste spoor bevond.²³ Minder dan de helft van de burgers had bij de verkiezingen voor de Europese Grondwet een stem uitgebracht, hetgeen werd toegeschreven aan een te grote kloof tussen Brussel en de EU-burgers.

17. Mededeling EC: De Strategie van Lissabon – de veranderingen verwerklijken, 15 januari 2002, COM (2002) 14.

18. Conclusies van het Voorzitterschap Europese Raad van Barcelona, 15 en 16 maart 2002.

19. Employment and Social Developments in Europe Charts 5, 6, & 7, p. 206-207.

20. Mededeling EC: Langere deelname aan en latere uittreding uit het arbeidsproces van oudere werknemers, COM (2004) 146.

21. Mededeling EC: De Strategie van Lissabon – de veranderingen verwerklijken, 15 januari 2002, COM (2002) 14.

22. Considerans 4 Besluit 2010/707/EU, 21 oktober 2010 betreffende richtsnoeren voor het werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten.

23. Mededeling EC: Europa 2010: een partnerschap voor Europese vernieuwing, welvaart, solidariteit en veiligheid, COM (2005) 12.

3.5 EUROPA 2020-STRATEGIE

De Europese Commissie heeft in 2010 een nieuwe Europa 2020-strategie vastgesteld om uit de economische crisis te komen hetgeen gepaard moet gaan met een hoog niveau van werkgelegenheid waardoor belemmeringen voor oudere werknemers moeten worden weggenomen.²⁴ De toegenomen werkloosheid oefende druk uit op de sociale cohesie binnen Europa. De Europa 2020-strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei zou daarop het politieke antwoord moeten zijn. De toenmalige President van de Europese Commissie Barroso vond dat de economische realiteit sneller ging dan de politieke realiteit, hetgeen bleek uit de wereldwijde impact op de financiële crisis. Barroso zag de crisis als een wake up call waar business as usual is overgegaan naar een nieuwe wereldorde. De Europa 2020-strategie heeft tot doel om Europa weer op de rails te krijgen met een succesvolle exit uit de crisis. De werkgelegenheid is een van de zeven kerninitiatieven van de Europa 2020-strategie. Het streven is om de werkgelegenheid op te trekken naar 75% van de beroepsbevolking tussen de 20 en 64 jaar. Vanaf 2013 zal de bevolking in de werkende leeftijd in Europa voor het eerst dalen, terwijl het aandeel ouderen snel zal toenemen. Door de crisis zijn de uitdagingen die voortvloeien uit de demografische veranderingen nog groter geworden, dat vergt grotere inspanningen om de doelstellingen van Europa 2020 te behalen.²⁵ Volgens Barroso zijn de doelstellingen ambitieus, maar bereikbaar omdat de Europese landen de meest effectieve socialezekerheidsstelsels en ontwikkelde sociale partnerschappen hebben en tot de succesvolste concurrerende economieën ter wereld behoren.

Om de doelstelling dat 75% van de vrouwen en mannen tussen 20 en 64 jaar in 2020 werk heeft, stimuleert de Europese Commissie²⁶ een actief ouderenbeleid waarbij vroegpensioen wordt ontmoedigd, baanbehoud, re-integratie en een leven lang leren wordt gestimuleerd en speciale arbeidsvoorwaarden voor oudere werknemers worden gecreëerd. Een van de belangrijkste Europese initiatieven van Europa 2020 is dan ook de *Agenda voor nieuwe vaardigheden en banen: een Europese bijdrage aan volledige werkgelegenheid*.²⁷ Dit initiatief benadrukt hoe belangrijk het is dat oudere werknemers hun vaardigheden vergroten omdat met name zij kwetsbaar zijn bij economische reorganisaties. Ook beleid om ouderen te ondersteunen bij veranderingen binnen de arbeidsmarkt, met name in het proces van werkloosheid terug naar werk, komt aan bod. In april 2012 heeft de Europese Commissie

24. Europe 2020: Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, 3 maart 2010, COM (2010) 2020.

25. Mededeling EC: Naar sociale investering voor groei en cohesie 2014-2020, 20 februari 2013, COM (2013) 83.

26. Mededeling EC: Europa 2020, 3 maart 2010, COM (2010) 2020.

27. Mededeling EC, 23 november 2010, COM (2010) 682a.

een nieuw werkgelegenheidspakket aangenomen om lidstaten aan te moedigen de vraag naar arbeidskrachten te stimuleren, arbeidsbelastingen te verlagen en om het ontwikkelen van vaardigheden te ondersteunen in de sectoren met de beste toekomstperspectieven op het gebied van werk.²⁸

3.6 NAAR EEN ECONOMISCH HERSTEL

In het kwartaaloverzicht van september 2013 van de *Employment and Social Developments in Europe* signaleert de Europese Commissie dat er tekenen zijn van licht economisch herstel, maar dat de economische groei niet duurzaam zal zijn zonder banen, in het bijzonder wanneer de arbeidsmarkt en arbeidsvoorwaarden in de lidstaten zo van elkaar blijven verschillen. De arbeidsparticipatie van oudere werknemers steeg tot 48,8% in 2012, een stijging met 12% ten opzichte van 2000 en met 3,3% sinds het begin van de crisis in 2008. De toename van oudere werknemers op de arbeidsmarkt sinds het uitbreken van de crisis in 2008 was in Duitsland het hoogste (7,8%), maar substantieel met 5% of meer in Nederland, Polen, Luxemburg, Frankrijk en Italië en Hongarije. Daarentegen concludeert de Europese Commissie dat de Europa 2020-doelstelling om 75% van de bevolking in de leeftijdsgroep van 20-64 jaar aan het werk te hebben zeer moeilijk te behalen zal zijn vanwege stilstand of zelfs verlies aan banen in de meeste lidstaten.

Uit het Joint Employment Report 2017 blijkt dat de werkgelegenheid en de sociale situatie verbetert in het licht van het herstel van de economie waardoor de werkgelegenheidstarget van 75% in 2020 kan worden behaald als deze trend zich voortzet.²⁹ De verhoging van de pensioenleeftijd in de lidstaten draagt ertoe bij dat mannen en vrouwen worden aangemoedigd om langer werkzaam te zijn, ook voor de opbouw van een adequate levensstandaard. In volgende hoofdstukken van dit boek zal worden ingegaan op het effect van de verhoging van de pensioenleeftijd op de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie.

3.7 NAAR EEN EUROPESE PIJLER VAN SOCIALE RECHTEN

Tien jaar na de financiële crisis zijn de economische, sociale en politieke effecten, die een grote impact hebben gehad op de EU en haar burgers, nog steeds zichtbaar.³⁰ Daardoor heeft de EU behoefte aan een visie voor de toekomst en een nieuwe koers, om alle grote uitdagingen op het gebied van werk, migratie, toenemende ongelijkheid en armoede het hoofd te bieden. Door de economische crisis ging alle aandacht uit naar financiële steunmaatregelen aan noodlijdende EU-

28. Mededeling EC: Naar een banenrijk herstel, 18 april 2012, COM (2012) 173.

29. Europese Commissie en de Raad van Europa, 3 maart 2017, 6887/17.

30. Mededeling EC: De totstandbrenging van een Europese pijler van sociale rechten, COM (2017) 250, par. 2.1.

lidstaten waardoor er veel kritiek was wegens het gebrek aan aandacht voor sociale doelstellingen en sociale rechten.³¹ De ambitie van de President van de Europese Commissie om de Unie te brengen naar een Social Triple A status, leidde tot de lancering van een voorstel voor een Europese pijler van sociale rechten.³² De pijler is bedoeld als een nieuw referentiekader voor de lidstaten om nationaal sociaal en werkgelegenheidsbeleid te toetsen. Hoewel de Europese Commissie zich richt op drie categorieën: 1) gelijke kansen en toegang tot de arbeidsmarkt, 2) billijke arbeidsomstandigheden en 3) sociale bescherming en inclusie, wordt geen specifieke aandacht besteed aan de arbeidsparticipatie van oudere werknemers in het kader van de demografische ontwikkelingen. De pijler richt zich op gelijke kansen voor eenieder op het gebied van werkgelegenheid onder meer op grond van leeftijd en het bevorderen van de inclusie en participatie van ondervertegenwoordigde groepen op de arbeidsmarkt. De waarden die in de Europese pijler van sociale rechten zijn opgenomen vinden hun wettelijke basis in de Europese verdragen en bouwen voort op het Europees Sociaal Handvest, het Gemeenschapshandvest van de Sociale Grondrechten van de Werkenden en het EU-Handvest van de Grondrechten.³³

3.8 EUROPEES SOCIAAL BELEID ACTIEF OUDER WORDEN

Er zijn diverse mededelingen van de Europese Commissie verschenen waarin het beleid met betrekking tot de arbeidsparticipatie van oudere werknemers en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties is geformuleerd.

In *Langere deelname aan en latere uittreding uit het arbeidsproces van oudere werknemers* geeft de Europese Commissie aan dat op het werk en de arbeidsmarkt in toenevende mate rekening dient te worden gehouden met mensen van 50 jaar en ouder en dat het aantal jonge instromers op de arbeidsmarkt zal afnemen.³⁴ De Europese Commissie vond een mentaliteitsverandering van werkgevers en werknemers hierdoor dringend noodzakelijk. In *De demografische toekomst van Europa: probleem of uitdaging* werd de vergrijzing als een van de belangrijkste uitdagingen van de Unie geïdentificeerd. Deze mededeling is door de Europese Commissie opgesteld naar aanleiding van het Groenboek *Demografische veranderingen: naar een nieuwe solidariteit tussen generaties*.³⁵ In het Groenboek is nagegaan hoe Europeanen de demografische uitdaging het hoofd kunnen bieden met behulp van de hernieuwde strategie van Lissabon voor groei en werkgelegenheid. De beroepsbevolking daalt vanaf

31. De Becker en Schoukens, *De Europese Pijler van Sociale Rechten: een eerste evaluatie*, TRA 2017/86.

32. Aanbeveling voor een interinstitutionele afkondiging van de Europese pijler van sociale rechten, COM (2017) 251.

33. Pennings, *Een Europese pijler van sociale rechten*, NtEr (2017) 9/10, p. 234.

34. Mededeling EC: 3 maart 2004, COM (2004) 146.

35. Groenboek Europese Commissie, 16 maart 2005, COM (2005) 94.

2010, maar het totaal aantal werkende personen in de Unie zal tot 2017 stijgen. Zelfs als het doel van de strategie van Lissabon, namelijk een totale participatiegraad van 70%, zou worden behaald, daalt het aantal werkende mensen tussen 2010 en 2050 met 30 miljoen, was toen de voorspelling van de Europese Commissie. Op dat moment werkten in veel Europese lidstaten relatief weinig oudere mensen onder meer wegens vroegpensioenregelingen en het ontbreken van fiscale en sociale regelingen om doorwerken te stimuleren.³⁶ Uit de beschikbare informatie die de Europese Commissie ten tijde van dit rapport ten dienste stond blijkt niet dat oudere werknemers per definitie minder productief en innovatief zijn: de afname van fysieke en mentale capaciteiten doen zich pas op vrij hoge leeftijd voor. De solidariteit tussen de generaties kan in gevaar komen als de druk van de vergrijzing op de jongere bevolking neerkomt, terwijl die groep juist in omvang afneemt en minder economische draagkracht krijgt. De Europese Commissie onderkent dat de vergrijzing als gecompliceerd probleem een totaalaanpak behoeft. De vergrijzing is aanleiding voor verhoging van de participatiegraad van vrouwen en mannen die ouder zijn dan 55 jaar. De bevordering van actief ouder worden is een lange termijn doelstelling van de Europese Commissie, hetgeen veel meer omvat dan alleen pensioenhervormingen.

3.9 EUROPEES SOCIAAL BELEID SOLIDARITEIT TUSSEN DE GENERATIES

De Europese Commissie brengt het Europees sociaal werkgelegenheidsbeleid veelvuldig in verband met het solidariteitsbeginsel dat echter in verschillende context door de Europese Instellingen wordt gebruikt.³⁷ Solidariteit wordt op de Agenda voor de Burger *Concrete resultaten voor Europa* genoemd als een van de vier vrijheden: solidariteit, kansen, toegang en duurzaamheid waaraan door Europa concrete vorm gegeven moet worden.³⁸ De Agenda voor de Burger moet uitgaan van de gevestigde prioriteiten van welvaart, solidariteit en veiligheid binnen de context van de mondialisering en van het creëren van groei en werkgelegenheid, waarbij solidariteit wordt gezien als een van de fundamentele waarden waardoor burgers tot elkaar komen. Solidariteit moet zich uitstrekken tot de toekomstige generaties, via een doeltreffend optreden van de EU in het licht van demografische en ecologische veranderingen. De Agenda voor de Burger vormde de grondslag voor de Lissabon-strategie voor groei en werkgelegenheid. Het thema kwam een jaar later weer terug in *Kansen, toegang en solidariteit: naar een nieuwe sociale visie voor het Europa van de 21e eeuw* naar aanleiding van een brede raadpleging over de sociale veranderingen die zich in de Unie voordeden.³⁹ Dit was het antwoord van de

36. Mededeling EC: 12 oktober 2006, COM (2006) 571.

37. Sciarra, *Notions of Solidarity in Times of Economic Uncertainty*, *Industrial Law Journal* (2010), 39 (3) p. 225.

38. Mededeling EC: 10 mei 2006, COM (2006) 211.

39. Mededeling EC: 20 november 2007, COM (2007) 726.

Europese Commissie op de negatieve referenda in Frankrijk en Nederland tegen de Europese grondwet.⁴⁰ Europa had in het kader van de Lissabon-strategie weliswaar overeenstemming bereikt over een vernieuwde agenda voor groei en werkgelegenheid, maar Europa moest inspelen op de verwachtingen van EU-burgers en hun steun voor het Europese project opnieuw aanwakkeren.

De Europese Commissie heeft haar visie op de demografische veranderingen dus neergelegd in diverse mededelingen: *De demografische toekomst van Europa: probleem of uitdaging?*,⁴¹ *Meer solidariteit tussen de generaties*⁴² en *Opvanging van de gevolgen van de vergrijzing in de EU*.⁴³ *De vernieuwde Sociale Agenda: Kansen, toegang en solidariteit in het Europa van de 21e eeuw*,⁴⁴ die als hoofdthema's omvatten: een langer en gezonder leven, mobiliteit, sociale inclusie, discriminatiebestrijding, gelijke kansen en arbeidsparticipatie. Uitgangspunt voor de vernieuwde Europese Sociale Agenda was dat alle Europeanen gehecht zijn aan sociale solidariteit: tussen generaties, regio's, zij die het beter hebben en zij die het minder goed hebben, de rijkere en de minder rijke lidstaten. Solidariteit maakt dus deel uit van de wijze waarop de Europese samenleving werkt en hoe Europa omgaat met de rest van de wereld. Echte kans gelijkheid hangt zowel van toegang als van solidariteit af. Solidariteit betuigen betekent maatregelen nemen om de kansarmen te helpen, de mensen die niet de vruchten kunnen plukken van een open, snel veranderende maatschappij. Dat houdt in dat sociale inclusie en integratie, participatie en dialoog worden aangemoedigd en armoede wordt bestreden. Het betekent dat hulp wordt verleend aan mensen die geconfronteerd worden met tijdelijke problemen in verband met de aanpassing aan globalisering en technologische veranderingen. De vernieuwde Europese Sociale Agenda vormde een onderdeel van de Lissabon-strategie en was een poging om antwoord te geven op de nieuwe sociale ontwikkelingen en veranderingen in Europa en beschrijft hoe de doelstellingen in concrete maatregelen zouden moeten worden omgezet.

3.10 EUROPEES JAAR VOOR ACTIEF OUDER WORDEN EN SOLIDARITEIT TUSSEN DE GENERATIES

Het proces van vergrijzing van de bevolking in het licht van de demografische ontwikkelingen resulteerde in een voorstel voor een Europees Jaar voor actief ouder worden.⁴⁵ Uiteindelijk heeft het voorstel ertoe geleid dat 2012 door de Raad van Europa is uitgeroepen tot het Europees Jaar voor actief ouder worden en solidari-

40. Barnard, *Solidarity and the Commission's 'Renewed Social Agenda' in Promoting Solidarity in the EU*, OUP 2010, p. 81.

41. Mededeling EC: 12 oktober 2006, COM (2006) 571.

42. Mededeling EC: 10 mei 2007, COM (2007) 244.

43. Mededeling EC: 29 april 2009, COM (2009) 180.

44. Mededeling EC: 2 juli 2008, COM (2008) 412.

45. Mededeling EC: 6 september 2010, COM (2010) 462.

teit tussen de generaties.⁴⁶ De Employment Commissie van het Europees Parlement hoopte dat de lidstaten en de belangenorganisaties dit jaar zouden gebruiken om nieuw beleid en nieuwe oplossingen te ontwikkelen.⁴⁷ Het algemene doel van dat jaar was het creëren van een cultuur om actief ouder worden in Europa te vergemakkelijken op basis van een maatschappij voor alle leeftijden. Zodoende stimuleerde het Europees Jaar de solidariteit en de samenwerking tussen de generaties. Het bevorderen van actief ouder worden betekent dat gezorgd wordt voor meer mogelijkheden om oudere vrouwen en mannen in staat te stellen een rol te spelen op de arbeidsmarkt. Dit houdt onder meer in dat arbeidsvoorwaarden worden aangepast, dat negatieve leeftijd stereotypen en discriminatie op grond van leeftijd moet worden bestreden.⁴⁸

In het Verenigd Koninkrijk is door de Higher Education Funding Council for England onderzoek gedaan naar leeftijdsdiscriminatie en pensionering van hoogopgeleiden. Er zijn twee hoofdredenen om leeftijdsdiscriminatie van oudere werknemers te bestrijden. In de eerste plaats omdat de minder gunstige behandeling van oudere werknemers – hoofdzakelijk gebaseerd op stereotypen – in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling. Dit geldt vooral op het werk, waar de oudere werknemers in een veel nadeligere positie verkeren dan de jongere werknemers. De tweede is een pragmatische reden gebaseerd op sociaal-economische motieven: oudere werknemers blijken ervaren, loyale en betrouwbare werknemers. In het Verenigd Koninkrijk werd deze businesscase van belang geacht voor de demografische ontwikkelingen en de steeds ouder wordende bevolking.⁴⁹ Bijkomend argument was dat er steeds minder jongeren zijn om de oudere generatie te ondersteunen, waardoor de ouderen langer moeten doorwerken om een behoorlijk pensioeninkomen te kunnen opbouwen. Dit laatste is een belangrijke reden om oudere werknemers te beschermen tegen leeftijdsdiscriminatie. Het onderzoek toont aan dat er nauwelijks support is voor een verplichte pensioenleeftijd, maar veel meer voor een model van flexibele pensionering.⁵⁰

3.11 EUROPEES JURIDISCH KADER ACTIEF OUDER WORDEN

Het Europees Jaar voor actief ouder worden en solidariteit tussen de generaties was het resultaat van het sociaal en werkgelegenheidsbeleid van de Unie. Actief ouder worden betekent in de Unie in principe drie dingen: 1) zowel vrouwen als mannen in staat stellen langer te blijven werken, 2) het actief burgerschap verge-

46. Besluit 940/2011/EU, 14 september 2011.

47. Press Release 2012 European Year for Active Ageing and Solidarity between Generations.

48. Artikel 2 Besluit 940/2011/EU, 14 september 2011.

49. Simonetta Manfredi en Lucy Vickers, Retirement and Age Discrimination, ILJ (2009) 38(4), p. 344.

50. Simonetta Manfredi en Lucy Vickers, Retirement and Age Discrimination, ILJ (2009) 38(4), pp. 354-5.

makkelijken in een stimulerende omgeving en 3) ouderen mogelijkheden bieden gezond te blijven en zelfstandig te leven.

Er is geen specifieke definitie van actief ouder worden in het Europees recht. De betrokkenheid van de EU bij de Agenda voor actief ouder worden is gelegen in de kernwaarden zoals die in Europese verdragen en het EU-Handvest voor de Grondrechten zijn omschreven, zoals eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen in een samenleving die gekenmerkt wordt door pluralisme, non-discriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en gelijkheid van vrouwen en mannen.⁵¹

Een aanknopingspunt voor het begrip actief ouder worden is te vinden in artikel 25 van het EU-Handvest van de Grondrechten dat het recht van ouderen om een waardig en zelfstandig leven te leiden en aan het maatschappelijke en culturele leven deel te nemen erkent en eerbiedigt.⁵² Een ander aanknopingspunt is te vinden in het Europees Sociaal Handvest waarin het recht op sociale bescherming van ouderen is erkend.⁵³ Uitgangspunt is dat ouderen in staat worden gesteld om een zo lang mogelijk volwaardig lid te blijven van de maatschappij voorzien van voldoende middelen en passende huisvesting, zodat zij een fatsoenlijk bestaan kunnen leiden en actief kunnen deelnemen aan het maatschappelijke en culturele leven.

3.12 EUROPEES JURIDISCH KADER SOLIDARITEIT

Oorspronkelijk was solidariteit al een juridisch begrip. In het Romeins Recht drukt 'obligato insolidum' de gezamenlijke aansprakelijkheid van crediteuren en debiteuren uit (joint liability). Dit is nog steeds terug te vinden in het Europees civiele recht. Zo spreekt de Franse Code Civiel over 'obligations solidaire'.⁵⁴

Solidariteit ging in Europa voor het eerst een rol spelen bij de vorming van de Europese Economische Gemeenschap. Robert Schumann, de toenmalige minister van buitenlandse zaken in Frankrijk, stelde in zijn 'Schumann Declaration' voor om een Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) op te richten op basis van economische solidariteit tussen lidstaten.⁵⁵ In de preambule van het EGKS van

51. Artikel 2 VEU.

52. Considerans 5 Besluit 940/2011/EU, 14 september 2011.

53. Artikel 23 ESH.

54. Julianne Ottman, The concept of solidarity in National and European Law: The Welfare State and the European Social Model, www.icl-journal.com, 1/2008, p. 38.

55. 9 mei 1950.

1951 werd solidariteit gezien als een gemeenschappelijke basis voor de economische ontwikkeling.⁵⁶ Sindsdien wordt solidariteit eerst in economisch perspectief, later ook in sociale, politieke en financiële context gehanteerd. In de preambule van het Verdrag van Rome uit 1957 wordt solidariteit als intentieverklaring bij de welvaartsontwikkeling tussen Europa en landen overzee opgenomen. De Europese Raad in Nice heeft het solidariteitsbeginsel voor het eerst als fundamentele waarde van de Unie erkend, welke kwalificatie vervolgens in de Europese verdragen is opgenomen.⁵⁷

Solidariteit is op drie verschillende manieren in het EU-Verdrag gedefinieerd, en wel als: 1) solidariteit tussen de generaties, 2) solidariteit tussen lidstaten en 3) wederzijds respect tussen volkeren.⁵⁸ In het kader van die doelstellingen bestrijdt de Unie sociale uitsluiting en discriminatie, bevordert sociale rechtvaardigheid en bescherming, de gelijkheid van vrouwen en mannen, de solidariteit tussen generaties en de bescherming van de rechten van het kind.⁵⁹ Maar de Unie bevordert ook de economische, sociale en territoriale samenhang en de solidariteit tussen lidstaten.⁶⁰ Het internationaal optreden van de Unie berust op beginselen van gelijkheid en solidariteit en op de wereldwijde verspreiding van die beginselen.⁶¹ Door opname in de Europese verdragen zijn alle doelstellingen van de Unie samengebracht en als zodanig gelinkt naar economische en sociale cohesie, duurzaamheid, de interne markt en de mededinging.⁶²

In Titel VII van het EU-Werkingsverdrag is een specifieke solidariteitsclausule opgenomen waarin wordt uitgesproken dat de Unie en de lidstaten bij een terroristische aanval of (natuur)ramp uit solidariteit gezamenlijk zullen optreden.⁶³ In het kader van de interne markt en het milieu wordt het energiebeleid in de geest van solidariteit tussen de lidstaten uitgeoefend om de werking van de energiemarkt te waarborgen.⁶⁴ Het Europese asiel, immigratie en grenscontrole beleid en de uitvoering daarvan is eveneens gebaseerd op de beginselen van solidariteit tussen de lidstaten.⁶⁵ Aan het beleid van de Unie en de uitvoering daarvan liggen de beginselen van solidariteit tussen de lidstaten, ook op financieel vlak, ten grondslag.⁶⁶

56. Preambule Kolen en Staal Verdrag (EGKS) 1951.

57. Raad van Europa Nice, Conclusies van het Voorzitterschap 7, 8 en 9 december 2000, Bijlage I, paragraaf 11.

58. Artikel 3 VEU.

59. Artikel 3.3(2) VEU.

60. Artikel 3.3(3) VEU.

61. Artikel 21 VEU.

62. Cremona, *EU Enlargement; Solidarity and Conditionality*, ELR (2005) 30:1, 3-22, p. 2.

63. Artikel 222 VWEU, Titel VII.

64. Artikel 194 VWEU.

65. Artikel 67 VWEU.

66. Artikel 80 VWEU.

In Titel IV van het EU-Handvest van de Grondrechten is solidariteit omschreven als collectief recht gericht op sociale bescherming. Daaronder wordt een hoeveelheid van sociale rechten begrepen zoals het recht op: voorlichting en raadpleging,⁶⁷ collectieve onderhandelingen en actie,⁶⁸ toegang tot arbeidsbemiddeling,⁶⁹ bescherming bij kennelijk onredelijk ontslag,⁷⁰ rechtvaardige en billijke arbeidsomstandigheden en arbeidsvoorwaarden,⁷¹ gezins- en beroepsleven,⁷² sociale zekerheid en sociale bijstand,⁷³ en het verbod van kinderarbeid en bescherming van jongeren op het werk.⁷⁴ Maar onder solidariteit wordt ook begrepen het recht op gezondheidszorg,⁷⁵ toegang tot diensten van algemeen economisch belang,⁷⁶ milieubescherming,⁷⁷ en consumentenbescherming.⁷⁸

Zoals we zien is er geen eenduidige juridische definitie van het solidariteitsbeginsel in Europese regelgeving en is het begrip solidariteit tussen generaties uitsluitend in artikel 3.3 VEU gedefinieerd.

3.13 SOLIDARITEITSBEGINSEL VANUIT WETENSCHAPPELIJKE INVALSHOEK

In de literatuur is de vraag over de betekenis van het solidariteitsbeginsel ook veelvuldig aan de orde gesteld. Sterner Stjerno deed een onderzoek naar solidariteit als idee en signaleert dat solidariteit een sleutelpositie inneemt in de sociale politiek.⁷⁹

Ross kan evenmin een alles omvattende definitie van solidariteit geven. Hij vraagt zich af hoe solidariteit betekenisvol kan worden geplaatst in de moderne EU-context in relatie tot het EU-beleid en welke plaats solidariteit inneemt in verhouding tot de meer bekende en de gevestigde Europese onderwerpen zoals staatsburgerschap, vrij verkeer, gelijkheid en non-discriminatie. Volgens Ross nodigen de vele verwijzingen naar solidariteit in het Verdrag van Lissabon uit tot hernieuwde politieke, juridische en wetenschappelijke belangstelling voor dit onderwerp. Dat was volgens hem ook nodig na het gebrek aan solidariteit bij de referenda over de Europese grondwet, waarbij Frankrijk en Nederland tegen stemden. Vanuit een juridisch perspectief kan het solidariteitsbeginsel functioneren als grondbeginsel

67. Artikel 27 EU-Handvest van de Grondrechten.

68. Artikel 28 EU-Handvest van de Grondrechten.

69. Artikel 29 EU-Handvest van de Grondrechten.

70. Artikel 30 EU-Handvest van de Grondrechten.

71. Artikel 31 EU-Handvest van de Grondrechten.

72. Artikel 33 EU-Handvest van de Grondrechten.

73. Artikel 34 EU-Handvest van de Grondrechten.

74. Artikel 32 EU-Handvest van de Grondrechten.

75. Artikel 35 EU-Handvest van de Grondrechten.

76. Artikel 36 EU-Handvest van de Grondrechten.

77. Artikel 37 EU-Handvest van de Grondrechten.

78. Artikel 38 EU-Handvest van de Grondrechten.

79. *Solidarity in Europe: the history of an idea*, Cambridge University Press 2005.

dat waarden moet verdedigen en prioriteiten moet stellen.⁸⁰ Ross vindt de beschreven rechten in Titel IV Solidariteit EU-Handvest van de Grondrechten vrij soft en algemeen en in feite beginselen die de Unie moet inspireren tot wetgeving. Daarentegen ziet Ross het solidariteitsbeginsel als kwalificatie van een van de grondwaarden, als de meest innovatieve functie van het EU-Handvest van de Grondrechten.

Barnard heeft de relatie tussen solidariteit en de constructie van een Sociaal Europa onderzocht en constateert dat het solidariteitsbeginsel op verschillende manieren door de Europese Instellingen wordt gebruikt, maar dat er geen enkele poging is ondernomen om het beginsel te definiëren. Volgens Barnard wordt in Europa het solidariteitsbeginsel traditioneel in sociaal-politieke context geplaatst.⁸¹ Solidariteit wordt in 2006 voor het eerst gebruikt als fundamentele Europese waarde in de mededelingen van de Europese Commissie: *Concrete resultaten voor Europa* en genoemd als een van de vier vrijheden: solidariteit, kansen, toegang en duurzaamheid.⁸² Het voordeel van het diverse gebruik van solidariteit – als waarde, als doel en als beginsel – onderstreept volgens Barnard de flexibiliteit van de idee dat het voor diverse doeleinden kan worden gebruikt.⁸³ Als waarde en doel voor de politieke ontwikkeling en als beginsel om de wettelijke beslissingen te rechtvaardigen, zowel in horizontale situaties tussen lidstaten en hun onderdanen als in verticale situaties tussen EU-Instellingen en sub nationale spelers.⁸⁴

Ook Dougan en Spaventa constateren dat de Unie sociale solidariteit in verschillende vormen en manieren heeft laten doorsijpelen in diverse Verdragsbepalingen en zodoende een ware caleidoscoop van maatschappelijke rechten en beginselen heeft gecreëerd.⁸⁵ Zij onderscheiden twee modellen van sociale solidariteit. De eerste benadering is die van de objectieve rechtvaardiging waarbij Unieburgers die in een andere lidstaat verblijven, een beroep kunnen doen op gelijke behandeling ten aanzien van alle (sociale) voorzieningen die onder de reikwijdte van het Verdrag vallen. Het gastland moet bij deze benadering in iedere afzonderlijke situatie de beperkingen bij de toegang tot sociaal verzekering systemen verdedigen en aangeven waarom deze bijzondere voorwaarden voor verblijf in het kader van het algemeen belang worden gesteld. De tweede benadering gaat uit van een vergelijkbare positie van migranten met ingezetenen van het gastland. In deze benadering hebben migranten die tijdelijk in een gastland verblijven recht op gelijke behandeling met betrekking tot voorzieningen die binnen de reikwijdte van het Verdrag

80. Ross and Borgmann-Prebil, *Promoting Solidarity in the EU*, OUP 2010, p. 40.

81. Solidarity and the Commission's 'Renewed Social Agenda' in *Promoting Solidarity in the EU*, p. 81.

82. Mededeling Europese Commissie, COM (2006) 211, 3.

83. *Solidarity and New governance in Social Policy*, Oxford: Hart Publishing 2006, p. 156.

84. *Solidarity and New governance in Social Policy*, Oxford: Hart Publishing 2006, p. 173.

85. *Wish you weren't here...: new models of social solidarity in the EU*, Oxford: Hart Publishing, pp. 291-350.

vallen. Toetsingscriterium is dan dat zij zich in een gelijke situatie bevinden als de burgers en legaal verblijvende in dat gastland. Ondanks het opstellen van een Europese Sociale Agenda⁸⁶ maakt het gebrek aan harmoniserende bevoegdheden van de Unie het moeilijk om een effectief vehikel te identificeren waarbij de Unie een serieus supranationaal raamwerk van sociale solidariteit kan vaststellen. Dan blijft er volgens Dougan en Spaventa nog slechts een optie over en dat is terug te vallen op het assimilatie model van gelijke behandeling tussen de Unie en de lidstaten waarbij Europese migranten volledig zijn geïntegreerd in het solidariteit systeem van het gastland, maar zonder dat de bevoegdheid van elke lidstaat om zijn eigen keuzes te maken ter discussie wordt gesteld.

Stefano Giubboni vindt dat het sociale solidariteit systeem niet tot de nationale grenzen is beperkt, maar dat er wel sprake is van een zekere spanning tussen het vrij verkeer in de EU en het beginsel van sociale solidariteit.⁸⁷ Giubboni spreekt van solidariteit tussen vreemdelingen in (oftewel buitenlandse burgers uit) andere lidstaten. Het Europees recht maakt onderscheid voor de aanspraken op sociale bescherming tussen economische actieven (werknemers en zelfstandige ondernemers) en alle andere (niet economische actieve) EU-burgers. Om de sociale voorzieningen open te stellen voor alle EU-burgers zou een onevenredige financiële druk bij het gastland leggen. Daarom wordt onderscheid gemaakt tussen EU-burgers die in hoge mate zijn geïntegreerd in de samenleving van het gastland en burgers die recentelijk zijn binnengekomen. Sociale solidariteit speelt bij die EU-burgers die in hoge mate in de samenleving van het gastland zijn geïntegreerd. Zij kunnen aanspraak maken op de voorzieningen in het kader van de sociale zekerheid.

Financiële ondersteuning aan EU-burgers als consequentie van het vrij verkeer van personen, is door het Hof van Justitie EU veelvuldig in de rechtspraak toegepast. Grzelczyk,⁸⁸ Trojani⁸⁹ en D' Hoop⁹⁰ waren allen student die in een andere lidstaat studeerden en een beroep deden op een bijstandsuitkering om in hun onderhoud tijdens hun studie te voorzien. Omdat zij werden beschouwd als ingezetenen van de Unie en zij vrijelijk tussen de lidstaten mochten bewegen, waren de Europese gelijkebehandelingsbepalingen op hen van toepassing met betrekking tot de sociale zekerheid uitkeringen. Een burger van de EU is vrij om in een andere lidstaat te studeren. Volgens het Hof van Justitie EU moeten de lidstaten een zekere mate van financiële solidariteit laten zien. Het is dus legitiem voor een lidstaat om de financiële ondersteuning aan migranten te limiteren tot diegenen die in zekere

86. Mededeling Europese Commissie, 28 juni 2000, COM (2000) 379.

87. Giubboni, *Free movement of Persons and European Solidarity*, ELJ (2007) 13(3), pp. 360-79.

88. HvJ EU 20 september 2001, C-184/99, EUR-Lex 61999CJ0184.

89. HvJ EU 7 september 2004, C-456/02, EUR-Lex 62002CJ0456.

90. HvJ EU 11 juli 2002, C-224/98, EUR-Lex 61998J0224.

mate zijn geïntegreerd in de samenleving van het gastland, waarbij de bijdrage afhankelijk is van de duur van het verblijf. De financiële solidariteit en daardoor ook het gelijkheidsbeginsel hangt af van de mate waarin de burger van een ander lidstaat geïntegreerd is in de samenleving van het gastland.⁹¹ In de zaak Bidar was de vraag aan de orde of een gesubsidieerde lening of schenking aan een student kon worden beschouwd als noodzakelijke kosten van levensonderhoud.⁹²

3.14 SOLIDARITEITSBEGINSEL IN EUROPESE RECHTSPRAAK

Het Hof van Justitie EU gebruikt het solidariteitsbeginsel ook in andere dan financiële context: zoals bij sociale bescherming en sociale zekerheid, op de interne markt, en als solidariteit tussen de generaties bij de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie.

Het Hof van Justitie EU gebruikt het solidariteitsbeginsel vanaf begin 1990 om sommige sociaal verzorgingsstelsels te beschermen tegen Europees mededingingsrecht.⁹³ Het Hof van Justitie EU heeft aan het solidariteitsbeginsel een zekere suprematie toegekend voor sociale bescherming op de interne markt. Criterium is of er sprake is van een onderneming.⁹⁴ Non-profitorganisaties zijn veelal geen onderneming en vallen derhalve buiten het bereik van het Europees mededingingsrecht. Indien er wel sprake is van een onderneming en een economische activiteit maar het solidariteitsbeginsel leidt tot concurrentiebeperking, kan er onder omstandigheden sprake zijn van een objectieve rechtvaardiging.

In de zaak Sodemare definieerde Advocaat-Generaal Fenelly het solidariteitsbeginsel als volgt:⁹⁵

In de eerste plaats vormt het bestaan van stelsels van sociale bijstand die door de lidstaten zijn ingericht op basis van het solidariteitsbeginsel, als zodanig geen economische activiteit, zodat

91. Barnard Case C-209/03, Bidar, CML Rev. (2005) 42, pp. 1465-89.

92. HvJ EU 15 maart 2005, C-209/03, EUR-Lex 62003CJO209: Het HvJ EU oordeelde dat de Europese beginselen van gelijke behandeling op grond van nationaliteit in het onderhavige geval van toepassing waren en dat de Engelse regelgeving die een voorziening in de onderhoudskosten van Bidar verhinderde, indirect discriminatoir was. De lidstaten moeten in de organisatie en toepassing van hun socialezekerheidsstelsel een zekere mate van financiële solidariteit laten zien, de voorwaarde dat een student in zekere mate in de samenleving van het gastland moet zijn geïntegreerd is legitiem. De zaak Bidar leert dat migranten in beginsel toegang hebben tot leningen en toelagen onder dezelfde voorwaarden als de ingezetenen van het gastland als zij daar gedurende een zekere tijd verblijf hebben gehad. Bidar was al drie jaar voordat hij daar ging studeren bij zijn grootmoeder in Engeland woonachtig. De financiële solidariteit hangt af van de mate waarin de burger van een andere lidstaat geïntegreerd is in de samenleving van het gastland.

93. Barnard, *EC Employment Law*, Third Edition, Oxford University Press, p. 197.

94. Artikel 101 VWEU.

95. HvJ EU 26 januari 1999, C-18/95, Eur-Lex 61995CC0070.

de aan die stelsels inherente beperkingen van het vrije verkeer van goederen, diensten of personen niet tot toepasselijkheid van de verdragsbepalingen leiden. Bij sociale solidariteit gaat het om onvrijwillige subsidiëring van de ene sociale groepering door de andere, een van nature niet-commerciële handelwijze. Regels die nauw verbonden zijn met de financiering van dergelijke stelsels vallen eerder dan andere regels buiten de werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake vestiging en dienstverrichting. Het nastreven van sociale doeleinden op basis van solidariteit kan derhalve aanleiding zijn voor een lidstaat om particuliere aanbieders uit te sluiten van alle of een deel van de dienstverrichtingen van socialezekerheidsstelsels.

In een aantal sociale zekerheid zaken heeft het Hof van Justitie EU uitgemaakt dat het beheer van (wettelijke) stelsels van ziektekosten- en ouderdomsverzekering zuiver sociaal van aard is zonder enig winstoogmerk en op nationale solidariteit berust. De instellingen die met het beheer en de uitvoering van wettelijke stelsels van ziektekosten en ouderdomsverzekering zijn belast, zijn bijvoorbeeld ziekenfondsen die de wet uitvoeren en op geen enkele wijze de hoogte van de premies kunnen beïnvloeden. In *Poucet en Pistre* heeft het Hof van Justitie EU voor het eerst beslist dat geen sprake was van een economische activiteit en derhalve geen onderneming in de zin van de Europese mededinging.⁹⁶ Centrale vraag was of het systeem van verplichte aansluiting bij een ziekteverzekering of een ouderdomsverzekering in strijd was met Europees mededingingsrecht. *Poucet en Pistre* wilden zelf de keuze voor een ziekte- en ouderdomsverzekering maken en stelden zich op het standpunt dat de Franse pensioenbeheerder een dominante positie had op de interne markt en misbruik maakte van macht. De Sociale Diensten die de sociale zekerheid in Frankrijk beheren hebben een zuiver sociale taak zonder winstoogmerk, gebaseerd op nationale solidariteit, zonder enige economische activiteit. Volgens het Hof van Justitie EU is het systeem van verplichte aansluiting onmisbaar voor de toepassing van het solidariteitsbeginsel en voor het financiële evenwicht van dergelijke socialezekerheidsstelsels. De bijdragen waren gerelateerd aan de hoogte van het inkomen, terwijl de uitkeringen voor alle verzekerden gelijk waren. Sociale solidariteit werd door het Hof van Justitie EU gezien als een herverdeling van inkomens tussen de meest welgestelden en degenen die anders van de noodzakelijke sociale bescherming verstoken zouden blijven. Bij de ouderdomsverzekering maakt de werkende jongere generatie de financiering van de pensioenen van de gepensioneerden mogelijk. Met andere woorden: het solidariteitsbeginsel ligt besloten in de wijze van verdeling: 1) de bijdragen van de actieve werknemers worden aangewend om de pensioenen van de gepensioneerden te financieren, 2) de opgebouwde pensioenrechten zijn niet gerelateerd aan de omvang en de hoogte van de betaalde premies en 3) degenen die het goed hebben dragen bij voor degenen met structurele problemen, hetgeen impliceert dat pensioenrechten ook kunnen worden toegekend zonder dat premies zijn betaald.

96. HvJ EU 17 februari 1993, C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, Eur-Lex 61991J0159.

Kortom tot het begrip onderneming in de zin van de Europese mededinging behoren niet de instellingen die belast zijn met het beheer van wettelijke stelsels van ziektekosten- en ouderdomsverzekering die een zuiver sociaal doel hebben en geen economische activiteit uitoefenen. Dit is het geval met ziekenfondsen die, ofschoon de wetgever hun ter bevordering van een goed beheer een zekere vrijheid heeft gegeven bij de vaststelling van de hoogte van de premies, wettelijk verplicht zijn hun verzekerden verplichte verstrekkingen te verlenen, die in wezen identiek zijn en niet afhangen van het bedrag van de premies.

Ook in de zaak Albany ging het om de vraag of een verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds, dat door de overheid uitsluitend was belast met de inning en het beheer van pensioenpremies, in strijd was met Europees mededingingsrecht.⁹⁷ Het bedrijfstakpensioenfonds stelde zelf de hoogte van de premies en de uitkeringen vast en het werkte volgens het kapitalisatiebeginsel, waardoor de hoogte van de uitkeringen ook afhankelijk waren van de beleggingsresultaten van het pensioenfonds. De solidariteit bestond uit de verplichting alle werknemers zonder medische keuring te accepteren, de voortzetting van de pensioenopbouw met premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, de overname van achterstallige premies bij faillissement van een bij het bedrijfstakpensioenfonds aangesloten werkgever, de ontkoppeling van premieniveau en gedekte risico's en de indexatie van de pensioenen voor het behoud van hun waardevastheid. In de zaak Kattner Stahlbau was het systeem van de verplichte verzekering eveneens gebaseerd op solidariteit waarbij de beter betaalde werknemers dezelfde uitkering zouden ontvangen als de lager betaalde werknemers terwijl de premie voor elke werknemer afhankelijk was van de hoogte van het inkomen van de betreffende werknemer.⁹⁸

In de arresten Viking en Laval stond de solidariteit in het teken van het collectieve-actierecht, een grondrecht dat integraal deel uitmaakt van de algemene beginselen

97. HvJ EU 21 september 1999, C-67/96, Albany, EUR-Lex 61996JO067: Het HvJ EU vond het ontbreken van winstoogmerk en de aangevoerde solidariteitsaspecten niet voldoende om het bedrijfstakpensioenfonds zijn hoedanigheid van onderneming te ontnemen. De verplichte aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds leidt tot concurrentiebeperking en het uitsluitend recht om de aanvullende pensioenen te beheren tot een machtspositie, doch het HvJ EU vond deze inbreuk gerechtvaardigd door de hoge mate van solidariteit bij het bedrijfstakpensioenfonds. Het bedrijfstakpensioenfonds is hierdoor minder concurrerend dan een verzekeringsmaatschappij, hetgeen de exclusiviteit om de aanvullende pensioenregeling te beheren, rechtvaardigt. Een bedrijfstakpensioenfonds is een non-profitorganisatie, waarbij de premie is gebaseerd op het gemiddelde inkomen en niet op basis van het verzekerd risico.

98. HvJ EU 5 maart 2009, C-350/07, EUR-Lex 62007CJ0350: In geding was de vraag of een wettelijk verplichte verzekering voor werknemers voor ongevallen op het werk en voor beroepsziekten een beperking inhield op het vrij verkeer van diensten. Deze werk gerelateerde verzekering had een sociaal doel omdat iedereen onder de dekking van de verzekering viel. Er was een minimum contributie en de premies waren gerelateerd aan de hoogte van het inkomen en niet op basis van het verzekerd risico en de waarde van de sociale verzekeringsuitkeringen.

van Europees Recht.⁹⁹ In beide zaken ging het om vervanging van duurdere werknemers uit het ene land door goedkopere werknemers uit een ander land met als doel de arbeidskosten terug te dringen.¹⁰⁰ De vraag die centraal stond was of de solidariteitsacties, die een beperking inhielden van de fundamentele vrijheden meer specifiek het vrij verkeer van vestiging (Viking) en het vrij verkeer van diensten (Laval), gerechtvaardigd waren. Aan de orde was de rangorde tussen het algemeen grondbeginsel en de fundamentele vrijheden. In beide arresten werd de collectieve actie door het Hof erkend als grondrecht dat afgewogen werd tegen het vrij verkeer van vestiging en het vrij verkeer van diensten. Volgens het Hof van Justitie EU is er geen rangorde tussen het recht op collectieve actie en het vrij verkeer van diensten.¹⁰¹ Het recht om collectieve actie te voeren vormt een legitiem doel dat in beginsel een beperking van de fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen, maar afhankelijk is van de vraag of alle andere middelen waren uitgeput voordat tot een stakingsactie werd besloten.

We moeten constateren dat er geen eenduidige definitie van solidariteit bestaat, noch in wetgeving, noch in de literatuur en noch in de Europese rechtspraak. Solidariteit wordt in verschillende contexten gebruikt: als fundamentele waarde van de Unie, als solidariteit tussen lidstaten en burgers en als solidariteit tussen de generaties. In het Verdrag EU zijn drie verschillende definities gegeven van solidariteit.¹⁰² Daarvan is het bevorderen van solidariteit tussen de generaties een van de doelstellingen van de Unie om volledige werkgelegenheid te bereiken.

Solidariteit is geen algemeen beginsel van Unierecht, maar wordt vaak als rechtvaardigingsgrond gebruikt en niet zozeer om verplichtingen op te leggen aan lidstaten of burgers. Sociale doeleinden die worden nagestreefd op basis van solidariteit, dienen veelal als sociale bescherming voor burgers.

Dit onderzoek beperkt zich verder tot de definitie in de context van solidariteit tussen de generaties als werkgelegenheidsdoelstelling voor de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie. De afgelopen jaren heeft het Hof van Justitie EU in tal van arresten vorm gegeven aan de uitleg en interpretatie van het gelijkebehandelingsrecht en het non-discriminatiebeginsel. De vraag die veelvuldig aan de orde was of solidariteit tussen de generaties als legitiem werkgelegenheidsdoel kan worden aangemerkt om doorstroming op de arbeidsmarkt te bevorderen. Die vragen komen in het volgende hoofdstuk aan de orde.

99. HvJ EU 11 december 2007, C-438/05, Viking Line ABP, HvJ EU 18 december 2007, C-341/05, Laval un Partneri Ltd.

100. E.J.A. Franssen en C. van Lent, *De Viking zaak en de Laval zaak*, ArA (2008) 2, p. 61.

101. HvJ EU 18 december 2007, C-341/05, Laval un Partneri Ltd. v Svenska, punt 91.

102. Artikel 3 VEU.

3.15

CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is de ontwikkeling van het Europees Sociaal beleid uiteengezet tegen de achtergrond van de demografische veranderingen waardoor het aantal ouderen toeneemt in relatie tot de beroepsbevolking. Het Europees beleid is erop gericht om ouderen langer te laten doorwerken en om solidariteit tussen de generaties te bevorderen. Actieve arbeidsparticipatie van ouderen, discriminatiebestrijding, gelijke kansen, mobiliteit en sociale inclusie waren doelen geformuleerd in de Sociale Agenda van Lissabon. Deze werkgelegenheidsdoelstellingen vormden uiteindelijk de basis voor 2012: het Europees Jaar voor actief ouder worden en solidariteit tussen de generaties. Het algemene doel van het Europees Jaar was het creëren van een cultuur om actief ouder worden in Europa te vergemakkelijken op basis van een maatschappij voor alle leeftijden waardoor solidariteit en samenwerking tussen de generaties wordt gestimuleerd. Dit houdt onder meer in dat arbeidsvoorwaarden moeten worden aangepast, dat negatieve leeftijd stereotypen en discriminatie op grond van leeftijd moet worden bestreden en solidariteit tussen generaties moet worden gestimuleerd. De financiële en economische crisis heeft ertoe geleid dat de in Lissabon gestelde doelstellingen met betrekking tot de werkgelegenheid niet zijn behaald. De Europa 2020-strategie als opvolger van de Lissabon-strategie, streeft naar een hoog niveau van werkgelegenheid.¹⁰³ Doel van de Europa 2020-strategie is om de werkgelegenheid in de lidstaten op te trekken naar 75% van de beroepsbevolking waarbij belemmeringen voor oudere werknemers worden weggenomen.

De doelen van het Europees Jaar voor actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties, sluiten aan bij de taak van de Unie om discriminatie te bestrijden en solidariteit tussen de generaties te bevorderen.¹⁰⁴ Het non-discriminatiebeginsel is zowel juridisch als beleidsmatig verwant aan het solidariteitsbeginsel. Het non-discriminatiebeginsel, is evenals het solidariteitsbeginsel, evenmin eenduidig in Europese verdragen gedefinieerd. Solidariteit is geen afdwingbare verplichting, maar wordt door burgers en lidstaten vaak gebruikt als sociale doelstelling of rechtvaardigingsgrond. Actief ouder worden kent geen specifieke definitie in het Europees recht, maar is nauw verwant aan het grondrecht van ouderen om een waardig en zelfstandig leven te leiden.¹⁰⁵

In het volgende hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag hoe het Hof van Justitie EU de doelen van het Europees Jaar voor actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties benadert bij de vraag of afgeweken kan worden

103. Mededeling EC: Europa 2020 Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, 3 maart 2010, COM (2010) 2020.

104. Artikel 3 lid 3 VEU.

105. Artikel 25 EU-Handvest van de Grondrechten.

van het verbod van leeftijdsdiscriminatie. Daarbij komt de rol van het solidariteitsbeginsel en het bevorderen van actief ouder worden bij de legitimiteitstoets aan de orde en de vraag of het Hof van Justitie EU deze doelen als legitieme werkgelegenheidsdoelstellingen kwalificeert.

4.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is een overzicht gegeven van het Europees sociaal beleid dat sinds Lissabon is gericht op verhoging van de werkgelegenheid, welk doel onder meer bereikt kan worden door de promotie van actieve arbeidsparticipatie van oudere werknemers en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties. In dit hoofdstuk wordt onderzocht hoe het Hof van Justitie EU het gelijkebehandelingsrecht in het licht van sociaal, economisch en politiek gedreven brede werkgelegenheidsdoelstellingen, namelijk die van actief ouder worden en solidariteit tussen de generaties, benadert bij de vraag of afgeweken kan worden van leeftijdsdiscriminatie.

Welke rol speelt het Europees sociaal beleid in de leeftijdsdiscriminatiejurisprudentie bij de legitimiteitsvraag en hoe wordt dit beleid door het Hof van Justitie EU getoetst? Het Europees sociaal beleid werkt namelijk door in de leeftijdsdiscriminatie jurisprudentie bij de vraag of verschillen in behandeling gerechtvaardigd zijn, met name door legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding.¹ In dat kader wordt onderzocht of de doelen van het Europees Jaar voor actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties door het Hof van Justitie EU als legitieme werkgelegenheidsdoelstellingen worden aangemerkt. Met andere woorden: hoe benadert het Hof van Justitie EU deze twee – niet complementaire – Europese werkgelegenheidsdoelstellingen in het kader van de legitimiteitsvraag?

In de paragrafen 4.2 en 4.3 wordt het toetsingskader besproken, waarna achtereenvolgens de legitimiteitsvraag van de werkgelegenheidsdoelstellingen actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties in de Europese leeftijdsdiscriminatie jurisprudentie wordt geanalyseerd. Tot slot wordt bij deze derde stap in het beoordelingsproces stilgestaan bij de vraag of er sprake is van nationaal beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de

1. Artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78.

beroepsopleiding of dat met de maatregel een individueel bedrijfsbelang wordt gediend.

4.2 TOETSINGSKADER

Leeftijdscriminatie wordt getoetst aan het algemeen beginsel van Unierecht, artikel 21 EU-Handvest van de Grondrechten en de specifieke uitzonderingsbepaling voor leeftijdscriminatie in artikel 6 lid 1 van Richtlijn 2000/78.

Zoals we in hoofdstuk 2.3 bij de uitzonderingsbepalingen reeds hebben gezien, vereist de rechtvaardiging van leeftijdsonderscheid niet in alle gevallen dat sprake moet zijn van een legitiem werkgelegenheidsdoel. Bij toetsing aan de uitzonderingsgronden in artikel 4 lid 1 van de richtlijn bijvoorbeeld, beoordeelt de rechter of voor het onderscheid naar leeftijd sprake is van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste, met dien verstande dat het doel legitiem en het leeftijdsvereiste evenredig moet zijn aan dat doel. Bij de legitimiteitstoets aan artikel 4 lid 1 van de richtlijn spelen de Europese sociale werkgelegenheidsdoelstellingen dus geen rol. Doelstellingen in het kader van de openbare veiligheid en de bescherming van de volksgezondheid als bedoeld in artikel 2 lid 5 van de richtlijn zijn evenmin legitieme doelstellingen van sociaal beleid, zoals dat wel het geval is bij toetsing aan artikel 6 lid 1 van richtlijn.

Het Hof van Justitie EU heeft in diverse pensioenontslagzaken uitgemaakt dat de lidstaten een ruime bevoegdheid hebben bij de keuze van maatregelen op het gebied van sociaal werkgelegenheidsbeleid. De maatregelen kunnen verschillen naargelang de situatie in de lidstaten.² Dit houdt in dat de lidstaten hun sociaal beleid mogen bepalen op basis van politieke, economische, sociale, demografische en/of budgettaire overwegingen en ervoor kunnen kiezen om het arbeidzame leven van mensen te verlengen of juist te verkorten.³ Kortom de lidstaten hebben een enorme beleidsvrijheid om hun werkgelegenheidsbeleid te bepalen en de nationale wetgeving daarop af te stemmen.⁴ Diezelfde beleidsvrijheid komt ook toe aan sociale partners. Het Hof van Justitie EU hecht grote waarde aan de flexibiliteit van cao's omdat die (tussentijds) kunnen worden opgezegd, maar ook kunnen worden aangepast aan de globale situatie op de betrokken arbeidsmarkt en aan de kenmerken van de betrokken beroepsgroepen.⁵

2. Overweging 25 Considerans Richtlijn 2000/78.

3. HvJ EU 16 oktober 2007, C-411/05, Palacios de la Villa, EUR-Lex 62005CJ0411, punt 68 en 69.

4. Palacios, punt 68; Mangold, punt 63.

5. Rosenblatt, punt 49; zie ook Palacios de la Villa, punt 74.

4.3 WERKGELEGENHEIDSBELEID ALS ONDERDEEL VAN DE LEGITIMITEITSTOETS

De richtlijn beperkt zich tot het terrein van de arbeid en het beroep en dus tot het speelveld van werkgevers en werknemers, waarbij het er niet om gaat om jongeren of ouderen te beschermen, maar dat de een minder gunstig wordt behandeld dan de ander op grond van leeftijd. In considerans 25 van Richtlijn 2000/78 is overwogen dat het verbod van discriminatie op grond van leeftijd een fundamenteel element vormt om de doelstellingen in de werkgelegenheidsrichtsnoeren te bereiken.

Artikel 6 Richtlijn 2000/78 biedt voor lidstaten de mogelijkheid om te bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen. De in artikel 6 lid 1 onder a-c genoemde lijst van verschillen in behandeling, is niet limitatief. De beschreven verschillen in behandeling geven de contouren aan waarbinnen leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid en beroep is gerechtvaardigd. Genoemd worden het creëren van bijzondere voorwaarden voor toegang tot arbeid en beroepsopleiding, voorwaarden van ontslag en beloning voor jongeren en oudere werknemers om opnemings in het arbeidsproces te bevorderen, de vaststelling van minimumvoorwaarden met betrekking tot leeftijd, beroepservaring of anciënniteit in een functie voor toegang tot de arbeid evenals de vaststelling van een maximum leeftijd voor aanwerving gebaseerd op opleidingseisen of de noodzaak van een aan pensionering voorafgaand aantal arbeidsjaren.

Hoe beoordeelt het Hof van Justitie EU de legitimatie van nationale werkgelegenheidsdoelstellingen gericht op het stimuleren van actieve arbeidsparticipatie van oudere werknemers en op het bevorderen van solidariteit tussen de generaties? We zullen zien dat het Hof van Justitie EU maatregelen die tot doel hebben om de arbeidsparticipatie van oudere werknemers te stimuleren en anderzijds de doorstroming te bevorderen, kwalificeert als legitieme doelstellingen van beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en/of beroepsopleiding die rechtvaardigen dat wordt afgeweken van het verbod van discriminatie op grond van leeftijd.

Door het Hof van Justitie EU is in diverse verplicht pensioenontslagzaken ruimschoots aandacht besteed aan het werkgelegenheidsbeleid als doelstelling van sociaal beleid. In een groot aantal zaken werd het Hof van Justitie EU verzocht te beoordelen of het verplicht ontslag van werknemers bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, in de praktijk leidt tot de gewenste doorstroming en dus tot de toegang van jongeren op de arbeidsmarkt. Een complicerende factor daarbij is dat de Europese ambities voor groei en werkgelegenheid door de financieel-economische crisis zijn doorkruist, als gevolg waarvan de werkgelegenheid sterk is

gedaald en grote (jeugd)werkloosheid is ontstaan. De vraag is dan ook of met het verplicht pensioenontslag de beoogde doorstroming en het evenwicht tussen de generaties wordt bereikt.

Hoe toetst de rechter of de werkgelegenheidsdoelstellingen ook daadwerkelijk worden nagestreefd? Met andere woorden: vervullen de jongeren de plaatsen die vrijkomen doordat de oudere generatie werknemers met pensioen gaat? Die vraag is herhaaldelijk in Europese rechtspraak aan de orde is geweest. De praktijk wijst namelijk uit dat jongeren niet altijd de ervaring en vaardigheden hebben om de arbeidsplaatsen die door pensionering vrij komen, te vervullen. Bovendien is uit empirisch economisch onderzoek gebleken dat de doorstromingsgedachte in de praktijk niet zo blijkt te werken.⁶

4.4 ARBEIDSPARTICIPATIE OUDEREN: LEGITIEM WERKGELEGENHEIDSBELEID?

Aanknopingspunten voor een actief ouderenbeleid in de jurisprudentie zien we onder meer terug in de zaken Mangold en Hörnfeldt. Het werkgelegenheidsbeleid van de Duitse en de Zweedse regering was gericht op het bevorderen van de arbeidsparticipatie van oudere werknemers. De middelen om dat doel te bereiken waren echter verschillend: in Mangold bood de maatregel aan werkgevers de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst van werknemers vanaf 52-jarige leeftijd telkens voor bepaalde tijd te verlengen en in Hörnfeldt zag de maatregel op de automatische beëindiging van het dienstverband bij het bereiken van de 67-jarige leeftijd.

In Mangold is het werkgelegenheidsbeleid gericht op arbeidsparticipatie van oudere werknemers voor het eerst getoetst door het Hof van Justitie EU.⁷ De Duitse wetgeving maakte het indertijd mogelijk om met werknemers die de leeftijd van 52 jaar hadden bereikt, een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te gaan, indien hiervoor objectieve rechtvaardiging bestond. Doel van de maatregel was om de arbeidsmarktpositie voor oudere werknemers te verbeteren. In Mangold was de vraag aan de orde of de maatregel gericht op bevordering van werkgelegenheid van oudere werknemers legitiem en ook daadwerkelijk het beoogde doel tot gevolg had. Het Hof van Justitie EU achtte de maatregel weliswaar legitiem, maar niet noodzakelijk, zoals we verder in hoofdstuk 6 bij de proportionaliteitstoets zullen zien. Volgens het Hof van Justitie EU was de Duitse regering er niet in geslaagd om aan te tonen dat het middel enig effect had op het beoogde

6. Social Security Programs and Retirement around the World: the Relationship to Youth Employment, <http://www.nber.org/books/grub08-1>.

7. HvJ EU 22 november 2005, C-144/04, Mangold, EUR-Lex 62004CJ0144, JAR 2005/289.

werkgelegenheidsbeleid, omdat de maatregel van toepassing was op zowel werkenden als niet-werkenden.⁸

Hörnfeldt die gedurende zijn dienstverband bij de Zweedse posterijen geen volledig pensioen had opgebouwd, wilde na het bereiken van de maximum pensioenleeftijd van 67 jaar nog twee à drie jaar doorwerken om zo zijn ouderdomspensioeninkomen te verhogen. Dat werd in deze specifieke zaak door zijn werkgever geweigerd en Hörnfeldt beriep zich op leeftijdsdiscriminatie.⁹ Zweden kent een flexibel pensioenstelsel waarbij degene die pensioen heeft opgebouwd, vanaf 65-jarige leeftijd aanspraak maakt op ouderdomspensioen in de vorm van een basisdekking, maar tevens recht heeft om tot 67-jarige leeftijd door te werken. Deze zogenoemde 67-jaarregel voorziet dus in een recht, maar geen plicht om langer door te werken na het bereiken van de wettelijke pensioenleeftijd van 65 jaar. Doel van die maatregel was om langer doorwerken te faciliteren. Het Zweeds werkgelegenheidsbeleid is enerzijds gericht op de bevordering van actieve arbeidsparticipatie van oudere werknemers, maar anderzijds op het bevorderen van doorstroming om juist de jonge werknemers een kans te geven op de arbeidsmarkt. De Zweedse regering speelde hierbij dus in op de demografische ontwikkelingen, maar ook op de krapte op de arbeidsmarkt.¹⁰ Deze – zij het tegengestelde – werkgelegenheidsdoelstellingen liggen beiden ten grondslag aan de 67-jaarregel. Volgens de Zweedse regering belichaamt een dergelijke leeftijdsgrens de politieke en sociale consensus die sinds lange tijd bij sociale partners heerst.¹¹ Het Hof van Justitie EU achtte het doel van de 67-jaarregel om doorstroming te bevorderen legitiem, omdat de bevordering van werkgelegenheid een sociaal werkgelegenheidsdoel van de lidstaten vormt, met name wanneer het erom gaat om de toegang van jongeren tot de arbeidsmarkt te bevorderen.¹²

We zullen in hoofdstuk 6 zien dat het middel om de participatie van oudere werknemers te bevorderen, in deze zaken kennelijk het verschil maakt bij de strikte dan wel ruime benadering van de proportionaliteitstoets. Bij Mangold was de verlenging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vanaf een zekere leeftijd in geding, terwijl bij Hörnfeldt het verplicht pensioenontslag aan de orde was.

8. Mangold, punt 65.

9. HvJ EU 5 juli 2012, C-141/11, Hörnfeldt, EUR-Lex 62011CJ0141.

10. Hörnfeldt, punt 33.

11. Hörnfeldt, punt 27.

12. Hörnfeldt, punt 29.

4.5 TOEPASSING SOLIDARITEITSBEGINSEL IN EUROPEES SOCIAAL BELEID

Het is een van de taken van de Unie om sociale uitsluiting en discriminatie te bestrijden en solidariteit tussen de generaties te bevorderen.¹³ De bestrijding van discriminatie en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties vormt eveneens de basis van Europees Sociaal beleid. De benadering en toepassing van het solidariteitsbeginsel is op Europees niveau niet eenduidig.

Zoals we in hoofdstuk 3 hebben gezien wordt het solidariteitsbeginsel telkens op een ander wijze door de Europese Instellingen gehanteerd. Barnard constateerde al in 2006 dat het solidariteitsbeginsel op verschillende manieren door de Europese Instellingen werd gebruikt en dat er geen enkele poging was ondernomen om het beginsel te definiëren.¹⁴ Dat had volgens Barnard wel tot voordeel dat solidariteit flexibel voor diverse doeleinden kan worden ingezet.¹⁵ In het *Groenboek Demografische veranderingen: naar een nieuwe solidariteit tussen generaties*, onderkende de Europese Commissie dat nieuwe vormen van solidariteit ontwikkeld moesten worden, om het gewenste evenwicht tussen de generaties te bereiken.¹⁶ In de *demografische toekomst van Europa: probleem of uitdaging?*, concludeerde de Europese Commissie dat de druk van de vergrijzing op de jongere bevolkingsgroep, de beoogde solidariteit tussen de generaties in gevaar zou kunnen brengen.¹⁷ Eind 2016 heeft de Europese Commissie nogmaals aangegeven dat het solidariteitsbeginsel als Europees project keer op keer geherformuleerd en versterkt moest worden.¹⁸ Uiteindelijk is het doel om jongeren kansen te bieden door een waardevolle bijdrage te leveren aan de samenleving.

In de leeftijdsdiscriminatie jurisprudentie van het Hof van Justitie EU wordt solidariteit tussen de generaties vrij consistent beoordeeld in het licht van de doorstromingsgedachte dat ouderen plaats maken voor jongeren op de arbeidsmarkt, waardoor de werkgelegenheid evenwichtig tussen de generaties wordt verdeeld. De bescherming van jeugdwerkloosheid en de promotie van banen voor jongeren zijn door het Hof van Justitie EU erkende legitieme werkgelegenheidsdoelstellingen, die leeftijdsdiscriminatie rechtvaardigen.

We zullen later in dit hoofdstuk zien dat het Hof van Justitie EU in het ene geval een veel gedetailleerdere instructie aan de nationale rechter geeft dan in het andere geval. Dat houdt verband met de betwisting en het bewijs van het doorstromings-

13. Artikel 3.3 VEU.

14. Solidarity and the Commission's 'Renewed Social Agenda' in *Promoting Solidarity in the EU*, p. 80.

15. *Solidarity and New governance in Social Policy*, Oxford: Hart Publishing 2006, p. 156.

16. Mededeling EC: 16 maart 2005, COM (2005) 94.

17. Mededeling EC: 12 oktober 2006, COM (2006) 571, p. 8.

18. Mededeling EC: 'Een Europees Solidariteitskorps', 7 december 2016, COM (2016) 942.

argument door degene die zich op leeftijdsdiscriminatie beroept. Het is uiteindelijk aan de nationale rechter om te beoordelen of het middel de beoogde doorstroming tot gevolg heeft, maar hoe toetst de rechter dat en welk bewijs is daarvoor noodzakelijk? De bevordering van de werkgelegenheid voor jongeren staat haaks op het beleid om de arbeidsparticipatie van ouderen te verhogen. De wettelijke pensioenleeftijd is in de meeste Europese lidstaten de afgelopen jaren verhoogd waardoor werknemers langer kunnen en moeten doorwerken. Anderzijds ziet Europa zich als gevolg van de economische crisis geconfronteerd met hoge jeugdwerkloosheid die het hoofd moet worden geboden. Het verplicht pensioenontslag kan een geschikt instrument zijn om jongeren een kans te geven op de arbeidsmarkt.

4.6 LUMP OF LABOUR FALLACY

Door de demografische ontwikkelingen doemt de vraag op of de jongere generatie de oudere vervangt wanneer deze generatie met pensioen gaat. Is het wel zo dat minder banen voor ouderen in de praktijk automatisch leidt tot meer banen voor jongeren? Uit onderzoek door de International Labour Organisation is gebleken dat het verplichten van oudere werknemers om met pensioen te gaan niet per definitie jongeren helpt om een baan te vinden. Jongeren blijken niet makkelijk de oude generatie te kunnen vervangen en de praktijk wijst uit dat vroeg pensioenregelingen niet hebben geleid tot meer banen voor de jonge generatie.¹⁹

Gruber, Milligan en Wise hebben empirisch onderzoek gedaan naar het effect van vroegpensioen op de arbeidsparticipatie van jongeren en de jeugdwerkloosheid.²⁰ Het ontmoedigen van arbeidsparticipatie van ouderen en het entameren van vroegpensioen leidde in hun visie tot een financiële brandhaard en het faillissement van de sociale zekerheid. Onderzoek is gedaan naar de stelling dat maatregelen tot vroegpensioen werden geïntroduceerd om meer banen voor jongeren te creëren. De stelling dat meer werk door oudere werknemers, de mogelijkheden voor jongeren op de arbeidsmarkt beperkt, wordt door economen de 'lump of labour'-theorie genoemd. Deze theorie gaat uit van de gedachte dat de economie verdeeld is in boxen waarbij een oudere werknemer door een jongere wordt vervangen. Het volume werknemers blijft in deze economische filosofie steeds gelijk en er bestaat een correlatie tussen het percentage oudere werknemers op de arbeidsmarkt en de werkloosheid en arbeidsparticipatie van jongeren. Die theorie blijkt in de praktijk niet juist te zijn. Gebleken is dat door toename van het aantal werkende vrouwen de arbeidsmarkt enorm is gegroeid, waardoor de 'lump of labour'-theorie al hierom niet opgaat. Het onderzoek is verricht in 9 lidstaten van

19. Promoting longer life and ensuring work ability, Salazar-Xirinachs, Executive Director for Employment (ILO) at UNECE, Ministerial Conference on Ageing, Wenen (2012) 9-10.

20. Social Security Programs and Retirement around the World: the Relationship to Youth Employment, <http://www.nber.org/books/grub08-1>.

de EU waaronder Nederland, maar ook in de Verenigde Staten, Canada en Japan. Statistieken wijzen zelfs uit dat de landen met de grootste afname van ouderen op de arbeidsmarkt, eveneens de grootste afname in werk voor jongeren hebben. Kortom uit de resultaten van het onderzoek volgt dat er geen bewijs voorhanden is dat het (vroegtijdig) verlaten van de arbeidsmarkt door ouderen leidt tot meer banen en mogelijkheden op de arbeidsmarkt voor jongeren en evenmin dat een toename op de arbeidsmarkt van oudere werknemers leidt tot vermindering van banen voor jongeren.

4.7 SOLIDARITEIT TUSSEN DE GENERATIES IN EUROPESE RECHTSPRAAK

In de zaken *Palacios de la Villa*, *Rosenblatt* en *Petersen* heeft het Hof van Justitie EU de bescherming van werkgelegenheid voor jongeren op de arbeidsmarkt als legitiem doel van nationaal werkgelegenheidsbeleid aanvaard. In *Hörnfeldt* hebben we al gezien dat het doel van de verplichte pensioenleeftijd tweeledig kan zijn: enerzijds om werknemers na het bereiken van de 65-jarige leeftijd de mogelijkheid te bieden om langer door te werken, maar anderzijds om de toegang voor jongeren tot de arbeidsmarkt te vergemakkelijken.²¹

In *Palacios de la Villa* was het doel van het verplicht pensioenontslag om solidariteit tussen de generaties tot stand te brengen. De vraag was of de cao-bepaling die het verplicht pensioenontslag regelde, in lijn was met het Spaans werkgelegenheidsbeleid en artikel 6 lid 1 van de richtlijn.²² Dit werkgelegenheidsinitiatief van sociale partners had tot doel om de toegang van jongeren tot de Spaanse arbeidsmarkt te promoten door middel van een betere verdeling van werk tussen de generaties.²³

De verplichte pensioenleeftijd was in 1980 in Spaanse wetgeving geïntroduceerd vanwege de hoge werkloosheid met als doel om arbeidsplaatsen op de arbeidsmarkt te creëren voor diegenen die op zoek waren naar werk.²⁴ In dit arrest zien we dat de Spaanse regering bij het fluctueren van de economie telkens de (flexibele) pensioenleeftijd heeft aangepast aan de omstandigheden op de arbeidsmarkt. Zo heeft de Spaanse regering van 1980 tot 2001 de verplichte pensionering van werknemers vanaf een bepaalde leeftijd ingezet als instrument ter vermindering van werkloosheid. In 1980 was in Spaanse wetgeving de volgende bepaling opgenomen:

21. HvJ EU 5 juli 2012, C-141/11, *Hörnfeldt*, EUR-Lex 62011CJ0141.

22. HvJ EU 16 oktober 2007, C-411/05, *Palacios de la Villa*, EUR-Lex 62005CJ0411.

23. *Palacios*, punt 53.

24. *Palacios*, punt 59.

De deelname aan het arbeidsproces en de ontbinding van arbeidsovereenkomsten zijn onderworpen aan de maximumleeftijd die door de regering wordt vastgesteld naar gelang van de mogelijkheden van het socialezekerheidsstelsel en de arbeidsmarkt. De maximumleeftijd is in elk geval 69 jaar behoudens de mogelijkheid om de wachttijd voor de pensionering te completeren. Pensioenleeftijden kunnen in de collectieve onderhandelingen vrij worden overeengekomen, mits de desbetreffende regels van het socialezekerheidsstelsel in acht worden genomen.²⁵

Met ingang van 11 juli 1981 is de verplichte pensioenmaatregel weer door de Spaanse regering ingetrokken wegens verbetering van de economische situatie. De verplichte pensionering werd veeleer als een kostenpost voor het socialezekerheidsstelsel gezien dan als instrument ter bevordering van de werkgelegenheid. Wegens hervorming van de arbeidsmarkt en verbetering van de economische situatie, heeft de Spaanse regering de gedwongen pensionering toen vervangen door maatregelen ter bevordering van flexibele pensionering.²⁶ Daarentegen is de gedwongen pensionering in juli 2005 opnieuw ingevoerd om werkloosheid te bestrijden en de arbeidsmarkt te reguleren. Deze nieuwe wetgeving bood sociale partners de mogelijkheid om bij cao te regelen dat de arbeidsovereenkomst van werknemers bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van rechtswege zou eindigen. De wet van juli 2005 stelde hieraan echter twee voorwaarden: 1) het doel moest in overeenstemming zijn met het Spaans werkgelegenheidsbeleid en 2) de werknemer moest zijn pensioenpremie over het minimum aantal tijdvakken hebben voldaan.²⁷ De cao die de rechtsverhouding van Palacios de la Villa beheerste was gesloten voor de nieuwe wet van 2 juli 2005 welke cao slechts als voorwaarde stelde dat de werknemer zijn pensioenpremie over het minimum aantal tijdvakken moest hebben voldaan. Palacios de la Villa had zijn premie voldaan en kwam daardoor in aanmerking voor ouderdomspensioen. Cao's afgesloten voor de nieuwe wet van 2 juli 2005 vereisten immers geen samenhang met het Spaanse werkgelegenheidsbeleid maar cao's na 2 juli 2005 daarentegen wel. De maatregel had tot gevolg dat werknemers van 65 jaar in dezelfde economische omstandigheden verschillend werden behandeld door de wetwijziging van 2 juli 2005.²⁸ De verwijzende rechter vroeg zich af of de cao die de samenhang met Spaans werkgelegenheidsbeleid niet als voorwaarde stelde, wel in overeenstemming was met de richtlijn.

Het bevorderen van doorstroming en van solidariteit tussen de generaties beoordeelt het Hof van Justitie EU als een legitieme doelstelling van algemeen belang. Dit omdat het werkgelegenheidsbeleid en de situatie op de arbeidsmarkt uitdruk-

25. Vijfde aanvullende bepaling wet 8/1980 houdende het statuut van de werknemers van 10 maart 1980.

26. Palacios, punt 15.

27. Palacios, punt 22.

28. Palacios, punt 34.

kelijk in artikel 6 lid 1 van de richtlijn zijn genoemd en de bevordering van een hoog niveau van werkgelegenheid een van de door de Unie nagestreefde doelstellingen vormt.²⁹ Het Hof van Justitie EU verwijst eveneens naar de werkgelegenheidsrichtsnoeren die de Europese Raad in Helsinki heeft vastgesteld.³⁰ Het Hof van Justitie EU leidt uit de voorgeschiedenis en de context van de maatregel af, dat het verplicht pensioenontslag tot doel heeft om de nationale arbeidsmarkt te reguleren en om de werkloosheid te bestrijden.³¹

In de zaak Rosenblatt had de automatische beëindiging van het dienstverband bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd eveneens tot doel om solidariteit tussen de generaties te bevorderen. Dit doel werd door het Hof van Justitie EU legitiem beoordeeld opdat het werk in de schoonmaaksector tussen de generaties kon worden verdeeld.³² Gisela Rosenblatt had 39 jaar als schoonmaakster gewerkt op het moment dat haar arbeidsovereenkomst werd opgezegd wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Rosenblatt liet haar werkgever weten dat zij wilde doorwerken, maar dat werd geweigerd. Rosenblatt beriep zich op leeftijdsdiscriminatie omdat in de op haar arbeidsverhouding van toepassing zijnde cao was bepaald dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. De Duitse regering voerde in de procedure aan dat deze automatische beëindiging van de arbeidsovereenkomst een reflectie was van politieke en sociale consensus gedurende een zeer lange periode in Duitsland. Die consensus was hoofdzakelijk gebaseerd op de gedachte om het werk tussen de generaties te verdelen. De automatische beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, komt ten goede aan de jonge generatie werknemers omdat hun integratie in het arbeidsproces wordt bevorderd. Zo wordt het jongeren mogelijk gemaakt om makkelijker werk te vinden vooral in tijden van grote werkloosheid.³³ Een ander argument van de Duitse regering was dat de rechten van oudere werknemers adequaat zijn beschermd en dat het merendeel van hen wenst te stoppen met werken zodra zij in aanmerking komen voor een vervangend inkomen in de vorm van een ouderdomspensioen. Het doel om de aanstelling van jongeren te vergemakkelijken, de aanwerving te plannen en een goed, qua leeftijdsstructuur evenwichtig personeelsbeheer in de onderneming mogelijk te maken wordt legitiem bevonden vanwege een betere verdeling van de werkgelegenheid.³⁴ Dit mechanisme is gebaseerd op de balans tussen politieke, economische, sociale, demografische en budgettaire overwegingen en de keuze om

29. Palacios, punt 64.

30. Palacios, punt 25.

31. Palacios, punt 61-63.

32. HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09, Rosenblatt, EUR-Lex 62009CJ0045, punt 34.

33. Rosenblatt, punt 43.

34. Rosenblatt, punt 62.

het werkzame leven van werknemers te verlengen of te verkorten, door middel van vroegpensioen.³⁵

De clause in de algemeen verbindend verklaarde cao waarin de automatische beëindiging van het dienstverband bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd is geregeld, is het resultaat van collectieve onderhandeling tussen vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers. Het Hof van Justitie EU treedt verder niet in de beoordeling van het werkgelegenheidsdoel maar laat het aan sociale partners over om een evenwicht tussen werkgevers- en werknemersbelangen op de arbeidsmarkt tot stand te brengen. Het gedwongen pensioenontslag verzekert werknemers een zekere arbeidsstabiliteit, en op de lange termijn een vooruitzicht op pensioen, maar biedt werkgevers tegelijkertijd een zekere flexibiliteit in personeelsbeheer. De clause in de cao is dus de afspiegeling van een evenwicht tussen uiteenlopende maar legitieme belangen binnen een complexe context van arbeidsverhoudingen, dat nauw verband houdt met politieke keuzen op het gebied van pensioen en werkgelegenheid.³⁶ Deze motivering sluit aan bij die in het Palacios de la Villa-arrest.

In de zaak Petersen heeft het Hof van Justitie EU zich ook expliciet uitgelaten over het verband tussen de verplichte pensioenleeftijd en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties.³⁷ Het contract in het kader van de verplichte zorgverzekering van Domnica Petersen, die sinds 1974 als tandarts werkzaam was, werd niet meer verlengd omdat zij de leeftijd van 68 jaar had bereikt. De eerste prejudiciële vraag zag op de legitimiteit van de (werkgelegenheid) doelstellingen als bedoeld in artikel 6 lid 1 van de richtlijn. Die leeftijdsgrens had volgens de Duitse regering ten eerste tot doel om de gezondheid van patiënten die onder de verplichte zorgverzekering vielen te beschermen tegen de risico's van niet meer optimaal functionerende tandartsen op leeftijd, ten tweede om een eerlijke verdeling van werkgelegenheidskansen tussen de verschillende generaties tandartsen te bereiken en ten derde om te zorgen voor het financieel evenwicht van het Duitse zorgstelsel. De eerste en derde doelstelling zijn geen werkgelegenheidsdoelstellingen maar staan in het teken van de bescherming van de volksgezondheid, zodat het Hof van Justitie EU deze doelstellingen toetst aan artikel 2.5 van de richtlijn. De tweede doelstelling om de werkgelegenheid evenwichtig over generaties te verdelen werd door het Hof van Justitie EU getoetst aan artikel 6 lid 1 van de richtlijn.

Het Hof van Justitie EU beoordeelt het doel om de werkgelegenheidskansen tussen de verschillende generaties eerlijk te verdelen om toetreding van jongeren op de arbeidsmarkt te waarborgen, legitiem omdat de bevordering van het aantal

35. Rosenblatt, punt 44.

36. Rosenblatt, punt 68.

37. HvJ EU 12 januari 2010, C-341/08, Petersen, EUR-Lex 62008CA0341.

arbeidsplaatsen onbetwistbaar een doelstelling van sociale politiek en werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten vormt. Dat geldt ook voor de instrumenten van nationaal werkgelegenheidsbeleid die tot doel hebben de kansen op integratie in het beroepsleven van bepaalde categorieën werknemers te verbeteren door een limiet te stellen voor ouderen.

We hebben in het hiervoor besproken arrest Hörnfeldt gezien dat de 67-jaarregel meerdere doelstellingen van Zweeds werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid nastreefde. Volgens de Zweedse regering werden door deze maatregel belemmeringen weggenomen voor degenen die na het bereiken van de 65-jarige leeftijd wilden blijven werken. Hierdoor werd ingespeeld op de demografische ontwikkelingen en het risico van krapte op de arbeidsmarkt. De vaststelling van een verplichte pensioenleeftijd zou eveneens de toegang voor jongeren op de arbeidsmarkt vergemakkelijken.³⁸ Het Hof van Justitie EU acht de bevordering van werkgelegenheid onbetwistbaar een legitiem doel van sociaal werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten, met name wanneer het erom gaat de toegang van jongeren tot de arbeidsmarkt te bevorderen.³⁹ Beide doelen, te weten het bevorderen van actieve arbeidsparticipatie van oudere werknemers en het doorstromingselement om de jonge generatie een kans te geven op de arbeidsmarkt, worden door het Hof van Justitie EU ook in deze zaak als legitiem werkgelegenheidsbeleid aangemerkt.

4.8 BETWISTING WERKGELEGENHEIDSDOELSTELLING

In de zaken Georgiev, Fuchs en Köhler werd de bevordering van solidariteit tussen de generaties als legitieme werkgelegenheidsdoelstelling door deze werknemers in de procedure bestreden.

Zo betwistte Georgiev namelijk dat zijn plaats na pensionering zou worden ingevuld door een jonge hoogleraar wegens gebrek aan belangstelling van de jonge generatie voor het hoogleraarschap. Georgiev was in 1985 als docent aan de universiteit in Bulgarije gaan werken. Zijn arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd werd op 6 februari 2006 beëindigd vanwege het bereiken van de pensioenleeftijd van 65 jaar. Onmiddellijk daarna is Georgiev een arbeidsovereenkomst van een jaar aangeboden en is hij benoemd tot hoogleraar. Vervolgens is zijn arbeidsovereenkomst nog tweemaal met een jaar verlengd. De Bulgaarse professor Georgiev beriep zich na beëindiging van zijn dienstverband wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, onder meer op leeftijdsdiscriminatie en betwistte dat zijn plaats zou worden ingenomen door een hoogleraar uit de jonge generatie. Hoogleraren in Bulgarije mogen op 65-jarige leeftijd weliswaar met pensioen, maar

38. HvJ EU 5 juli 2012, C-141/11, Hörnfeldt, EUR-Lex 62011CJ0141.

39. Hörnfeldt, punt 29.

kunnen er ook voor opteren om de arbeidsovereenkomst drie maal met een jaar te verlengen tot maximaal de 68-jarige leeftijd.⁴⁰ Hoewel dit niet expliciet in de regeling stond vermeld – maar dat is ook niet nodig zullen we in het volgende hoofdstuk zien – was het doel van de maatregel om de leerstoelen van hoogleraren optimaal over de generaties te verdelen, zodat ook jonge hoogleraren benoemd konden worden.

Volgens de Universiteit en de Bulgaarse regering streeft de nationale wettelijke regeling een doelstelling van sociaal beleid na, die verband houdt met de opleiding van en de werkgelegenheid voor onderwijzend personeel, alsook met de toepassing van een concreet arbeidsmarktbeleid.⁴¹ De Europese Commissie, maar ook de Duitse en de Slowaakse regering, hebben daarentegen opgemerkt dat door verjonging van het lerarenkorps, de kwaliteit van het onderwijs en het onderzoek worden verzekerd en een evenwicht tussen de generaties tot stand wordt gebracht.⁴² De Advocaat-Generaal was van mening dat een gebalanceerde mix van verschillende generaties docenten en onderzoekers, de uitwisseling van ervaring en dus vernieuwing bevordert hetgeen de kwaliteit van het onderwijs en de ontwikkeling van het onderzoek aan de universiteiten ten goede komt.⁴³

Georgiev voerde in deze procedure aan dat de universiteit en de Bulgaarse regering zich beperken tot algemene beweringen en de Bulgaarse wetgeving niet strookt met de realiteit van de betrokken arbeidsmarkt. Volgens Georgiev is de gemiddelde leeftijd van hoogleraren in Bulgarije 58 jaar en zijn er hooguit 1000 hoogleraren door het gebrek aan belangstelling van jongeren voor het hooglerarschap, zodat de wetgeving niet tot doel kan hebben om de werkgelegenheid van jongeren te bevorderen.⁴⁴ In het licht van het verweer van Georgiev stelde het Hof van Justitie EU vraagtekens bij de Bulgaarse werkgelegenheidsdoelstelling van verplicht pensioenontslag.

Het Hof van Justitie EU kon op grond van het dossier niet vaststellen of de door de Europese Commissie, de Duitse en de Slowaakse regering vermelde doelstellingen overeenstemmen met die van de Bulgaarse wetgever.⁴⁵ Het Hof van Justitie EU laat het aan de nationale rechter om te beoordelen of de aangehaalde doelstellingen overeenstemmen met de feiten. De nationale rechter zal moeten beoordelen of de maximum pensioenleeftijd voor hoogleraren in Bulgarije daadwerkelijk leidt tot de benoeming van jonge hoogleraren en een evenredige verdeling van de posten

40. HvJ EU 18 november 2010, C-250/09 en C-268/09, *Georgiev v TU Sofia*, EUR-Lex 62009CJ0250.

41. *Georgiev*, punt 41.

42. *Georgiev*, punt 42.

43. Conclusie A-G Bot 2 september 2010, *Georgiev*, EUR-Lex 62009CC0250, punt 34.

44. *Georgiev*, punt 47.

45. *Georgiev*, punt 47.

tussen de generaties.⁴⁶ In deze zaak – waar het doorstromingsargument wordt betwist – zien we dat het Hof van Justitie EU een gedetailleerde instructie geeft aan de nationale rechter om die feiten te onderzoeken.

In de zaak Fuchs en Köhler was de verplicht pensioenontslag clausule voor procureurs in Land Hessen inzet van het geding.⁴⁷ Fuchs en Köhler waren beiden openbaar aanklager in Land Hessen en voor het leven benoemd. Voor hen gold een pensioenleeftijd van 65 jaar, met de mogelijkheid om tot het bereiken van de 68-jarige leeftijd een optioneel verzoek tot uitstel van de pensioendatum te doen. Het verzoek van Fuchs en Köhler om hun functie nog een jaar langer uit te oefenen, werd door de Minister van Justitie afgewezen omdat het belang van de dienst geen continuering van hun dienstverband vereiste. Fuchs en Köhler konden zich hiermee niet verenigen en beriepen zich op leeftijdsdiscriminatie. In Duitse ambtenarenwetgeving is bepaald dat ambtenaren in vaste dienst na het bereiken van de leeftijdsgrens met pensioen gaan. Het vaststellen van die leeftijdsgrens wordt aan de deelstaten overgelaten. In de ambtenarenwet van Land Hessen was de algemene pensioenleeftijd vastgesteld op 65-jarige leeftijd, met uitzondering van bepaalde specifieke beroepsgroepen waarvoor een hogere pensioenleeftijd gold, zoals burgemeesters op 71 jaar en professoren en leden van de rechterlijke macht op 68-jarige leeftijd.

In navolging van *Palacios de la Villa*, *Petersen en Georgiev* overwoog het Hof van Justitie EU ook in het *Fuchs en Köhler*-arrest dat het samenleven van verschillende generaties werknemers leidt tot uitwisseling van ervaring en kan bijdragen tot de bevordering van de kwaliteit van werk en prestaties.⁴⁸ De bevordering van werkgelegenheid vormt onbetwistbaar een legitiem doel van sociaal beleid of werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten, met name wanneer het erom gaat de toegang van jongeren tot de uitoefening van een beroep te bevorderen. Het creëren van een evenwichtige leeftijdsstructuur om nieuwe aanstelling van jongeren aan te moedigen, het personeelsbeheer te optimaliseren en daarmee eventuele geschillen over de geschiktheid van de werknemer om zijn activiteit na een bepaalde leeftijd uit te oefenen te voorkomen, beoogt niet alleen een kwalitatief hoogstaande rechterlijke macht te waarborgen, maar vormt ook een legitiem doel van werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid.⁴⁹

Het verplicht pensioen is een middel om een gunstige leeftijdsstructuur te creëren op de arbeidsmarkt binnen het betrokken beroep van procureurs, dus een mix van starters en van oudere werknemers die zich in een gevorderd stadium van hun car-

46. Georgiev, punt 48.

47. HvJ EU 21 juli 2011, C-159/11, *Fuchs*, C-160/11, *Köhler*, Eur-Lex 62010 CJ0159.

48. *Fuchs en Köhler*, punt 49.

49. *Fuchs en Köhler*, punt 50.

rière bevinden. Volgens de regering van Land Hessen en van Duitsland beoogt de verplichte pensionering een balans tussen de generaties te bewerkstelligen maar volgens de verwijzende rechter was dat in de praktijk niet het geval. Er is in deze zaak uitvoerig onderzoek gedaan naar het verband tussen verplichte pensionering en de aanstelling van jongere mensen, maar de uitkomst daarvan was dat pensionering van openbare aanklagers in de praktijk niet altijd bleek te resulteren in het creëren en vervullen van nieuwe vacatures.⁵⁰ Uit de statistieken die Land Hessen in de procedure had ingebracht, bleek bovendien dat een aanzienlijk deel van het personeelsbestand bij het Openbaar Ministerie reeds uit jonge mensen bestond. Voor een gunstige of ongunstige leeftijdsstructuur bestonden echter geen nauwkeurige criteria. De verwijzende rechter had de indruk dat de verplichte pensioenmaatregel eerder was bedoeld om bezuinigingen in plaats van de gestelde doorstroming te realiseren. Het doorvoeren van een maatregel uit budgettaire motieven is immers geen legitiem werkgelegenheidsdoel. Het Hof van Justitie EU acht het doel weliswaar legitiem, maar geeft daarbij wel een aantal gerichte aanwijzingen waaraan de nationale wetgeving in dat geval zou moeten voldoen, zoals het creëren van een evenwichtige leeftijdsstructuur en optimalisatie van het personeelsmanagement waardoor eventuele geschillen over de geschiktheid van de werknemer om de activiteit na een bepaalde leeftijd uit te oefenen, wordt voorkomen.⁵¹

4.9 NATIONAAL OF BEDRIJFSBELEID?

In het kader van de legitimitetsvraag toetst het Hof van Justitie EU of sprake is van nationaal beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding. In diverse pensioenontslagzaken is veelvuldig de prejudiciële vraag opgeworpen of overheids- en individueel bedrijfsbeleid kan worden begrepen onder de definitie van nationaal beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding. Met andere woorden: kan het doorstromingsdoel van een – niet bij cao geregelde – verplichte pensioenleeftijd in een onderneming legitiem zijn, als met het verplicht pensioenontslag veeleer het bedrijfsbelang, in plaats van het algemeen arbeidsmarktbelang wordt gediend.

In het Verenigd Koninkrijk ontstond er veel discussie bij de implementatie van de richtlijn in de Employment Equality (Age) Discrimination Regulations over de kwalificatie van legitieme doelstellingen. In de toelichting op deze wetgeving werden namelijk ook economische omstandigheden in de onderneming en maatregelen in het kader van de efficiency, als legitieme doelstellingen aangemerkt.⁵² Dit werd door Age Concern aan de orde gesteld in een procedure bij het Hof van Justi-

50. Fuchs en Köhler, punt 26.

51. Fuchs en Köhler, punt 75.

52. DTI, Equality and Diversity: Coming of Age. Consultation EEAR, Swift noot 8, p. 238.

tie EU. Ook in *Age Concern* heeft het Hof van Justitie EU overwogen dat een uitzondering op leeftijdsdiscriminatie is gerechtvaardigd op grond van algemene doelstellingen van sociaal beleid. Hieronder wordt verstaan beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, dat zich door zijn karakter van algemeen belang, onderscheidt van louter individuele beweegredenen die eigen zijn aan de situatie van de werkgever.⁵³ Werkgeversbelangen zijn bijvoorbeeld de vermindering van kosten of de verbetering van het concurrentievermogen. Dit betekent volgens het Hof van Justitie EU dat het moet gaan om doelen van algemeen sociaal beleid op het terrein van de werkgelegenheid, die in het teken staan van het publiek belang en zich onderscheiden van werkgeversbelangen. Dat wil niet zeggen dat een nationale regel aan de werkgever geen zekere mate van flexibiliteit toekent. Het moet dus gaan om publieke belangen op het vlak van werk en inkomen, niet om individuele belangen van de werkgever.⁵⁴ Dat het sociaal beleid daadwerkelijk door de nationale wetgever moet zijn vastgesteld blijkt niet, maar volgens Veldman veronderstelt het arrest dat het initiatief voor dit beleid bij de overheid ligt.⁵⁵

Zo was in *Fuchs en Köhler* de vraag aan de orde aan welke eisen een doelstelling van algemeen belang moest voldoen. De verwijzende rechter vroeg zich af of het doel van de verplichte pensioenleeftijd voor procureurs met een optionele verlengingsmogelijkheid indien het belang van de overheidsdienst dit vereiste, niet eerder het individueel belang van de werkgever, dan het algemeen nationaal werkgelegenheidsbelang diende.⁵⁶ Volgens de verwijzende rechter bestond er in het Duitse recht geen nauwkeurig omschreven criterium om te bepalen wanneer een leeftijdsstructuur als gunstig of ongunstig kan worden aangemerkt. Bovendien zag de verplichte pensionering voor procureurs op een zeer beperkte groep ambtenaren, die slechts een klein deel van het personeelsbestand van Land Hessen en Duitsland uitmaakten. Volgens de Duitse regering was het doel van de verplichte pensioenleeftijd gelegen in het bevorderen van de werkgelegenheid voor jonge mensen en de waarborging van een passende leeftijdsstructuur. Land Hessen en de Duitse regering waren van mening dat de verplichte pensioenleeftijd het enige middel was om de werkgelegenheid over de generaties te verdelen. Openbare aanklagers moeten namelijk over bijzondere kwalificaties beschikken en worden bovendien voor het leven benoemd. Daardoor is de toegang voor jongeren tot het ambt moeilijk en zeer beperkt.⁵⁷ Het Hof van Justitie EU beoordeelt de doelstellingen legitiem in het kader van het algemeen belang welke zich onderscheiden van

53. HvJ EU 5 maart 2009, C-388/07, *Age Concern*, EUR-Lex 62007CJ0338, punt 46.

54. Veldman, *Leeftijdscriminatie, ontslagvergoedingen en pensioenplafonds*, VvA Arbeidsrechtelijke reflecties 2014, p. 281.

55. Zie Veldman, *Contouren van het Europese leeftijdsdiscriminatierecht*, TRA 2012/4.

56. *Age Concern*, punt 25.

57. *Fuchs en Köhler*, punt 59.

louter individuele beweegredenen die eigen zijn aan de situatie van de werkgever. Hierbij wordt de motivering van Age Concern gevolgd. Het Hof van Justitie EU beschouwt de vermindering van kosten of de verbetering van de concurrentiepositie van de onderneming als werkgeversbelangen. Dit neemt niet weg dat een nationale regel gericht op het behalen van de werkgelegenheidsdoelstellingen aan de werkgever een zekere mate van flexibiliteit kan toekennen.⁵⁸ Het individueel bedrijfsbelang onderscheidt zich daarmee van het algemeen nationaal belang, waar het gaat om het creëren van een evenwichtige leeftijdsstructuur tussen jonge en oudere ambtenaren met als doel om nieuwe aanstellingen te realiseren, om de promotie van jongeren aan te moedigen en om het personeelsbeheer te optimaliseren. Voordeel van het verplicht pensioenontslag is dat eventuele geschillen over de geschiktheid van de werknemer om zijn activiteit na een bepaalde leeftijd uit te oefenen, worden voorkomen.⁵⁹ Ook in deze zaak kent het Hof van Justitie EU aan lidstaten en sociale partners een ruime discretie toe bij de keuze van sociaal werkgelegenheidsbeleid en de middelen om die doelstellingen te bereiken. Doelstellingen in het kader van het werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid worden door het Hof van Justitie EU als doelstellingen van algemeen belang beschouwd.⁶⁰

4.10

CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is een analyse gemaakt van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU over de beoordeling van de legitimiteitsvraag van nationaal werkgelegenheidsbeleid aan de hand van speerpunten geformuleerd in de Europese Sociale Agenda, namelijk die van actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties.

In de Europese rechtspraak is de bevordering van werkgelegenheid onbetwistbaar als legitiem doel van sociaal werkgelegenheidsbeleid aanvaard. Maatregelen ter bevordering van actief ouder worden en ter bevordering van solidariteit tussen de generaties worden door het Hof van Justitie EU als legitieme doelstelling van beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en/of beroepsopleiding aangemerkt die rechtvaardigen, dat wordt afgeweken van het verbod van leeftijdsdiscriminatie. In vrijwel alle gevallen zijn de werkgelegenheidsdoelstellingen – met uitzondering van die in de zaken Prigge en Petersen waar de doelstelling werd getoetst aan de vliegveiligheid en de volksgezondheid – door het Hof van Justitie EU legitiem beoordeeld.

Uitgangspunt van het Hof van Justitie EU is dat lidstaten en sociale partners over een ruime bevoegdheid en beoordelingsmarge beschikken met betrekking tot de

58. Fuchs en Köhler, punt 52.

59. Fuchs en Köhler, punt 50.

60. Fuchs en Köhler, punt 53.

keuze van het doel en de middelen van werkgelegenheidsbeleid. Lidstaten en sociale partners mogen hun sociale beleid bepalen op basis van politieke, economische, sociale, demografische en/of budgettaire overwegingen en kunnen ervoor kiezen of zij maatregelen nemen om het arbeidzame leven van werknemers te verlengen of juist te verkorten. Het Hof van Justitie EU beoordeelt het nationaal werkgelegenheidsbeleid niet op inhoud en gaat bij de legitimiteitstoets dus niet op de stoel van de nationale wetgever zitten, maar laat het aan de lidstaten en sociale partners over om een evenwicht tussen werkgevers- en werknemersbelangen op de arbeidsmarkt tot stand te brengen.

In vrijwel alle leeftijdscriminatiezaken bij het Hof van Justitie EU zijn de lidstaten erin geslaagd te beargumenteren dat er sprake is van een legitiem doel van werkgelegenheidsbeleid. De legitimatie van de gedwongen pensioenmaatregel wordt bijvoorbeeld gezocht in het argument om de kwaliteit van het onderwijs of de rechterlijke macht door verjonging en doorstroming te bevorderen. Een ander veel gebruikt argument is dat een gebalanceerde mix van generaties en de uitwisseling van ervaring kan bijdragen aan het verhogen van de kwaliteit in de sector. Doel van verplicht pensioenontslag is veelal het bevorderen van werkgelegenheid door de jongere generatie een kans te geven op de arbeidsmarkt. Het Hof van Justitie EU neemt de rechtvaardiging van het intergenerationale argument vrij gemakkelijk aan als legitiem doel van werkgelegenheidsbeleid, maar laat het aan de nationale rechter over om te beoordelen of het middel de beoogde doorstroming tot gevolg heeft en de maximum pensioenleeftijd daadwerkelijk leidt tot de benoeming van jongeren in de opengevallen vacatures en tot een evenredige verdeling van de posten tussen de generaties. We hebben in dit hoofdstuk gezien dat uit empirisch economisch onderzoek is gebleken, dat het verplicht pensioenontslag niet per definitie jongeren helpt om een baan te vinden. In de gevallen waarbij het doorstromingsargument werd betwist, geeft het Hof van Justitie EU een gedetailleerde bewijsinstructie aan de nationale rechter. In de zaak Georgiev bijvoorbeeld verwijst het Hof van Justitie EU het onderzoek naar de nationale rechter met een expliciete instructie om het verband tussen doel en middel uitdrukkelijk nader te onderzoeken.

Er bestaat bij het doorstromingsargument verdeeldheid over de vraag of er sprake is van nationaal werkgelegenheidsbeleid of individueel bedrijfsbeleid. Wettelijke en cao-bepalingen worden door het Hof van Justitie EU als nationaal beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding aange merkt, maar het Hof van Justitie EU verschaft geen duidelijkheid over het intergenerationale evenwicht binnen een onderneming. In *Age Concern* kwalificeert het Hof van Justitie EU de vermindering van kosten of de verbetering van concurrentievermogen als individuele bedrijfsdoelstellingen en niet als algemene doelstellingen van sociaal beleid. De interpretatie en uitleg van nationaal werkgelegenheids-

beleid door het Hof van Justitie EU is voor nationale rechters niet altijd duidelijk, zodat de nationale rechter met onbeantwoorde vragen kan achterblijven. In de zaak die door KLM-piloten werd aangespannen is dan ook beargumenteerd dat de Hoge Raad prejudiciële vragen had moeten stellen omdat niet duidelijk was of nu sprake was van nationaal werkgelegenheidsbeleid of individueel bedrijfsbeleid.

5.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk hebben we gezien dat twee van de doelstellingen geformuleerd in de Europese Sociale Agenda, namelijk die van actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties een rol spelen in de rechtspraak van het Hof van Justitie EU bij de vraag of inbreuk op leeftijdsdiscriminatie is gerechtvaardigd door een legitiem doel van werkgelegenheidsbeleid.

Het Hof van Justitie EU plaatst deze doelstellingen in de context van de algemene taken en doelstellingen van de Unie om de werkgelegenheid te bevorderen en een hoog werkgelegenheidsniveau te behalen. We hebben aan de hand van de jurisprudentie in het vorige hoofdstuk gezien dat het Hof van Justitie EU de bevordering van werkgelegenheid onbetwistbaar als legitiem doel van sociaal werkgelegenheidsbeleid heeft aangemerkt.

In dit hoofdstuk komen de processuele en bewijsrechtelijke aspecten van de legitimiteitsvraag aan de orde. De lidstaten zijn er in vrijwel alle leeftijdsdiscriminatiezaken bij het Hof van Justitie EU in geslaagd om te beargumenteren dat er sprake is van een legitiem doel van beleid op het terrein van de werkgelegenheid en de arbeidsmarkt, terwijl daarvan geen omschrijving of verwijzing in de wettelijke of cao-bepaling bleek.

Het Hof van Justitie EU heeft aan de lidstaten en sociale partners een ruime bevoegdheid en beoordelingsmarge toegekend met betrekking tot de keuze van het doel en de middelen om de werkgelegenheidsdoelstellingen zoals geformuleerd in de Europese Sociale Agenda, te behalen. Die beleidsvrijheid maakt dat lidstaten die vrijheid ook nemen en werkgelegenheidsdoelstellingen in de loop der tijd hebben aangepast aan economische en sociale ontwikkelingen op de arbeidsmarkt. Welk effect hebben die wijzigingen van het werkgelegenheidsbeleid op de legitimiteitsvraag volgens het Hof van Justitie EU?

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van een analyse van de Europese jurisprudentie onderzocht, welke consequenties het ontbreken van een omschrijving van de werkgelegenheidsdoelstelling in de wettelijke of cao-bepaling heeft voor de legitimitetsvraag. Die vraag geldt ook voor tussentijdse wijziging van het doel van beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding. Een maatregel kan meerdere werkgelegenheidsdoelstellingen nastreven, welke niet allemaal onder de uitzonderingsbepaling van artikel 6 lid 1 behoeven te vallen. De lijst met rechtvaardigingsgronden in artikel 6 lid 1 van de richtlijn is immers niet uitputtend. De doelstellingen kunnen ook met elkaar samenhangen, coherent of juist met elkaar in tegenspraak zijn. In paragraaf 5.6 e.v. wordt gekeken hoe de rechter de legitimatie van meerdere werkgelegenheidsdoelstellingen ordent en beoordeelt: in onderlinge samenhang of in een bepaalde rangorde?

5.2 OMSCHRIJVING EN CONTEXT WERKGELEGENHEIDSDOELSTELLING

Deze bewijsrechtelijke aspecten kwamen in 2007 voor het eerst aan de orde in de zaak *Palacios de la Villa* bij de beoordeling van de legitimitetsvraag van de Spaanse nationale werkgelegenheidsdoelstelling van het verplicht pensioenontslag.¹ Zoals in het vorige hoofdstuk reeds is besproken, had de pensioenbepaling in deze zaak tot gevolg dat werknemers van 65 jaar in dezelfde economische omstandigheden verschillend werden behandeld alleen omdat de cao waaronder zij vielen was afgesloten voor of na de wet van 2 juli 2005.² De verwijzende rechter vroeg zich af of de bepaling in overeenstemming was met Europees recht, omdat in de cao die was afgesloten voor 2 juli 2005, de samenhang tussen het doel van de maatregel en het nationaal werkgelegenheidsbeleid niet werd vereist, terwijl dit wel het geval was voor cao's die waren afgesloten na 2 juli 2005. Daarnaast was voorwaarde dat de werknemer de pensioenpremie over het minimum aantal tijdvakken moest hebben voldaan.

Probleem was dat een precieze omschrijving van het werkgelegenheidsdoel in de cao-bepaling ontbrak. Volgens het Hof van Justitie EU betekent dat echter niet dat de maatregel automatisch wordt uitgesloten van de rechtvaardigingsgronden, wanneer het onderliggende doel van de maatregel maar blijkt uit andere elementen, ontleend aan de algemene context van de betrokken maatregel. In deze zaak bleek de algemene context van het Spaans werkgelegenheidsbeleid uit de maatregelen die de Spaanse regering sinds 1980 in tijden van hoge werkloosheid had genomen.

1. HvJ EU 16 oktober 2007, C-411/05, *Palacios de la Villa*, EUR-Lex 62005CJ0411.

2. *Palacios*, punt 34.

Uit het uitvoerig beschreven feitencomplex valt op te maken hoe de Spaanse regering bij het fluctueren van de economie haar wetgeving met betrekking tot de (flexibele) pensioenleeftijd telkens heeft aangepast aan de omstandigheden op de arbeidsmarkt. We hebben gezien dat de Spaanse regering met de invoering van een maximum pensioenleeftijd tot doel had om de nationale arbeidsmarkt te reguleren, met name om de werkloosheid te bestrijden door werkzoekenden mogelijkheden op de arbeidsmarkt te bieden. De algemene context bleek ook uit andere elementen. Zo was in de collectieve arbeidsovereenkomst de bevordering van de werkgelegenheid als doel van het verplicht pensioenontslag uitdrukkelijk omschreven. Een dergelijke doelstelling van algemeen belang achtte het Hof van Justitie EU legitiem, aangezien de bevordering van een hoog niveau van werkgelegenheid gelet op Richtlijn 2000/78 en het EU-Verdrag, een van de door de Unie nagestreefde doelstellingen vormt.³

5.3 LIJST MET UITZONDERINGEN

Door Age Concern werd de precieze omschrijving van de uitzonderingsbepalingen zoals die in nationale wetgeving geïmplementeerd zouden moeten worden, eveneens aan de orde gesteld.⁴ Age Concern – een Engelse liefdadigheidsorganisatie gericht op de bevordering van het welzijn van ouderen – was van mening dat de Employment Age Regulations in strijd waren met Richtlijn 2000/78 wegens het ontbreken van een specifieke lijst met uitzonderingen voor leeftijdsdiscriminatie.⁵ Hierdoor betwistte Age Concern de geldigheid van enkele bepalingen van de Employment Equality Age Regulations omdat Richtlijn 2000/78 niet op correcte wijze in de nationale wetgeving zou zijn geïmplementeerd.⁶ Age Concern stelde in de procedure dat artikel 6 lid 1 van de richtlijn werd geschonden door ontslag wegens pensionering op basis van de in de Regulations omschreven criteria uit te zonderen van leeftijdsdiscriminatie.⁷ Volgens de verwijzende rechter voorzien de Regulations niet in een beroepsmogelijkheid om het beginsel van gelijke behandeling door een rechter te laten toetsen. Voordat Richtlijn 2000/78 op 3 april 2006 in de Employment Age Regulations in de UK en Noord Ierland was geïmplementeerd bestond er in het Verenigd Koninkrijk geen enkele wettelijke bepaling tegen leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid en het beroep. Gevolg hiervan was dat werkgevers werknemers op de overeengekomen pensioenleeftijd konden ontslaan, zonder dat werknemers aanspraak hadden op een ontslagvergoeding.⁸ Age Concern stelde in de procedure, dat artikel 6 lid 1 van de richtlijn lidstaten verplicht om in hun

3. Perscommuniqué HvJ EU Luxemburg Nr. 73/07, 16 oktober 2007, Palacios, punt 64.

4. HvJ EU 5 maart 2009, C-388/07, Age Concern, EHRC 2009/47, EUR-Lex 62007CJ0388.

5. Age Concern, punt 36 en 37.

6. Connolly, Forced Retirement, Age Discrimination and the Heyday Case, ILRev. (2009) 38(2), pp. 233-41.

7. Artikel 30, bijlagen 8 en 6 Regulations.

8. Sections 109 en 156 Employment Right Act 1996.

implementatie-instrumenten een specifieke lijst met uitzonderingen op te nemen, die verschil in behandeling rechtvaardigen. De verwijzende rechter vroeg zich af of lidstaten in nationale wetgeving op specifieke wijze de verschillende uitzonderingen op leeftijdsdiscriminatie moesten vermelden.⁹ De lijst met rechtvaardigingsgronden in artikel 6 lid 1 van de richtlijn duidt er volgens Age Concern dus op dat de gemeenschapswetgever aan lidstaten de verplichting heeft willen opleggen om een specifieke lijst met gerechtvaardigde verschillen in behandeling in hun implementatie instrumenten op te nemen. De regering van het Verenigd Koninkrijk betwist dit en ook de Italiaanse regering beroept zich op de speelruimte waarover lidstaten bij de omzetting van een richtlijn beschikken.¹⁰ Volgens de Europese Commissie is het non-discriminatie beginsel op grond van leeftijd een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht. Elke uitzondering op dit beginsel moet worden gerechtvaardigd door een algemene doelstelling van sociaal beleid, die eigen zijn aan een bepaalde lidstaat. De bepalingen van artikel 6 lid 1 van de richtlijn veronderstellen de vaststelling van een specifieke nationale maatregel die een geheel van bijzondere omstandigheden en doelstellingen weerspiegelt.¹¹ Een richtlijn is bindend voor elke lidstaat waarvoor zij is bestemd, ten aanzien van het te bereiken resultaat maar laat aan de nationale instanties de bevoegdheid om vorm en middelen te kiezen.¹² Met andere woorden, lidstaten zijn verplicht bij de implementatie van een richtlijn, de volle werking ervan te verzekeren, maar beschikken over een ruime beoordelingsmarge met betrekking tot de keuze van de middelen.¹³ De omzetting van een richtlijn vereist niet altijd dat de voorschriften ervan formeel in een uitdrukkelijke en specifieke wettelijke bepaling worden opgenomen, de uitvoering kan – naar gelang de inhoud – ook door middel van algemene beginselen of bij algemene maatregel plaatsvinden als de volledige toepassing van de richtlijn maar wordt verzekerd en voldoende duidelijk is.¹⁴ Volgens het Hof van Justitie EU zijn lidstaten overeenkomstig deze beginselen niet verplicht om in nationale wetgeving een specifieke lijst met rechtvaardigingsgronden op te nemen omdat de bewoordingen van artikel 6 lid 1 van de richtlijn slechts een indicatieve waarde hebben en het onderliggende doel kan worden bepaald aan de hand van andere elementen, ontleend aan de algemene context van de betrokken maatregel.¹⁵

9. Age Concern, punt 31.

10. Age Concern, punt 38 en 39.

11. Age Concern, punt 40.

12. Art. 249 EG.

13. Age Concern, punt 41.

14. Age Concern, punt 42, zie ook HvJ EU 23 mei 1985, C-29/84, EC/Duitsland en HvJ EU 9 april 1987, C-363/85, EC/Italië.

15. Age Concern, punt 45.

Het Hof van Justitie EU heeft in het Age Concern-arrest de in Palacios de la Villa uitgezette lijn herhaald en bevestigd.¹⁶ Het is uiteindelijk de taak van de nationale rechter om uit te maken of en in hoeverre een bepaling die werkgevers toestaat, werknemers te ontslaan die de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt, wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel. Dat betekent echter niet dat lidstaten kunnen volstaan met eenvoudige algemene verklaringen dat een bepaalde maatregel geschikt is om bij te dragen tot het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding. Het gebrek aan precisie met betrekking tot het doel dat met de nationale regeling wordt beoogd, leidt er niet toe dat de regeling van rechtvaardiging wordt uitgesloten. Het is voldoende als het doel van de maatregel maar uit de algemene context of aan de hand van andere elementen kan worden aangetoond. De lidstaten beschikken bij de keuze van de middelen die geschikt zijn om hun doelstellingen van sociaal beleid te verwezenlijken, over een ruime beoordelingsvrijheid, maar het Hof van Justitie EU voegt hieraan toe dat die beoordelingsvrijheid er niet toe mag leiden dat de tenuitvoerlegging van het non-discriminatiebeginsel van haar inhoud wordt beroofd.¹⁷

De arresten Palacios de la Villa en Age Concern zijn dus richtinggevend geweest voor de rechtvaardiging van het gedwongen pensioenontslag. Heemskerk stelt in zijn noot onder Age Concern dat er voor lidstaten geen vuiltje aan de lucht lijkt om leeftijdsgrenzen in wetgeving te hanteren, zolang er maar een doelstelling van sociaal beleid is die als objectieve rechtvaardiging kan worden ingezet – en die niet benoemd hoeft te worden – blijft men binnen de ruimte die het Hof van Justitie EU biedt. Echter algemene verklaringen dat een bepaalde leeftijdsmaatregel geschikt is om een doelstelling van sociaal beleid te ondersteunen, volstaan niet. Er moet wel ergens uit de context van de wet een legitieme doelstelling zijn te achterhalen.¹⁸ De omschrijving van het werkgelegenheidsbeleid loopt als een rode draad door de rechtspraak heen. Om het werkgelegenheidsargument te hanteren, moet het Hof van Justitie EU uit de context kunnen opmaken dat met het pensioenontslag een arbeidsmarkt- of werkgelegenheidsdoel wordt gediend.

In de zaak Rosenblatt ontbrak eveneens de werkgelegenheidsdoelstelling in de omschrijving van de cao-bepaling waarin de automatische beëindiging van het dienstverband bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd was geregeld. Gisela Rosenblatt beriep zich op leeftijdsdiscriminatie vanwege de automatische beëindiging van haar dienstverband op 65-jarige leeftijd omdat zij van mening was dat haar arbeidsovereenkomst was blijven voortbestaan.¹⁹ De eerste doelstelling van het verplicht pensioenontslag van werknemers in de schoonmaakbranche was volgens

16. HvJ EU 5 maart 2009, C-388/07, Age Concern, EUR-Lex 62007CJ0338.

17. Age Concern, punt 51.

18. Age Concern, EHRC 2009/47, m.nt. Heemskerk.

19. HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09, Rosenblatt, EUR-Lex 62009CJ0045.

de Duitse regering voornamelijk gebaseerd op de gedachte om het werk tussen de generaties te verdelen en een harmonieuze leeftijdsstructuur in de schoonmaakbranche te bereiken. De tweede doelstelling was dat werkgevers niet genoodzaakt werden om niet meer functionerende oudere werknemers te ontslaan, hetgeen heel vernederend kan zijn voor oudere werknemers.²⁰ Dit blijft dus zowel de werkgever als de werknemer door het verplicht pensioenontslag bespaard.²¹ De verwijzende rechter had twijfels over de relevantie van deze doelstellingen omdat er in deze branche geen bijzonder risico op vergrijzing van de beroepsbevolking bestond. De vraag was verder of meerdere doelstellingen van werkgelegenheidsbeleid tezelfdertijd naast elkaar konden bestaan. Een van de argumenten was dat deze clausules al tientallen jaren werden toegepast ongeacht de heersende economische, sociale en demografische situatie en de concrete situatie op de arbeidsmarkt, zonder ook de minste invloed te hebben gehad op de werkgelegenheid in Duitsland.²² Bovendien is het een werkgever niet verboden om personen die ouder zijn dan 65 jaar aan te stellen, net zo min als het vereist is om werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd bereiken te vervangen door jongere werknemers.²³ De verwijzende rechter wees erop dat de aangevoerde doelstellingen niet waren genoemd in de cao-bepaling waarin de automatische beëindiging van het dienstverband was voorzien. De Duitse regering heeft daarop aangevoerd dat de automatische beëindiging van arbeidsovereenkomsten een afspiegeling vormt van bestaande politieke en sociale consensus die berust op de gedachte om de arbeid over de generaties te verdelen.²⁴ De rechten van de oudere werknemers zijn bovendien adequaat beschermd omdat zij voor een pensioeninkomen in aanmerking komen. Bijkomend voordeel is dat werkgevers geen onnodige gerechtelijke procedures hoeven te voeren en het bewijs moeten leveren dat oudere werknemers niet langer in staat zijn tot het verrichten van arbeid. Het Hof van Justitie EU honoreert dit standpunt van de Duitse regering onder verwijzing naar de eerdere rechtspraak op dit punt. Wanneer een nadere precisering over de doelstelling van nationale regelgeving ontbreekt, is het van belang dat het onderliggende doel van de betrokken maatregel kan worden bepaald aan de hand van andere elementen, ontleend aan de algemene context van de betrokken maatregel.²⁵

We zullen hierna in de Europese rechtspraak zien dat lidstaten de werkgelegenheidsdoelstellingen vrij marginaal aantonen en als het zo uitkomt het doel van de maatregel zelfs gedurende de procedure wijzigen.

20. Rosenblatt, punt 43.

21. Rosenblatt, punt 45.

22. Rosenblatt, punt 42.

23. Rosenblatt, punt 65.

24. Rosenblatt, punt 43.

25. Rosenblatt, punt 58.

5.4 MEERDERE WERKGELEGENHEIDSDOELSTELLINGEN

Het Hof van Justitie EU heeft op 12 oktober 2010 niet alleen in de zaak Rosenblatt, maar ook in de zaak Petersen uitspraak gedaan. In de zaak Petersen bleken drie doelstellingen aan de maximum leeftijdsgrens voor tandartsen ten grondslag te liggen, en de vraag was of er sprake was van een legitiem doel op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding.²⁶

Duitsland kende een leeftijdsgrens van 68 jaar voor tandartsen die een contract hadden met een verplichte zorgverzekeraar. Het contract van Domnica Petersen werd door haar zorgverzekeraar vanwege het bereiken van de 68-jarige leeftijd niet verlengd, waarmee zij zich niet kon verenigen.

In de zaak Petersen bleek het werkgelegenheidsdoel evenmin uit de wettelijke bepaling. Bovendien was sprake van meerdere incoherente doelstellingen zowel in het kader van de werkgelegenheid als in het kader van de volksgezondheid. De verwijzende rechter benoemt meerdere doelstellingen voor de maximum leeftijdsgrens voor tandartsen. Ten eerste de bescherming van de gezondheid van verplicht verzekerde patiënten tegen de risico's van niet meer optimaal functionerende tandartsen op leeftijd, ten tweede een eerlijke verdeling van werkgelegenheidskansen tussen de verschillende generaties tandartsen en ten derde het financieel evenwicht van het Duitse zorgstelsel.

De quota voor gecontracteerde tandartsen die afhankelijk was van de behoefte per regio is weliswaar per 1 januari 2007 ingetrokken, maar de maximum leeftijdsgrens werd in stand gelaten. De motivering van de leeftijdsgrens is niet opgenomen in de toelichting op de wet. De nationale rechter verwijst echter niet naar voorbereidende werkzaamheden, parlementaire debatten, of een Memorie van Toelichting waarbij wordt uitgelegd waarom de maximum leeftijdsgrens voor (tand)artsen in stand was gelaten, terwijl de op regionale behoefte gebaseerde quota bepaling was ingetrokken. Kortom er is geen duidelijke beschrijving van het achterliggende doel van deze bepaling, waardoor het werkgelegenheidsdoel aan de hand van andere elementen en de algemene context volgens het Hof van Justitie EU moet worden bepaald.

De Duitse regering heeft hierover aangevoerd dat de wetgever de leeftijdsgrens voor een beperkte observatieperiode wilde handhaven, om na te gaan of de problemen in verband met het overaanbod aan zorg door gecontracteerde tandartsen, niettegenstaande de afschaffing van de quota, verdwenen waren. In afwachting van de resultaten van dat onderzoek achtte de wetgever het raadzaam om een maatregel in stand te laten die ernaar streeft om het aantal gecontracteerde tandart-

26. HvJ EU 12 januari 2010, C-341/08, Petersen, EUR-Lex 62008CA0341.

sen en tegelijk ook de gezondheidsuitgaven te beperken, hetgeen ook het doel was van de oorspronkelijke wetgeving. De eerste en derde doelstelling staan volgens het Hof van Justitie EU in het teken van de bescherming van de volksgezondheid en worden getoetst aan artikel 2 lid 5 Richtlijn 2000/78. Doelstellingen in het kader van de bescherming van de gezondheid zijn geen legitieme werkgelegenheidsdoelstellingen die leeftijdscriminatie rechtvaardigen in het kader van artikel 6 lid 1 van de richtlijn.

Ook in Hörnfeldt speelde dat het doel van de verplichte pensioenmaatregel niet uit de omschrijving en de strekking van de bepaling bleek, maar dat is ook niet nodig.²⁷ Uit de context van de 67-jaarregel maakt het Hof van Justitie EU op dat het pensioenontslag meerdere doelstellingen kent die samenhangen met het Zweedse werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid. Het Zweedse werkgelegenheidsbeleid stimuleert langer doorwerken na de 65-jarige leeftijd waarbij enerzijds wordt ingespeeld op de demografische ontwikkelingen en anderzijds op de krapte op de arbeidsmarkt.

In de inbreukprocedure die de Europese Commissie tegen Hongarije krachtens artikel 258 VWEU had aangespannen stelde de Europese Commissie de legitimiteit van het werkgelegenheidsdoel aan de orde.²⁸ Hongarije had de pensioenleeftijd voor leden van de rechterlijke macht, het Openbaar Ministerie en het notariaat in de grondwet per 1 januari 2012 drastisch verlaagd van 70 naar 62 jaar voor degenen die geboren waren voor 1952 en naar 65 jaar voor degenen die na 1952 waren geboren. De radicale verlaging van de pensioenleeftijd van deze beroepsgroepen was volgens de Europese Commissie in strijd met het verbod op leeftijdscriminatie. Het staat Hongarije weliswaar vrij om de pensioenleeftijd voor deze beroepsgroepen vast te stellen, maar de Europese Commissie vond dat de nieuwe regeling te ingrijpende gevolgen had voor de duur van de dienstbetrekking en de uitoefening van het ambt.

Uit de gewijzigde wetgeving viel het doel voor het verlagen van de verplichte pensioenleeftijd voor rechters, procureurs en notarissen niet op te maken, noch viel deze uit de context af te leiden. Zoals uit de hiervoor besproken rechtspraak van het Hof van Justitie EU blijkt, sluit een gebrek aan precisie met betrekking tot het nagestreefde doel in beginsel de rechtvaardiging van discriminatie op grond van leeftijd niet uit.²⁹

Het doel van de abrupte verlaging van de pensioenleeftijd voor leden van de rechterlijke macht en het notariaat was volgens de Hongaarse regering tweërlei. Ten

27. Hörnfeldt, punt 18.1.

28. HvJ EU 6 november 2012, C-286/12, EC/Hongarije, EUR-Lex 62012CJ0286.

29. EC/Hongarije, punt 58.

eerste de uniformering van de maximum leeftijden in de openbare dienst, waardoor de levensvatbaarheid van het pensioenstelsel, een hoog werkgelegenheidsniveau, en de verbetering van de kwaliteit en efficiëntie van de rechtsbedeling gewaarborgd zouden blijven. Ten tweede de invoering van een meer evenwichtige leeftijdsstructuur die de toegang voor jonge juristen tot het ambt vergemakkelijkt en een snellere carrière mogelijk maakt. De Europese Commissie voerde in de procedure aan dat het doel om de efficiency van de rechterlijke macht te verbeteren, organisatorisch van aard is en derhalve niet kwalificeert als een legitiem werkgelegenheidsdoel.³⁰ De tweede doelstelling om de kwaliteit van de rechterlijke macht te verbeteren door oudere rechters te vervangen door jongere, was volgens de Europese Commissie te algemeen geformuleerd en gebaseerd op een op leeftijd gebaseerd vooroordeel, waartegen de richtlijn nu juist beoogt te beschermen.³¹

De Europese Commissie stelde zich op het standpunt dat er met de maatregel geen specifieke doelstelling van sociale politiek, in verband met het werkgelegenheidsbeleid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding werd nagestreefd. Dit viel evenmin uit de algemene context van de wetgeving af te leiden, maar die omstandigheid vond het Hof van Justitie EU niet doorslaggevend. De twee doelstellingen die door de Hongaarse regering waren aangevoerd werden door de Europese Commissie niet als werkgelegenheidsdoelstellingen, maar als doelstellingen van organisatorische aard gekwalificeerd.

Het Hof van Justitie EU acht de aangevoerde doelstellingen desniettemin legitiem en beoordeelt de doelstellingen ieder afzonderlijk, zonder dat een bepaalde rangorde wordt aangebracht.³² Het Hof van Justitie EU verwijst hierbij naar de arresten Fuchs en Köhler en Hörnfeldt, maar ook naar Rosenblatt waarin het doel van de maatregel evenmin uit de omschrijving bleek en de strekking van het werkgelegenheidsbeleid uit de algemene context van de bepaling moest worden afgeleid.³³

In zijn annotatie onder dit arrest merkt Rayer op dat de Europese Commissie het kennelijk niet heeft aangedurfd de politieke doelen of effecten op de machtsverdeling binnen de Hongaarse democratie naar voren te brengen om te bewijzen dat legitieme doelstellingen van sociaal beleid, feitelijk ontbraken.³⁴ Het Hof van Justitie EU heeft de werkgelegenheidsdoelstelling slechts beoordeeld op basis van het standpunt van de Hongaarse regering in de procedure, maar enig bewijs dat de maatregel daadwerkelijk tot doel had om de pensioenregels voor de beroepsgroep eenvormig te maken en een evenwichtige leeftijdsstructuur binnen de rechterlijke

30. EC/Hongarije, punt 29.

31. EC/Hongarije, punt 30.

32. EC/Hongarije, punt 60.

33. Fuchs en Köhler, punt 39 en Hörnfeldt, punt 24.

34. HvJ EU 6 november 2012, C-286/12, EC/Hongarije, m.nt. Rayer, TRA 2013/20.

macht te creëren, is niet aangedragen. Rayer legt hierbij de vinger op de zere plek, omdat uit deze zaak blijkt dat een lidstaat alsnog het werkgelegenheidsdoel kan (her)formuleren op een wijze die de lidstaat past in de procedure.

5.5 WIJZIGING WERKGELEGENHEIDSDOELSTELLING

In Fuchs en Köhler heeft het Hof van Justitie EU zich in het kader van de legitimiteitsvraag zelfs over drie aspecten uitgelaten. Ten eerste over de gevolgen van de omstandigheid dat het nagestreefde doel niet precies in de ambtenarenwet van Land Hessen was vermeld, ten tweede over de consequenties van de wijziging van het werkgelegenheidsdoel en ten derde over de vraag of een lidstaat zich tegelijkertijd op verschillende werkgelegenheidsdoelstellingen kan beroepen.³⁵

Ten eerste was het doel van het verplicht pensioenontslag voor openbare aanklagers niet precies in de wetgeving van Land Hessen omschreven. Het Hof van Justitie EU verwijst naar Palacios de la Villa en Age Concern en overweegt ook in deze zaak dat het gebrek aan precisie met betrekking tot het nagestreefde doel niet automatisch de rechtvaardiging van een dergelijke bepaling uitsluit. Wanneer een dergelijke precisie ontbreekt is het van belang dat het onderliggende doel van de betrokken maatregel kan worden bepaald aan de hand van andere elementen, ontleend aan de algemene context van de betrokken maatregel.³⁶ Het tweede aspect dat in Fuchs en Köhler aan de orde kwam, was dat het werkgelegenheidsdoel en de context van de pensioenmaatregel in de loop der tijd waren gewijzigd. Het Hof van Justitie EU heeft in Palacios de la Villa voor het eerst aanvaard dat de nationale autoriteiten de ingezette middelen in der loop der tijd kunnen wijzigen, naargelang de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt en de werkgelegenheidssituatie.

In de ambtenarenwet van Land Hessen was geregeld dat ambtenaren in vaste dienst met pensioen kunnen gaan aan het einde van de maand waarin zij de leeftijd van 65 jaar bereiken. De bepaling in het wetboek van Land Hessen was ingevoerd op het moment dat nog werd aangenomen dat de arbeidsgeschiktheid van werknemers vanaf 65-jarige leeftijd verminderde en ontoereikend was om nog langer door te werken. Omdat deze stelling in de praktijk niet meer houdbaar bleek, heeft Land Hessen het doel van de verplichte pensioenleeftijd in de loop der tijd gewijzigd in het tot stand brengen van een evenwicht tussen de generaties en het bevorderen van de werkgelegenheid voor jonge mensen. De verwijzende rechter vroeg zich af of de verplichte leeftijdsgrens voor procureurs wel verenigbaar was met Richtlijn 2000/78, omdat het doel van de wetgeving op het moment van invoering gebaseerd was op het (onweerlegbare) vermoeden dat

35. HvJ EU 21 juli 2011, C-159/10, Fuchs en C-160/10, Köhler, Eur-Lex 62010CJ0159, NJ 2011/522.

36. Fuchs en Köhler, punt 39; Palacios, punt 56 en 57; Petersen, punt 40; Rosenblatt, punt 58.

iemand na de leeftijd van 65 jaar arbeidsongeschikt is. In de praktijk bleek dat niet zo te zijn en per individueel geval te wisselen. Bovendien was de pensioenleeftijd vanwege de stijgende levensverwachting voor federale ambtenaren en werknemers in de particuliere sector inmiddels opgetrokken tot 67 jaar. Ter terechtzitting hebben Land Hessen en de Duitse regering toegegeven dat ook iemand na 65-jarige leeftijd in staat moet zijn om door te werken en dat het standpunt dat dit niet het geval was, moest worden prijsgegeven.³⁷ Het Hof van Justitie EU vindt dat een wijziging van het werkgelegenheidsdoel geen consequenties heeft voor de legitimiteit van het verplicht pensioenontslag.³⁸ De omstandigheden op de arbeidsmarkt kunnen nu eenmaal wijzigen en de wet kan dan – weliswaar om andere redenen – toch worden gehandhaafd.³⁹ Dat de leeftijdsgrens is ingevoerd in een tijdvak van volledige werkgelegenheid en vervolgens in een tijdvak van werkloosheid is gehandhaafd, duidt volgens het Hof van Justitie EU op een gewijzigde opvatting over de arbeidsongeschiktheid na het bereiken van de 65 jarige leeftijd, maar ook op een gewijzigde opvatting over de legitimiteit van het nagestreefde doel.⁴⁰

Het Hof van Justitie EU heeft in het arrest Fuchs en Köhler uitgemaakt dat de lidstaten werkgelegenheidsdoelstellingen in de loop der tijd kunnen aanpassen aan economische en sociale ontwikkelingen en de omstandigheden op de arbeidsmarkt, zonder dat dit consequenties heeft voor de legitimiteit van het doel op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, dat met een leeftijdsgerelateerde maatregel wordt nagestreefd.

5.6 ORDENING EN RANGORDE WERKGELEGENHEIDSDOELSTELLINGEN

Tot slot zijn in Fuchs en Köhler prejudiciële vragen gesteld over de samenhang van de verschillende doelstellingen die met het verplicht pensioenontslag werden nagestreefd. Gewijzigd doel van de verplichte pensioenleeftijd was volgens Land Hessen en de Duitse regering om een evenwicht tussen de generaties tot stand te brengen. Volgens de verwijzende rechter houden daarmee echter drie andere doelstellingen verband, te weten een efficiënte planning van de doorstroming waardoor het personeelsmanagement wordt geoptimaliseerd, het aanmoedigen van aanstelling en promotie (bevordering) van jonge werknemers en het voorkomen van eventuele geschillen over de geschiktheid van werknemers om de functie na een bepaalde leeftijd uit te oefenen.⁴¹ Die verschillende doelstellingen kunnen

37. Fuchs en Köhler, punt 40.

38. Fuchs en Köhler, punt 41.

39. Fuchs en Köhler, punt 42.

40. Fuchs en Köhler, punt 43.

41. Fuchs en Köhler, punt 47.

volgens het Hof van Justitie EU naast elkaar bestaan en hebben geen negatieve consequenties voor de legitimiteit van het doel van de maatregel.⁴²

In Hörnfeldt lagen eveneens meerdere doelstellingen aan het verplicht pensioenontslag ten grondslag.⁴³ In Zweden is het sinds 31 december 2002 verboden om bij individuele of collectieve arbeidsovereenkomst een verplichte pensioenleeftijd onder de 67 jaar vast te stellen. De arbeidsovereenkomst van Hörnfeldt viel onder een collectieve arbeidsovereenkomst waardoor zijn arbeidsovereenkomst op 67-jarige leeftijd automatisch werd beëindigd. Ook hier speelde dat het doel van de maatregel niet uit de omschrijving en de strekking van de maatregel bleek, maar uit de context van de bepaling moest worden afgeleid.⁴⁴ Het Hof van Justitie EU onderzoekt de context van de 67-jaarregel nu het doel niet in de wetgeving is vermeld en constateert dat de voorbereidende werkzaamheden meerdere doelstellingen vermelden die samenhangen met het werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid. De Zweedse regering voerde in de procedure een vijftal redenen aan voor de legitimiteit van de zogenoemde 67-jaarregel waarmee werd ingespeeld op de demografische ontwikkelingen en de krapte op de arbeidsmarkt. In de eerste plaats had de 67-jaarregel tot doel om vernederende beëindigingen van het dienstverband wegens leeftijd te voorkomen. In de tweede plaats om een aanpassing van de pensioenregelingen gebaseerd op het levensinkomen-beginsel mogelijk te maken. In de derde plaats om belemmeringen weg nemen voor diegenen die na hun 65^e jaar juist wilden doorwerken. In de vierde plaats om de demografische ontwikkelingen te volgen en in de vijfde plaats om een recht en geen verplichting om tot 67 door te werken in te voeren.⁴⁵ Volgens de Zweedse regering belichaamt een dergelijke leeftijdsgrens de politieke en sociale consensus die sinds lange tijd bij de sociale partners heerst. Het werkgelegenheidsbeleid van de sociale partners heeft tot doel om oudere werknemers aan te moedigen hun loopbaan voort te zetten, waarbij de 67-jaarregel een evenwicht tot stand brengt tussen de belangen van de werknemer om langer door te werken aan de ene kant en een geleidelijke overgang tussen beroepsleven en pensioen aan de andere kant.⁴⁶ Het Hof van Justitie EU beoordeelt alle door de Zweedse regering aangevoerde doelstellingen gezamenlijk en rangschikt deze niet in een bepaalde volgorde. Hieruit volgt dat een bepaling meerdere doelstellingen kan nastreven zonder dat de lidstaat daarin een bepaalde volgorde behoort aan te brengen.

Ook in Toftgaard was de legitimiteit van de Deense wachtgeldregeling waaraan meerdere werkgelegenheidsdoelstellingen ten grondslag lagen, inzet van het

42. Fuchs en Köhler, punt 44.

43. HvJ EU 5 juli 2012, C-141/11, Hörnfeldt, EUR-Lex 62011CJ0141.

44. Hörnfeldt, punt 18.1.

45. Hörnfeldt, punt 26.

46. Hörnfeldt, punt 27.

geding.⁴⁷ De wachtgeldregeling had enerzijds tot doel om ambtenaren beschikbaar te houden voor een andere passende functie binnen de overheid en anderzijds om ambtenaren in verband met hun onafhankelijkheid te beschermen tegen druk van buitenaf.⁴⁸ Het Hof van Justitie EU acht de doelstellingen legitiem en overweegt ook hier dat lidstaten over een ruime beoordelingsmarge beschikken en daarbij geen keuze hoeven te maken uit de diverse werkgelegenheidsdoelstellingen. Het is uiteindelijk de taak van de nationale rechter om de werkgelegenheidsdoelstelling vast te stellen.⁴⁹

5.7

SAMENHANG PROCEDURES

In de zaak *Georgiev* waren twee regelingen aan de orde, die qua werkgelegenheidsdoelstelling met elkaar samenhangen.⁵⁰ De ene in het geding zijnde regeling bepaalde dat hoogleraren in Bulgarije bij het bereiken van de leeftijd van 68 jaar ambtshalve werden gepensioneerd, de andere dat zij na hun 65-jarige leeftijd nog uitsluitend op basis van contracten voor bepaalde tijd van een jaar werkzaam konden zijn. *Georgiev* gaat tegen beide regelingen in beroep. Ook in de zaak *Georgiev* was het probleem dat een precieze omschrijving van de werkgelegenheidsdoelstelling in beide regelingen ontbrak, hetgeen er toe leidde dat er door de belanghebbenden in de procedure geen eensluidende uitleg werd gegeven over doel en context van de verplichte pensioenleeftijd voor hoogleraren. De Universiteit en de Bulgaarse regering stelden zich op het standpunt dat met de maatregel een doelstelling van sociaal beleid wordt nagestreefd, die verband houdt met de opleiding en de werkgelegenheid van onderwijzend personeel en met de toepassing van een concreet arbeidsmarktbeleid.⁵¹ De Europese Commissie, de Duitse en de Slovaakse regering, hebben daarentegen opgemerkt dat door verjonging van het leraarskorps, de kwaliteit van het onderwijs en het onderzoek worden verzekerd en dat een evenwicht tussen de generaties tot stand wordt gebracht.⁵² De uitleg door de Advocaat-Generaal was weer een andere, namelijk dat een gebalanceerde mix van verschillende generaties docenten en onderzoekers, de uitwisseling van ervaring en dus vernieuwing bevordert, hetgeen de kwaliteit van het onderwijs en de ontwikkeling van het onderzoek aan de universiteiten ten goede komt.⁵³

Het Hof van Justitie EU gaat voor beide regelingen na of er sprake is van een legitieme doelstelling van beleid op het terrein van de werkgelegenheid en de arbeidsmarkt. De doelstellingen blijken niet uit de wetgeving noch uit het dossier en de

47. HvJ EU 26 september 2013, C-546/11, *Toftgaard*, JAR 2013/266, EUR-Lex 62011CJ0546.

48. *Toftgaard*, punt 49.

49. *Toftgaard*, punt 51.

50. HvJ EU 18 november 2010, C-250/09 en C-268/09, *Georgiev v TU Sofia*, EUR-Lex 62009CJ0250.

51. *Georgiev*, punt 41.

52. *Georgiev*, punt 42.

53. Conclusie A-G Bot 2 september 2010, *Georgiev*, EUR-Lex 62009CC0250, punt 34.

verwijzingsbeslissing maar dat betekent niet dat met die wetgeving geen legitiem doel kan worden nagestreefd.⁵⁴ Het Hof van Justitie EU laat het aan de nationale rechter om de legitimiteit van het doel te onderzoeken. We zien dus dat het Hof van Justitie EU bij een inconsistente en inadequate uitleg door een lidstaat en de belanghebbenden, in het geval een precieze omschrijving van het werkgelegenheidsdoel ontbreekt, naar de nationale rechter verwijst om de met die wetgeving nagestreefde doelstelling nauwkeurig vast te stellen. Het loont dus de moeite voor de partij die zich op leeftijdsdiscriminatie beroept, om zich te verweren tegen de aangevoerde werkgelegenheidsdoelstellingen, in het geval een duidelijke omschrijving in de wetgeving ontbreekt.

5.8 CONCLUSIE

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EU mogen lidstaten en sociale partners hun sociale en werkgelegenheidsbeleid bepalen en kunnen zij maatregelen nemen om het arbeidzame leven van mensen te verlengen of juist te verkorten. Het is uiteindelijk de taak van de nationale rechter om uit te maken of en in hoeverre een bepaling die werkgevers toestaat, werknemers te ontslaan die de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt, wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel. Het Hof van Justitie EU toetst in het kader van de legitimiteitsvraag of sprake is van nationaal beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding.

Het Hof van Justitie EU heeft in een aantal arresten uitgemaakt dat de werkgelegenheidsdoelstelling van de wettelijke of cao-bepaling niet expliciet behoeft te worden genoemd in nationale regelgeving. Dit kan ook uit achterliggende stukken of uit andere elementen ontleend aan de algemene context van de maatregel blijken. Volgens het Hof van Justitie EU betekent het ontbreken van een precieze omschrijving van het doel niet dat de maatregel automatisch wordt uitgesloten van de rechtvaardigingsgronden. Voorwaarde is evenwel dat het onderliggende doel van de maatregel moet blijken uit andere elementen, ontleend aan de algemene context van de betrokken maatregel. Met andere woorden: er zijn geen consequenties verbonden aan het gebrek aan precisie met betrekking tot de omschrijving van het nagestreefde doel. Lidstaten kunnen echter niet volstaan met een eenvoudige verklaring dat een maatregel bijdraagt aan sociaal beleid. De praktijk wijst echter uit dat lidstaten een zeer grote beleidsvrijheid hebben en die ruimte ook nemen. Zo mogen lidstaten de werkgelegenheidsdoelstelling in de loop der tijd wijzigen en meerdere doelstellingen zonder specifieke rangorde aanvoeren. Verschillende doelstellingen kunnen ook samenhangen waarbij het Hof van Justitie EU weliswaar toetst op coherentie en systematiek van de doelstellingen, maar de

54. Georgiev, punt 39.

vraag naar de werkelijke achtergrond van de doelstelling uiteindelijk overlaat aan de nationale rechter. De legitimiteit van het werkgelegenheidsbeleid is door het Hof van Justitie EU in alle gevallen aangenomen, ook al bleek de doelstelling niet uit de bepaling zelf maar uit de context van de regeling.

6.1 INLEIDING

De proportionaliteitstoets is de vierde en laatste stap in het beoordelingsproces naar de vraag of er grond is voor rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie. Het zwaartepunt in het beoordelingsproces naar de vraag of afgeweken kan worden van leeftijdsdiscriminatie, ligt bij deze vierde stap. In deze fase toetst het Hof van Justitie EU of de maatregel geschikt en noodzakelijk is om de beoogde nationale werkgelegenheidsdoelstellingen te bereiken. Wanneer het middel door het Hof van Justitie EU ongeschikt wordt bevonden om het werkgelegenheidsdoel te bereiken, blijft de noodzakelijkheidsvraag verder onbesproken: er is immers geen rechtvaardiging voor leeftijdsdiscriminatie. Indien het middel daarentegen geschikt wordt geacht, toetst het Hof van Justitie EU of het werkgelegenheidsdoel noodzakelijk is of dat er een alternatief voorhanden is. Met andere woorden: bij de noodzakelijkheidsvraag wordt beoordeeld of het nagestreefde werkgelegenheidsdoel ook met gelijkwaardige, maar minder vergaande middelen kan worden bereikt.

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van de Europese leeftijdsdiscriminatiejurisprudentie onderzocht hoe het Hof van Justitie EU de proportionaliteitstoets in het licht van sociaal, economisch en politiek gedreven brede werkgelegenheidsdoelstellingen benadert bij de vraag of afgeweken kan worden van leeftijdsdiscriminatie. Deze twee – niet complementaire – werkgelegenheidsdoelstellingen geformuleerd in de Europese Sociale Agenda, namelijk die van actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties staan ook bij de proportionaliteitsvraag centraal. Beide doelstellingen spelen een rol bij leeftijdsgerelateerd ontslag evenals reorganisatieontslag als een pensioenaanspraak in geding is. Solidariteit tussen de generaties is veelal doelstelling van het verplicht pensioenontslag met als argument om doorstroming of een evenwichtige leeftijdsstructuur tot stand te brengen. Actief ouder worden is geen doelstelling van het leeftijdsontslag op zich, maar veelal gerelateerd aan het recht op werk wanneer daar een beroep op wordt gedaan. We zullen zien dat individueel sociaal-economische factoren zoals de aanspraak op een redelijk ouderdomspensioen en het recht op arbeid, een doorslaggevende rol spelen bij de noodzakelijkheidsvraag in het kader van de proportionali-

teitstoets. Daarna wordt achtereenvolgens de (inhoudelijke) toetsing van het effect van het middel op het beoogde werkgelegenheidsdoel (par. 6.2), de bewijslast (par. 6.3), de proportionaliteitstoets bij pensioenontslag (par. 6.5) de hoogte van het pensioeninkomen, de invloed van de economische situatie en de omstandigheden op de arbeidsmarkt (par. 6.6) de rol van het recht op arbeid en de inbreuk op werknemersrechten (par. 6.9) en de ontslagvergoeding (par. 6.10) behandeld.

6.2 WERKGELEGENHEIDSBELEID ALS ONDERDEEL VAN DE PROPORTIONALITEITSTOETS

Het is de taak van de Europese Unie en de lidstaten om de werkgelegenheid te bevorderen en een hoog werkgelegenheidsniveau te behalen, hetgeen onder meer bereikt kan worden door het bestrijden van leeftijdsdiscriminatie. Zoals gezegd onderkent de Unie dat discriminatie op grond van leeftijd de Europese doelstellingen kan ondermijnen, in het bijzonder bij de verwezenlijking van een hoog niveau van werkgelegenheid.¹ Centrale vraag is ook bij deze vierde stap in het beoordelingsproces welke rol het Hof van Justitie speelt bij de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie en het bereiken van de doelen van het Europees Jaar voor actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties.

De beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd wordt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU als ongelijke behandeling op grond van leeftijd aangemerkt. Lidstaten mogen het verbod op leeftijdsdiscriminatie – dat gezien moet worden in het licht van het recht op werk – immers niet frustreren.² De considerans van de richtlijn wijst uitdrukkelijk op de noodzaak om de arbeidsparticipatie van oudere werknemers te bevorderen, waarbij steun en bijzondere aandacht wordt gevraagd voor deelname van oudere werknemers aan het arbeidsproces en het economische, sociale en culturele leven.³ Het verplicht pensioenontslag is een instrument om solidariteit tussen de generaties te bevorderen, waarbij het doorstromingsargument en het bereiken van een evenwicht tussen de generaties door het Hof van Justitie EU in vrijwel alle leeftijdsdiscriminatiezaken, als legitieme werkgelegenheidsdoelstelling werd aangenomen, dit met uitzondering van de doelstellingen in Petersen en Prigge. In de praktijk blijkt dat doelstellingen van beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding door het Hof van Justitie EU vrij eenvoudig als legitieme doelstellingen worden aangemerkt. De lidstaten zijn over het algemeen in staat om de werkgelegenheidsdoelstellingen aan te tonen, ook in het geval het doel niet uit de bepaling blijkt, maar uit de context van de maatregel

1. Considerans 11 Richtlijn 2000/78.

2. Ellis & Watson, *EU-Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, p. 410. Zie ook: artikel 15 EU-Handvest van de Grondrechten.

3. Considerans 8 Richtlijn 2000/78.

moet worden afgeleid. Dit levert bij het Hof van Justitie EU geen noemenswaardige obstakels op, tenzij het werkgelegenheidsdoel te algemeen wordt bevonden of het effect van het beoogde werkgelegenheidsdoel wordt betwist door degene die zich op leeftijdsdiscriminatie beroept. In dat geval hebben we in de jurisprudentie gezien dat het Hof van Justitie EU de nationale rechter in voorkomende gevallen instrueert om het effect van de maatregel op het werkgelegenheidsdoel te onderzoeken.

Welke toetsingsmaatstaven hanteert het Hof van Justitie bij de beoordeling van de proportionaliteit van het verplicht pensioenontslag in het licht van de doelen van het Europees Jaar voor actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties en aan welk belang wordt de doorslag gegeven: aan het algemeen belang dat met de maatregel wordt gediend of aan het individueel belang van de werknemer? Bij de beoordeling van de proportionaliteit van het verplicht pensioenontslag, maar ook bij het reorganisatieontslag, spelen individueel sociaal-economische factoren een rol, zoals de aanspraak op een redelijk ouderdomspensioen en het recht op arbeid en vervangend inkomen.

We zullen zien dat het Hof van Justitie EU bij de proportionaliteitstoets van het verplicht pensioenontslag, individueel sociale belangen laat prevaleren boven het algemeen sociaal belang. In de rechtspraak van het Hof van Justitie EU spelen algemene arbeidsmarkt factoren, zoals vraag en aanbod in een bepaalde sector of beroepsgroep, bij de proportionaliteitstoets een ondergeschikte rol. Het Hof van Justitie EU neemt in pensioen ontslag zaken een flexibele houding aan: het laat het aan de nationale rechters over om de balans tussen de legitimiteit van het doel van de maatregel en de geschiktheid ervan op grond van politieke, economische, sociale, demografische en budgettaire overwegingen te beoordelen in het licht van de situatie op de arbeidsmarkt in de betreffende lidstaat. De benadering door het Hof van Justitie is bij het verplicht pensioenontslag dus veel ruimer, dan bijvoorbeeld bij indiensttreding en beloning, waar het Hof van Justitie EU een strikte proportionaliteitstoets hanteert. Ik ben het met Dewhurst eens dat het Hof van Justitie EU bij de beoordeling van de proportionaliteitsvraag met verschillende maten meet waar het gaat om verplicht pensioen ontslag in vergelijking tot andere, meer algemeen arbeidsvoorwaardelijke maatregelen.⁴

Dat draagt niet bij aan de uniformiteit van het Unierecht en maakt de beoordeling van de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie er voor nationale rechters niet eenvoudiger op. Uit onderzoek bij nationale rechtbanken in Engeland, Wales en Ierland is gebleken dat er bij rechters onduidelijkheid bestaat over het vereiste

4. Dewhurst, *The Development of EU Case-Law on Age Discrimination in Employment*, ELJ 2013, 19(4), p. 534.

onderzoek en het bewijs bij de proportionaliteitstoets. De rechters die aan het onderzoek hebben deelgenomen, ervaren onvoldoende instructie van het Hof van Justitie EU bij de uitleg en interpretatie van het Unierecht bij de proportionaliteitsvraag in leeftijdsdiscriminatiezaken.⁵

6.3 BEWIJS

De crux zit uiteindelijk in de beoordeling van de laatste vraag: is de maatregel passend en noodzakelijk om het beoogde doel te bereiken? Daarbij wordt het algemene effect van de maatregel afgezet tegen de individuele belangen van de werknemer die zich op leeftijdsdiscriminatie beroept. Met andere woorden: het Hof van Justitie EU weegt bij de proportionaliteitstoets de sociale, economische en politieke belangen af tegen de inbreuk op individuele werknemersrechten. Dit maakt het beoordelingsproces bij de proportionaliteitstoets veel complexer dan bij de vraag of er een legitiem doel wordt gediend.

Maar hoe onderzoekt de rechter in deze fase van het beoordelingsproces of het middel geschikt en noodzakelijk is om de nagestreefde werkgelegenheidsdoelstellingen te bereiken? Hoe toetst de rechter de economische omstandigheden op de arbeidsmarkt in de specifieke sector of beroepsgroep? En hoe dient het bewijs van het effect van het middel op het nationaal werkgelegenheidsbeleid te worden geleverd, door statistisch of empirisch onderzoek?

Het Hof van Justitie EU respecteert dat lidstaten en sociale partners over een ruime beoordelingsmarge beschikken bij de keuze van de werkgelegenheidsdoelstellingen en de middelen om die doelstellingen te bereiken op grond van economische, sociale, demografische en/of budgettaire overwegingen. Het Hof van Justitie EU beoordeelt het nationaal werkgelegenheidsbeleid dus niet inhoudelijk, maar toetst de proportionaliteit van het middel in het licht van nationale werkgelegenheidsdoelstellingen slechts marginaal.

Het Hof van Justitie EU zoekt in pensioenontslagzaken geen tastbaar bewijs voor het effect van het middel op het beoogde doel, maar lijkt het te accepteren dat de lidstaten een bepaalde maatregel in de context van nationaal werkgelegenheidsbeleid kunnen vaststellen.⁶ Dewhurst maakt een vergelijking met jurisprudentie in zaken betreffende sociale zekerheid waarin het Hof van Justitie EU heeft beslist dat geen empirisch bewijs behoeft te worden overgelegd om aan te tonen dat de genomen maatregel noodzakelijk is. Het is voldoende als blijkt dat de lidstaat daartoe

5. Dewhurst: Proportionality Assessment of Mandatory Retirement Measures, ILJ (2016) 45(1), pp. 60-88.

6. Dewhurst: The Development of EU Case law on Age discrimination in Employment, ELJ 2013, 19(4), p. 535.

redelijkerwijs gerechtigd is. Waddington kwalificeert deze negatieve formulering als een gedeeltelijke omkering van de bewijslast, te weten dat ervan wordt uitgegaan dat elke maatregel passend en noodzakelijk is tenzij het tegendeel wordt bewezen.⁷ Volgens Veldman hanteert het Hof van Justitie EU – zij het niet consequent – voornamelijk in pensioenontslagzaken ook een andere toets: het middel dient niet verder te gaan dan nodig wanneer het geen excessieve inbreuk maakt op werknemersbelangen, zoals het recht op werk of voldoende inkomen.⁸ Veldman is van mening dat het grondrecht van gelijke behandeling afneemt in gewicht terwijl het belang van sociale doeleinden toeneemt, mits geen excessieve inbreuk wordt gemaakt op het individuele belang van werk en inkomen.

Richtlijn 2000/78 neemt tot uitgangspunt dat de nationale rechter het bewijs moet beoordelen overeenkomstig de nationale wetgeving en de gangbare praktijk in de betreffende lidstaat.⁹ Het Hof van Justitie EU sluit zich hierbij aan en verwijst voor de beoordeling van het bewijs naar de nationale rechter, als degene die bij uitstek in staat moet worden geacht om met de vereiste mate van precisie de bewijswaarde van de bewijselementen te beoordelen, overeenkomstig het nationale recht en de in de lidstaat gangbare praktijk.¹⁰ Het is dus uiteindelijk de taak van de nationale rechter om het effect van de maatregel op het nagestreefde werkgelegenheidsdoel te onderzoeken in het licht van sociaal, economisch, en politiek gedreven brede werkgelegenheidsdoelstellingen.

In de zaak Fuchs en Köhler vroeg de verwijzende rechter zich af welke gegevens de lidstaat moest overleggen om aan te tonen dat de maatregel passend en noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken.¹¹ Het Hof van Justitie EU gaat hier heel ruim mee om: discriminatie kan op enigerlei wijze, dus ook op basis van statistische gegevens en zelfs op basis van voorspellingen, worden aangetoond. De bewijsmiddelen kunnen niet alleen bestaande en verifieerbare gegevens inhouden, maar ook voorspellingen, ook al kunnen deze later onjuist blijken te zijn en een zekere mate van onzekerheid met zich brengen. De criteria die het Hof van Justitie EU in Fuchs en Köhler heeft geformuleerd zijn heel ruim en vaag en het is de vraag of de nationale rechter hiermee uit de voeten kan bij de beoordeling van de proportionaliteitsvraag.

7. Case C-411, *Palacios de la Villa*, *Common Market Law Review* (2008) 45, pp. 895-905.

8. Veldman, *Leeftijdscriminatie, ontslagvergoedingen en pensioenplafonds*, *Arbeidsrechtelijke reflecties* 2014, VvA 42, p. 281.

9. *Considerans* 15 Richtlijn 2000/78.

10. Fuchs en Köhler, punt 81.

11. HvJ EU 21 juli 2011, C-159/10, Fuchs, C-160/10, Köhler, EUR-Lex 62010CJ0159.

6.4 ROL INDIVIDUELE WERKNEMERSBELANGEN BIJ DE PROPORTIONALITEITSTOETS

In het Lommers-arrest waarin het onderscheid in behandeling tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers in geding was, is door het Hof van Justitie EU voor het eerst uitgemaakt dat bij afwijking van een individueel recht, steeds het evenredigheidsbeginsel moet worden toegepast op grond waarvan afwijking niet verder mag gaan dan passend en noodzakelijk ter verwezenlijking van het nagestreefde doel.¹² Het evenredigheidsbeginsel impliceert dat iedere afwijking van een individueel recht zoveel mogelijk een evenwicht tot stand moet brengen tussen het beginsel van gelijke behandeling en het beoogde doel.

In geding was de afwijzing door het Ministerie van Landbouw van de aanvraag voor kinderopvang door de gehuwde mannelijke ambtenaar Lommers omdat het criterium was dat alleen in noodgevallen kinderen van alleenstaande mannelijke werknemers in aanmerking konden komen voor kinderopvang. Het Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij waar Lommers werkzaam was, had 128 kinderopvangplaatsen ter beschikking gesteld die werden verdeeld over de directies en diensten naar gelang het aantal tewerkgestelde vrouwelijke werknemers, in een verhouding van 1 kinderopvangplaats per 20 vrouwelijke ambtenaren, met als doel om bestaande ongelijkheid tussen vrouwelijke en mannelijke werknemers zowel qua aantal als spreiding over de functieniveaus, op te heffen. Het Hof van Justitie EU onderkent dat een maatregel die bestemd is om de feitelijke ongelijkheid weg te nemen ook het gevaar kan inhouden juist bij te dragen aan het bestendigen van de traditionele rolverdeling tussen mannen en vrouwen en overweegt – zij het voorzichtig – dat het in strijd met het evenredigheidsbeginsel zou kunnen zijn om mannen van de faciliteiten voor kinderopvang uit te sluiten. Dat was hier echter niet het geval omdat de mannelijke ambtenaren evenals de vrouwelijke die in aanmerking kwamen voor gesubsidieerde kinderopvang, ook aanspraak konden maken op kinderopvangvoorzieningen elders, wanneer het Ministerie die niet kon faciliteren. De criteria voor het evenredigheidsbeginsel zijn in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU verder ontwikkeld.

6.4.1 *Strikte proportionaliteitstoets*

De lijn voor deze strikte toepassing van het proportionaliteitsbeginsel werd door het Hof van Justitie EU in de zaak Mangold voortgezet. Inzet van het geding was de vraag of sprake was van (rechtvaardiging van) leeftijdscriminatie bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na een zekere leeftijd. De Duitse wetgeving maakte het indertijd mogelijk om met oudere werknemers een

12. HvJ EU 19 maart 2002, C-476/99, Lommers, EUR-Lex 61999CJ0476, punt 39.

arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in plaats van onbepaalde tijd aan te gaan, indien hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestond. Aan werknemers van 58 jaar en ouder kon zonder meer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden aangeboden. Behalve in het geval de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd binnen 6 maanden na beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij dezelfde werkgever werd aangeboden. Gedurende de periode van 1 januari 2003 tot en met 31 december 2006 is de leeftijdsgrens naar beneden bijgesteld van 58 jaar naar 52 jaar. Zoals in voorgaande hoofdstukken reeds is besproken had de maatregel tot doel om de arbeidsmarktpositie voor oudere werknemers te verbeteren, om opname in het arbeidsproces te verbeteren. Deze regeling trof de arbeidsverhouding van Mangold die op 1 juli 2003 op 56-jarige leeftijd bij advocaat Helm in dienst trad. Volgens Mangold was de maatregel waardoor hem een contract voor bepaalde tijd, werd aangeboden ongeldig en in strijd met de richtlijn.

Het Hof van Justitie EU vond dat de maatregel onvoldoende rekening hield met de individuele belangen van werknemers en beoordeelde het middel weliswaar geschikt maar niet noodzakelijk om het beoogde werkgelegenheidsdoel te bereiken. De maatregel gold niet specifiek voor werkloze werknemers, maar voor alle werknemers in dezelfde leeftijdscategorie, dat wil zeggen zowel voor werkenden als werklozen. Het individueel belang van een omvangrijke groep oudere werknemers die het risico liep om gedurende een substantieel deel van hun beroepsloopbaan te worden uitgesloten van het genot van vaste dienstbetrekkingen, was de doorslaggevende factor bij de belangenafweging. De Duitse regering was er dus niet in geslaagd om aan te tonen dat het middel enig effect had op de werkgelegenheid en de bevordering van de integratie van oudere werkloze werknemers op de arbeidsmarkt en dat was voor het Hof van Justitie EU onaanvaardbaar. Een uitzondering op leeftijdsdiscriminatie vereist immers een strikte toepassing van het proportionaliteitsbeginsel.¹³ Het evenredigheidsbeginsel impliceert dat iedere afwijking van een individueel recht zoveel mogelijk een evenwicht tot stand moet brengen tussen het beginsel van gelijke behandeling en het beoogde doel.¹⁴ Er wordt in het Mangold-arrest een strikte proportionaliteitstoets toegepast, ondanks de ruime beoordelingsmarge van de lidstaten. Dit vindt zijn rechtvaardiging in het individuele recht van gelijke behandeling. Er moet dus een nauw verband zijn tussen middel en doel, hetgeen door de lidstaat dient te worden aangetoond rekening houdend met de individuele belangen van werknemers. Leeftijd als enig criterium is zo blijkt niet voldoende, er moet meer zijn. Dit wordt nog eens onderstreept doordat het Hof van Justitie EU het gelijkebehandelingsrecht op grond van leeftijd aanmerkt als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.

13. Mangold, punt 63.

14. Mangold, punt 65.

De benadering door het Hof van Justitie EU van de noodzakelijkheidsvraag in Mangold is strikt in het licht van de doelstellingen geformuleerd in de Europees Sociale Agenda om de werkgelegenheid te verhogen door actief ouder worden en de arbeidsparticipatie van oudere – werkloze – werknemers te bevorderen. Het Hof van Justitie EU achtte het middel weliswaar geschikt maar niet noodzakelijk om het beoogde werkgelegenheidsdoel te bereiken omdat de maatregel zowel van toepassing was op werkloze oudere werknemers als op werkenden en onvoldoende rekening hield met de individuele belangen van werknemers.¹⁵

In de volgende paragrafen zullen we echter zien dat het Hof van Justitie EU de proportionaliteitstoets bij verplicht pensioenontslag veel ruimer benadert in het licht van de twee werkgelegenheidsdoelstellingen namelijk die van actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties, dan de strikte proportionaliteitstoets in het Mangold-arrest.

6.5 RUIME PROPORTIONALITEITSTOETS

In de zaak Palacios de la Villa hebben we gezien dat het Hof van Justitie EU de context van het werkgelegenheidsbeleid uitvoerig bespreekt. Doel van het verplicht pensioenontslag was om de werkloosheid te verminderen en de werkgelegenheid te bevorderen, door verbetering van de toegang tot de arbeidsmarkt.¹⁶ Dat de gedwongen pensionering in Spanje opnieuw is ingevoerd na enkele jaren afgeschaft te zijn geweest, is niet relevant, aldus het Hof van Justitie EU. Het is aan de nationale autoriteiten het juiste evenwicht te vinden tussen de verschillende, betrokken belangen, waarbij erop gelet moet worden dat de maatregelen niet verder gaan dan passend en noodzakelijk om het nagestreefde doel te bereiken. Evenals in Mangold wordt ook in Palacios de la Villa overwogen dat lidstaten zelf hun sociale beleid mogen bepalen op basis van politieke, economische, sociale, demografische en/of budgettaire overwegingen en op grond van de concrete situatie op de arbeidsmarkt ervoor kunnen kiezen of zij maatregelen nemen om het arbeidzame leven van mensen te verlengen of juist te verkorten.¹⁷ Het is aan de lidstaten om het juiste evenwicht te vinden tussen de verschillende belangen, waarbij de fundamentele vrijheden van particulieren moeten worden gerespecteerd en een afweging moet worden gemaakt of de nationale maatregel niet verder gaat dan passend en noodzakelijk voor het bereiken van het nagestreefde doel.¹⁸

15. Zie Dewhurst, *The Development of EU Case-Law on Age Discrimination in Employment*, ELJ (2013) 19(4), p. 518.

16. HvJ EU 16 oktober 2007, C-411/05, Palacios de la Villa, EUR-Lex 62005CJ0411.

17. Palacios, punt 68 en 69.

18. Palacios, punt 70 en 71.

Het Hof van Justitie EU bespreekt de werkgelegenheidsargumenten in deze zaak bij de legitimiteitsvraag uitvoerig, terwijl het dit niet doet bij de proportionaliteitstoets. Het Hof van Justitie EU hanteert het niet onredelijkheidscriterium en toetst slechts marginaal. Het vindt het niet onredelijk dat de autoriteiten van de lidstaten in die omstandigheden de automatische beëindiging van een arbeidsovereenkomst wegens pensionering, passend en noodzakelijk kunnen achten voor het bereiken van het beoogde werkgelegenheidsdoel. Bij de noodzakelijkheidsvraag worden de individuele belangen van de werknemers gewogen tegen het algemeen belang dat met de maatregel is gediend. De automatische beëindiging van het dienstverband wordt door het Hof van Justitie EU niet beschouwd als een excessieve inbreuk op gerechtvaardigde belangen van werknemers, die de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt. Het vooruitzicht op een niet onredelijk pensioeninkomen is een doorslaggevende factor voor de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie.¹⁹

Anders dan de strikte proportionaliteitstoets in Mangold, wordt in Palacios de la Villa dus het ruimere niet onredelijkheidscriterium toegepast, waarbij een rol speelt dat de verplichte pensioenleeftijd van 65 jaar in een akkoord tussen sociale partners tot stand is gekomen, waar het Hof van Justitie EU niet in wil treden. Het Hof van Justitie EU heeft in Mangold veel meer gekeken naar het effect van het middel op het doel en neemt het belang van een hele categorie werknemers van 52 jaar en ouder in ogenschouw, terwijl dit bij Palacios de la Villa is beperkt tot de belangen van een individuele werknemer. De oordelen in het Mangold-arrest en het Palacios-arrest staan volgens Veldman haaks op elkaar, omdat het in plaats van een strikte proportionaliteitstoets nu eerder in de (omgekeerde) richting gaat van een marginale toets.²⁰ De draai die het Hof van Justitie EU hier maakt heeft volgens Veldman te maken met de kritiek naar aanleiding van de Mangold-uitspraak over de toetsing aan algemene beginselen van gemeenschapsrecht. De terughoudendheid kan ook te maken hebben met het standpunt van A-G Mazak die concludeert dat het Hof van Justitie EU zo min mogelijk moet treden in de afwegingen die de lidstaten in sociaal werkgelegenheidsbeleid maken.

6.5.1 *Verplicht pensioenontslag*

In de zaak Rosenblatt heeft het Hof van Justitie EU zich eveneens uitgelaten over de vraag of de automatische beëindiging van het dienstverband van een schoonmaakster vanwege het bereiken van de 65-jarige leeftijd gerechtvaardigd was opdat het werk in de schoonmaaksector tussen de generaties kon worden verdeeld.²¹

19. Palacios, punt 72 en 73.

20. Veldman, *Gedwongen pensioenontslag geoorloofd nationaal instrument van werkgelegenheidsbeleid?* ArA (2008) 1, p. 90.

21. HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09, Rosenblatt, EUR-Lex 62009CJ0045.

Rosenblatt stelde zich op het standpunt dat haar arbeidsovereenkomst was blijven voortbestaan. De vraag was of de automatische beëindiging van arbeidsovereenkomsten verenigbaar is met het primaire recht van de Unie. De verwijzende rechter had twijfels over de relevantie van het doel om een harmonieuze structuur van de leeftijdsopbouw in de schoonmaakbranche te bereiken, omdat er in deze branche geen bijzonder risico op vergrijzing van de beroepsbevolking bestond. Ander argument was dat de verplicht pensioenontslag clause al tientallen jaren veelvuldig werd toegepast ongeacht de heersende economische, sociale en demografische situatie op de arbeidsmarkt, zonder ook de minste invloed te hebben gehad op de werkgelegenheid in Duitsland.²² Bovendien is het een werkgever in Duitsland niet verboden om personen die ouder zijn dan 65 jaar aan te stellen, net zo min als het vereist is om werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd bereiken, te vervangen door jongere werknemers.²³ De Duitse regering heeft vervolgens aangevoerd dat de automatische beëindiging van arbeidsovereenkomsten een afspiegeling is van sedert vele jaren bestaande politieke en sociale consensus die berust op de gedachte om de arbeid over de generaties te verdelen.²⁴

Het Hof van Justitie EU treedt ook in deze zaak niet in de materiële beoordeling van de cao en laat het aan sociale partners over om een evenwicht te bepalen tussen werkgevers en werknemersbelangen op de arbeidsmarkt. De clause in de cao die de automatische beëindiging van arbeidsovereenkomsten regelt, is het resultaat van collectieve onderhandeling en overeenstemming tussen vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers. Cao's dragen immers bij aan de proportionaliteit van het gebruikte middel vanwege hun flexibiliteit, waarbij niet alleen rekening wordt gehouden met de globale situatie op de betrokken arbeidsmarkt, maar ook met de kenmerken van de betrokken beroepen.²⁵ De verplicht pensioenontslag clause verzekert werknemers van een zekere arbeidsstabiliteit, en op de lange termijn een vooruitzicht op pensioen, maar biedt werkgevers tegelijkertijd een zekere flexibiliteit in personeelsbeheer. De verplicht ontslagclause is dus de afspiegeling van een evenwicht tussen uiteenlopende – maar legitieme – belangen binnen een complexe context van arbeidsverhoudingen, dat nauw verband houdt met politieke keuzes op het gebied van pensioen en werkgelegenheid.²⁶ Het Hof van Justitie EU toetst de proportionaliteit ook in dit geval marginaal en overweegt conform het niet onredelijkheidscriterium dat sociale partners een dergelijke maatregel passend en noodzakelijk kunnen achten om het

22. Rosenblatt, punt 42.

23. Rosenblatt, punt 65.

24. Rosenblatt, punt 43.

25. Veldman, *Leeftijdscriminatie, ontslagvergoedingen en pensioenplafonds*, VvA Arbeidsrechtelijke reflecties 2014, p. 281.

26. Rosenblatt, punt 68.

beoogde werkgelegenheidsdoel te bereiken, gegeven de ruime beoordelingsmarge waarover sociale partners op nationaal niveau beschikken.

Het Hof van Justitie EU houdt bij de afweging van belangen in het kader van de noodzakelijkheidsvraag uitdrukkelijk rekening met de voor- en nadelen voor zowel de samenleving in het algemeen als voor de individuen waaruit zij bestaat.²⁷ In dit geval acht het Hof van Justitie EU de cao-bepaling, die voorziet in de automatische beëindiging van het dienstverband bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd, geen excessieve inbreuk op individuele werknemersbelangen vanwege de aanspraak op ouderdomspensioen aan het einde van de beroepsloopbaan.²⁸ Echter, de schoonmaakbranche wordt gekenmerkt door lage beloningen en deeltijdarbeid en het wettelijk ouderdomspensioen is ontoereikend om in het levensonderhoud van deze werknemers te voorzien.²⁹ Anderzijds hebben werkgevers belang bij het plannen van hun personeelsbeheer. Een van de factoren waarmee het Hof van Justitie EU bij de belangenafweging rekening houdt is dat de betrokken werknemster door de maatregel niet gedwongen wordt zich definitief terug te trekken uit de arbeidsmarkt. Het arbeidsrecht in Duitsland verbiedt immers niet dat na het bereiken van de wettelijke pensioenleeftijd, de beroepsactiviteiten elders kunnen worden voortgezet.³⁰ De maatregel ontnemt werknemers die de pensioenleeftijd hebben bereikt en actief willen blijven op de arbeidsmarkt evenmin de bescherming tegen discriminatie op grond van leeftijd bij indiensttreding elders. Daarmee erkent het Hof van Justitie EU het recht op arbeid, ook na verplichte pensionering.³¹ De vraag of doorwerken na de pensioenleeftijd een reële optie is in het kader van de demografische ontwikkelingen, wordt door het Hof van Justitie EU niet concreet beantwoord.

6.5.2 *Hoogte pensioeninkomen*

In de zaak Hörnfeldt was de vraag aan de orde of de hoogte van het ouderdomspensioeninkomen van invloed was op de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie bij verplicht pensioenontslag. De verwijzende rechter vroeg zich af of het verplicht pensioenontslag op 67-jarige leeftijd wel strikt noodzakelijk was om de beoogde werkgelegenheidsdoelstellingen te bereiken, omdat geen rekening werd gehouden met de uiteindelijke hoogte van het ouderdomspensioen bij pensionering.³²

27. Fuchs en Köhler, punt 73.

28. Rosenblatt, punt 47.

29. Rosenblatt, punt 71.

30. Fuchs en Köhler, punt 75.

31. Artikel 15 EU-Handvest van de Grondrechten.

32. HvJ EU 5 juli 2012, C-141/11, Hörnfeldt, EUR-Lex 62011CJ0141.

Hörnfeldt, die geen volledig pensioen had opgebouwd, wilde na het bereiken van de 67-jarige pensioenleeftijd doorwerken om zo zijn pensioeninkomen te verhogen. Hörnfeldt werkte al sinds 1989 een dag per week voor de Zweedse posteries en had meerdere malen verzocht om uitbreiding van het aantal uren, maar dat verzoek werd steeds maar gedeeltelijk ingewilligd. Sinds 2006 werkte Hörnfeldt in deeltijd waardoor hij onvoldoende ouderdomspensioen had opgebouwd. Hörnfeldt vond het onredelijk dat geen rekening werd gehouden met de hoogte van zijn ouderdomspensioen.

De 67-jaarregel werd door het Hof van Justitie EU passend bevonden in het licht van de ruime beoordelingsmarge waarover in dit geval sociale partners beschikken. Aan de ene kant doordat de 67-jaarregel belemmeringen wegneemt voor diegenen die na het bereiken van de 65-jarige leeftijd willen doorwerken om het pensioeninkomen aan te passen aan het levensinkomen, waarmee wordt ingespeeld op de demografische ontwikkelingen en het risico van krapte op de arbeidsmarkt. Aan de andere kant zorgt de 67-jaarregel voor doorstroming en toegang van jongeren op de arbeidsmarkt, en voorkomt dat werkgevers arbeidsovereenkomsten met oudere werknemers op vernederende wijze moeten beëindigen.³³ Vervolgens toetst het Hof van Justitie EU of de maatregel verder gaat dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de nagestreefde doelstellingen en of de maatregel op excessieve wijze afbreuk doet aan de belangen van werknemers wier arbeidsovereenkomst automatisch eindigt bij het bereiken van de 67-jarige leeftijd. Het Hof van Justitie EU plaatst de maatregel in zijn eigen regelingscontext en weegt de individuele en algemene belangen tegen elkaar af, daarbij rekening houdend met zowel de individuele nadelen als met de voordelen voor de samenleving in het algemeen.³⁴ Een belangrijke factor bij die belangenafweging was dat de 67-jaarregel aan werknemers in ieder geval een onvoorwaardelijk recht geeft om de loopbaan tot 67 jaar voort te zetten, en zo de mogelijkheid tot verhoging van het pensioeninkomen faciliteert. Daarnaast overwoog het Hof van Justitie EU dat het partijen vrij staat om de arbeidsovereenkomst ook na het pensioenontslag op de 67-jarige leeftijd al dan niet voor bepaalde tijd te verlengen.³⁵ Een andere belangrijke afweging is dat werknemers na het bereiken van de 65-jarige leeftijd niet gedwongen worden om zich definitief terug te trekken uit de arbeidsmarkt, dat is ter vrije keuze van de werknemer. Wanneer de werknemer er niet voor kiest om na de 65-jarige leeftijd door te werken komt de werknemer in ieder geval in aanmerking voor het wettelijk ouderdomspensioen in de vorm van een basisdekking. In dit arrest wordt verder aangehaakt bij de overwegingen in het Rosenblatt-arrest.³⁶ Met andere woorden, de hoogte van het ouderdomspensioeninkomen speelt geen

33. Hörnfeldt, punt 33 en 34.

34. Hörnfeldt, punt 38.

35. Hörnfeldt, punt 39 t/m 44.

36. Hörnfeldt, punt 45.

doorslaggevende rol bij de noodzakelijkheidsvraag. Dit omdat het werknemers vrij staat om elders op de arbeidsmarkt actief te zijn.

6.5.3 *Rol recht op arbeid*

In de zaak Hörnfeldt maakt het Hof van Justitie EU dus een nadrukkelijke afweging tussen het verbod van leeftijdsdiscriminatie enerzijds en het grondrecht om te werken anderzijds.³⁷ In dat kader wordt rekening gehouden met de arbeidsdeelname van oudere werknemers aan het beroepsleven.³⁸ De aanspraak op ouderdomspensioen – waarbij de hoogte geen rol speelt – en de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst op vrijwillige basis voort te zetten of een dienstbetrekking elders te aanvaarden, speelden een rol bij de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie.

Fuchs en Köhler deden na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd een verzoek om verlenging van hun arbeidsovereenkomst voor een periode van drie jaar. Dat verzoek om verlenging is door de Duitse overheid afgewezen.³⁹ Het doorstromingsargument speelde ook in Fuchs en Köhler een doorslaggevende rol vooral omdat openbare aanklagers voor het leven worden benoemd en het uitzonderlijk is als zij vrijwillig en vroegtijdig het ambt verlaten. Volgens de Duitse regering en Land Hessen was het verplicht pensioenontslag een passend middel om de toegang van jongeren tot de arbeidsmarkt te bevorderen vooral omdat het aantal beschikbare procureursposten in de overheidssector beperkt is.⁴⁰ Die beperking houdt verband met de bijzondere kwalificaties waarover openbare aanklagers moeten beschikken evenals een succesvolle afronding van de vereiste opleiding.⁴¹ Overweging is dat de vaststelling van een verplichte pensioenleeftijd voor procureurs dan ook het enige middel is om de werkgelegenheid op billijke wijze tussen de generaties te verdelen. Het Hof van Justitie EU stelt zich ook in deze zaak terughoudend op en treedt niet in de materiële beoordeling van het nationaal werkgelegenheidsbeleid. De geschiktheid van de verplichte pensioenleeftijd wordt getoetst aan het ruime niet onredelijkheids criterium.⁴² Evenals in Hörnfeldt weegt het Hof van Justitie EU het verbod van leeftijdsdiscriminatie tegen de achtergrond van het grondrecht om te werken.⁴³ Daarbij wordt bijzondere aandacht besteed aan de deelname van oudere werknemers aan het beroeps- en daarmee het sociaal-economische leven, waardoor de diversiteit bij de arbeid wordt bevorderd.⁴⁴

37. Artikel 15 EU-Handvest van de Grondrechten.

38. Considerans 25 Richtlijn 2000/78.

39. HvJ EU 21 juli 2011, C-159/10, Fuchs, C-160/10, Köhler, EUR-Lex 62010CJ0159.

40. Fuchs en Köhler, punt 58.

41. Fuchs en Köhler, punt 59.

42. Fuchs en Köhler, punt 60.

43. Artikel 15 EU-Handvest van de Grondrechten.

44. Fuchs en Köhler, punt 63.

In beide gevallen voorzag de bepaling in de mogelijkheid om langer door te werken na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Hörnfeldt had daartoe een eenzijdige keuze, daarentegen waren Fuchs en Köhler voor de driejarige verlengingsmogelijkheid afhankelijk van de toestemming van de overheidswerkgever. De verplichte pensioenleeftijd voor openbare aanklagers werd door het Hof van Justitie EU een noodzakelijk middel bevonden om de werkgelegenheidsdoelstellingen te bereiken.⁴⁵ Het recht om na beëindiging van het dienstverband bij de overheid elders op de arbeidsmarkt een rol te vervullen en het vooruitzicht op een goed pensioeninkomen (dat ongeveer 72% van het laatstverdiende salaris bedraagt) waren doorslaggevende factoren voor de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie.⁴⁶

6.6 ROL OMSTANDIGHEDEN ARBEIDSMARKT

In de voorgaande arresten hebben we gezien dat de aanspraak op ouderdomspensioen en het recht om na verplicht pensioenontslag actief te blijven op de arbeidsmarkt, individuele factoren zijn die een rol spelen bij de vraag of verplicht pensioenontslag noodzakelijk is om het werkgelegenheidsdoel te bereiken. Het Hof van Justitie EU heeft deze factoren verder uitgewerkt voor specifieke beroepen, sectoren en regio's waar de werkzaamheden plaats vinden. De economische omstandigheden op de arbeidsmarkt, die leiden tot een overschot of een tekort van arbeidsplaatsen in de betreffende sector of beroepsgroep, zouden mijns inziens een doorslaggevende rol moeten spelen bij de proportionaliteitstoets. Met andere woorden: is er een tekort aan arbeidskrachten in geval van krapte op de arbeidsmarkt, dan zou er in mijn visie geen rechtvaardiging zijn voor leeftijdsdiscriminatie bij verplicht pensioenontslag. Is er daarentegen sprake van een overschot op de arbeidsmarkt dan kan het verplicht pensioenontslag een proportioneel middel zijn om de beoogde doorstroming en solidariteit tussen de generaties te bereiken.

De kwestie van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt speelde in de zaak Petersen.⁴⁷ Domnica Petersen was als tandarts aangesloten bij de verplichte zorgverzekering, waarvoor de Duitse wetgever een maximum leeftijdsgrens van 68 jaar had ingesteld. De verplichte pensioenleeftijd voor gecontracteerde tandartsen in de Duitse regio had een driedelig doel: ten eerste kostenreductie vanwege de buitensporige stijgingen van de uitgaven van het verplichte zorgverzekeringsstelsel, ten tweede beperking van het risico tegen niet meer optimaal presterende tandartsen op een zekere leeftijd en ten derde het bevorderen van de intergenerationele solidariteit in het kader van nationaal werkgelegenheidsbeleid. Zoals eerder besproken betreffen de eerste twee doelstellingen het domein van de gezondheid van de patiënt, de een

45. Fuchs en Köhler, punt 66.

46. Fuchs en Köhler, punt 67.

47. HvJ EU 12 januari 2010, C-341/08, Petersen, EUR-Lex 62008CJ0341.

vanuit de invalshoek van de bekwaamheid van artsen, de ander bezien vanuit de handhaving van het financiële evenwicht in het verplichte zorgverzekeringsstelsel. Deze doelstellingen zijn erop gericht om de volksgezondheid te beschermen en vallen derhalve onder de reikwijdte van artikel 2 lid 5 van de richtlijn.

Alleen de derde doelstelling om de werkgelegenheid evenwichtig over de generaties te verdelen wordt getoetst aan de uitzonderingsbepaling van artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78. In lijn met de intergenerationele jurisprudentie wordt dit werkgelegenheidsdoel legitiem bevonden. Het Hof van Justitie EU toetst de geschiktheid van het middel vervolgens marginaal en overweegt dat het instellen van een maximum leeftijdsgrens, gezien de ontwikkeling van de werkgelegenheid in deze sector, niet onredelijk is omdat die leeftijdsgrens leidt tot uittreding van de oudste beroepsbeoefenaren uit de arbeidsmarkt, waardoor de toegang van jongeren tot de uitoefening van dit beroep wordt bevorderd. Zonder enig wetenschappelijk onderzoek dat het prestatievermogen van tandartsen vanaf 68 jaar in zijn algemeenheid afneemt, wordt deze leeftijd door het Hof van Justitie EU voldoende vergevorderd bevonden voor de beëindiging van de toelating als gecontracteerd tandarts.

Of het doel noodzakelijk is, hangt af van de zorgbehoefte en het beschikbare aantal tandartsen op de arbeidsmarkt en van het overaanbod of een latent risico dat die situatie zich gaat voordoen.⁴⁸ Kortom zijn er te weinig tandartsen dan is er geen noodzaak en dus geen rechtvaardiging voor het instellen van een leeftijdsgrens voor tandartsen. De Duitse regering heeft dit ook ter terechtzitting aangegeven: de leeftijdsgrens van 68 jaar is niet van toepassing in de regio's waar een tekort aan gecontracteerde tandartsen was vastgesteld en onderkent daarmee dat afstemming tussen vraag en aanbod per regio kan variëren.⁴⁹ Met andere woorden: de noodzaak voor afwijking van het verbod van leeftijdsdiscriminatie bij het instellen van een maximum leeftijdsgrens staat of valt met een overaanbod of een tekort aan gecontracteerde tandartsen in een bepaalde regio.⁵⁰ Deze maatregel wordt noodzakelijk geacht bij een overaanbod van tandartsen, maar die noodzaak ontbreekt in de regio's waar een tekort aan tandartsen is. De belangenafweging die in dat kader plaatsvindt, betreft niet de individuele werknemer, maar de gehele sector en dus de arbeidsmarkt als zodanig. Het Hof van Justitie EU overweegt dit expliciet. Wanneer het aantal gecontracteerde tandartsen op de arbeidsmarkt niet excessief is in verhouding tot de zorgbehoefte onder de patiënten, staat de toegang open voor nieuwe beroepsbeoefenaren, met name jongeren, ongeacht de aanwezigheid van tandartsen die een bepaalde leeftijd hebben bereikt. In dat geval zou het instellen van een leeftijdsgrens, passend noch noodzakelijk zijn om het doel te bereiken. Het is evenwel aan de nationale rechter om na te gaan of zich een dergelijke situatie

48. Petersen, punt 71.

49. Petersen, punt 72.

50. Petersen, punt 73.

voordoet.⁵¹ Het Hof van Justitie EU geeft in dit arrest een duidelijke instructie aan de verwijzende rechter om te onderzoeken of er sprake is van een overaanbod of een tekort aan tandartsen op de Duitse arbeidsmarkt.

Het Petersen-arrest maakt inzichtelijk hoe het Hof van Justitie EU het gelijkebehandelingsrecht benadert in het licht van sociaal, economisch en politiek gedreven brede werkgelegenheidsdoelstellingen. In dit arrest ligt het antwoord besloten voor de controverse tussen enerzijds de bevordering van actief ouder worden en anderzijds de bevordering van solidariteit tussen de generaties. Deze twee – tegengestelde – werkgelegenheidsdoelstellingen zijn dus afhankelijk van de situatie op de arbeidsmarkt hetgeen mijns inziens bepalend zou moeten zijn bij de proportionaliteitstoets. De rechtvaardiging van het doorstromingsargument staat of valt met een overaanbod of tekort aan tandartsen in de betreffende Duitse regio. Wanneer er sprake is van overaanbod op de arbeidsmarkt, kan er rechtvaardiging zijn voor het instellen van een maximum leeftijdsgrens waardoor de oudere generatie plaats maakt voor de jonge generatie. Is er daarentegen sprake van krapte op de arbeidsmarkt in een specifieke sector of regio, dan ontbreekt elke rechtvaardiging voor het handhaven van een maximum leeftijdsgrens. Mijn conclusie is dan ook dat de proportionaliteitstoets bij verplicht pensioenontslag of een maximum leeftijdsgrens voor een bepaalde sector of beroepsgroep, beoordeeld zou moeten worden in het licht van de algehele economische en sociale omstandigheden op de arbeidsmarkt.

Ik ben het met Dewhurst eens dat het Hof van Justitie EU bij het verplicht pensioenontslag veel meer zou moeten kijken naar het algemeen arbeidsmarktbelang in plaats van individuele werknemersbelangen, omdat het nu alleen oog lijkt te hebben voor de sociale aspecten van het specifieke geval en niet beoordeelt welk discriminatoir effect de maatregel in zijn algemeenheid kan hebben. Dit is vooral van belang bij veranderende economische omstandigheden op de arbeidsmarkt die leiden tot hoge werkloosheid of juist tot tekort aan personeel. Aan individuele werknemersbelangen wordt door het Hof van Justitie EU tot nu toe in het merendeel van de arresten een groter gewicht toegekend, dan aan het algemeen belang dat met de maatregel is gediend.

In het Rosenblatt-arrest constateert het Hof van Justitie EU dat sociale partners niet alleen rekening houden met de globale situatie op de arbeidsmarkt, maar ook met de kenmerken van de betrokken beroepsgroep. Ook in het Georgiev-arrest toetst het Hof van Justitie EU de pensioenleeftijd aan hetgeen in de sector gebruikelijk is. Er wordt in bepaalde gevallen dus wel degelijk rekening gehouden met hetgeen in de betreffende sector of de betrokken beroepsgroep gebruikelijk is. Het bewijs van vraag en aanbod van werkgelegenheid in een bepaalde sector of

51. Petersen, punt 74.

beroepsgroep is in de jurisprudentie echter nog onvoldoende uitgekristalliseerd. De proportionaliteit wordt bij het verplicht pensioenontslag ruim getoetst waarbij individueel sociale belangen prevaleren boven het algemeen sociaal belang. Dit in tegenstelling tot leeftijdsgrenzen bij indiensttreding en beloning, waarbij het Hof van Justitie EU een veel striktere toetsingsmaatstaf hanteert.

Voor de Nederlandse rechter is een aanknopingspunt te vinden voor deze sector gerelateerde benadering, in het antwoord van Minister Kamp aan de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid naar de gevolgen van de Prigge uitspraak voor het Nederlandse beleid. De Minister vond een pensioenleeftijd van 56 jaar voor piloten onwenselijk gezien de noodzaak tot het bevorderen van de arbeidsparticipatie van oudere werknemers.⁵² Volgens de Minister is doorstroming sectorbepaald en kan dit argument niet zonder meer in elke sector als objectieve rechtvaardiging voor leeftijdsonderscheid bij verplicht pensioenontslag worden gehanteerd. De uitspraak zal voor andere beroepsgroepen en sectoren in juridische procedures volgens de Minister dan ook geen obstakel vormen. Het standpunt van de Minister om de rechtvaardiging van leeftijdsonderscheid te relateren aan een sector en beroepsgroep hield duidelijk verband met sociaal-economische belangen en de situatie op de arbeidsmarkt.

6.7 BEWIJSINSTRUCTIE HOF VAN JUSTITIE EU

De meeste kans op succes bij de betwisting van de proportionaliteit van het doorstromingsargument bestaat bij bijzondere beroepen, zoals (tand)artsen, hoogleraren en leden van de rechterlijke macht, in tegenstelling tot generieke beroepen zoals de schoonmaaksector. Uit de Europese rechtspraak blijkt dat bij specifieke – veelal academische – beroepen de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie bij het verplicht pensioenontslag uitvoeriger wordt gemotiveerd en van een gedetailleerde bewijsinstructie voorzien, dan in andere gevallen.

We hebben in hoofdstuk 4 reeds gezien dat het doorstromingsargument in een bepaalde sector of beroepsgroep lastig te bewijzen valt, vooral in het geval het aanbod vanuit de jongere generatie door degene die zich op leeftijdsdiscriminatie beroept, in de procedure wordt bestreden. Dit was het geval bij de Bulgaarse professor Georgiev die bestreed dat zijn plaats zou worden ingevuld door een jonge hoogleraar bij beëindiging van zijn hoogleraarschap wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.⁵³ Georgiev startte twee procedures. De eerste was gericht tegen de verplichte beëindiging van zijn dienstverband wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd en de tweede tegen de verlenging van zijn

52. Reactie op bericht 'Piloten dwingen op 60^e te stoppen mag niet', 5 oktober 2011, kenmerk AV/AR/2011/17579.

53. HvJ EU 18 november 2010, C-250/09 en C-268/09, Georgiev, EUR-Lex 62009CJ0250.

arbeidsovereenkomst voor maximaal een jaar in aansluiting op zijn arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

In deze zaak betrof het twee regelingen, die qua werkgelegenheidsdoelstelling met elkaar samenhangen. De ene regeling bepaalde dat hoogleraren in Bulgarije bij het bereiken van de leeftijd van 68 jaar ambtshalve werden gepensioneerd, de andere dat zij na hun 65-jarige leeftijd nog uitsluitend op basis van contracten voor bepaalde tijd van een jaar werkzaam konden zijn. De verwijzende rechter vroeg zich in beide procedures af of artikel 6 lid 1 van de richtlijn zich verzet tegen een regeling die bepaalt dat hoogleraren bij het bereiken van de 68-jarige leeftijd ambtshalve met pensioen gaan en dat zij hun activiteiten bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd uitsluitend kunnen voortzetten op basis van overeenkomsten voor bepaalde tijd.

De eerste procedure richt zich tegen beëindiging van het dienstverband door het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van 68 jaar, waarbij Georgiev zich beroept op leeftijdsdiscriminatie. In deze procedure stelt Georgiev zich op het standpunt dat de ambtshalve pensionering geen legitiem werkgelegenheidsdoel en evenmin een geschikt middel is om de werkgelegenheid in het hoger onderwijs te bevorderen, omdat het niet zou stroken met de realiteit op de Bulgaarse arbeidsmarkt. Volgens Georgiev was de gemiddelde leeftijd van hoogleraren in Bulgarije 58 jaar en waren er ten tijde van het geding hooguit 1000 aangestelde hoogleraren werkzaam in heel Bulgarije.⁵⁴ Het doorstromingsargument werd door Georgiev betwist omdat er niet voldoende professoren in zijn vakgebied voorhanden zouden zijn om zijn functie te vervullen.

Het Hof van Justitie EU vindt het ook in deze zaak niet onredelijk wanneer de autoriteiten van een lidstaat zich op het standpunt stellen dat de toepassing van een leeftijdsgrens, die leidt tot uittreding van de oudste beroepsbeoefenaren uit de markt, de werkgelegenheid van jonge beroepsbeoefenaren kan bevorderen. Het aantal leerstoelen is in het algemeen beperkt en kunnen slechts worden bekleed door personen die op het betrokken gebied over de hoogste kwalificaties beschikken. Er moet eerst een leerstoel vacant zijn om een hoogleraar in dienst te kunnen nemen waardoor het passend kan zijn dat een lidstaat een leeftijdsgrens invoert met het oog op de verwezenlijking van werkgelegenheidsdoelstellingen in de betreffende sector.⁵⁵ Het Hof van Justitie EU acht het middel geschikt om doorstroming te bevorderen vanwege het geringe aantal hoogleraarposities dat vacant komt. De nationale rechter zal moeten beoordelen of de maximum pensioenleeftijd

54. Georgiev, punt 47.

55. Georgiev, punt 50-52.

voor hoogleraren in Bulgarije daadwerkelijk leidt tot de benoeming van jonge hoogleraren en een evenredige verdeling van de posten tussen de generaties.

Het Hof van Justitie EU toetst de pensioenleeftijd zoals gezegd ook in deze zaak op basis van hetgeen in de sector gebruikelijk is, waarbij uiteindelijk het recht op een pensioeninkomen de doorslaggevende factor vormt voor de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie. Bijkomend argument was dat de pensioenleeftijd van 70 jaar voor hoogleraren, al vijf jaar hoger lag dan de wettelijke pensioengerechtigde leeftijd in Bulgarije. Hoogleraren krijgen aldus de gelegenheid om hun loopbaan voor een relatief lange periode voort te zetten, waarbij meespeelt dat zij na de beëindiging van hun dienstverband aanspraak hebben op ouderdomspensioen. Het verplicht pensioenontslag merkt het Hof van Justitie EU in deze zaak niet aan als een excessieve inbreuk op individuele werknemersrechten.⁵⁶ Een maximum leeftijdsgrens van 70 jaar gaat niet verder dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van doelstellingen van werkgelegenheidsbeleid.⁵⁷ Verder heeft Georgiev aangevoerd dat er niet in een ambtshalve pensionering was voorzien voor ander onderwijzend personeel van de universiteit, niet zijnde hoogleraren en docenten. Ook de noodzaak van het onderscheid tussen docenten en hoogleraren enerzijds en ander onderwijzend personeel anderzijds dient door de nationale rechter op (in)coherentie te worden onderzocht in het licht van de nagestreefde doelstellingen en de bijzondere kenmerken van het onderwijzend personeel.⁵⁸

In de tweede procedure stelt Georgiev zich op het standpunt dat verlenging van zijn arbeidsovereenkomst met een jaar feitelijk een voortzetting was van zijn arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Georgiev beroept zich dan ook op de nietigheid van de pensioenclausule in de arbeidsovereenkomst met de Universiteit. Deze procedure richtte zich dus tegen de verlenging van contracten voor bepaalde tijd voor ten hoogste twee jaar.⁵⁹ Deze maatregel werd door het Hof van Justitie EU proportioneel geacht omdat een Bulgaarse hoogleraar bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd reeds aanspraak heeft op ouderdomspensioen, maar ervoor kan kiezen om langer door te werken. Deze situatie verschilde van de zaak Mangold waar het een onbeperkte verlengingsmogelijkheid vanaf 52-jarige leeftijd betrof.

6.8 EEN TEGENGESTELD GELUID?

In de zaak die de Europese Commissie tegen Hongarije aanhangig had gemaakt kwam de verlaging van de pensioenleeftijd voor leden van de rechterlijke macht, het Openbaar Ministerie en het notariaat, evenwel niet door de proportionaliteits-

56. Georgiev, punt 54.

57. Georgiev, punt 55.

58. Georgiev, punt 56.

59. Georgiev, punt 61, 65.

toets omdat Hongarije niet in staat was om het effect van het middel op het beoogde werkgelegenheidsdoel aan te tonen.⁶⁰ De zaak was politiek beladen, al herhaaldelijk was in het Europees Parlement aan de orde geweest dat Hongarije qua wetgeving en rechtspraak uit de pas liep met Europese regelgeving.

Maar dit was geen prejudiciële zaak. De Europese Commissie had gebruik gemaakt van de bevoegdheid om een inbreuk procedure aanhangig te maken bij het Hof van Justitie EU tegen Hongarije.⁶¹ De Europese Commissie koos er in deze procedure voor om de schending van Richtlijn 2000/78 wegens leeftijdsdiscriminatie door Hongarije aan de orde te stellen.

Hongarije had de pensioenleeftijd voor leden van de rechterlijke macht, het Openbaar Ministerie en het notariaat, met ingang van 1 januari 2012 vrij abrupt verlaagd van 70 naar 62 jaar. De consequenties waren vergaand omdat de doelgroep op wie de maatregel betrekking had verplicht werd om terstond voor 1 januari 2012 het ambt neer te leggen wegens het bereiken dan wel het overschrijden van de pensioengerechtigde leeftijd van 62 jaar. Volgens de Europese Commissie was daardoor sprake van schending van artikel 2 van de richtlijn door de Hongaarse wetgever. De verlaging van de maximum leeftijd waarop de werkzaamheden moeten worden beëindigd leidde immers tot een verschil in behandeling binnen een bepaalde beroepsgroep.⁶² Volgens de Europese Commissie ontbrak een werkgelegenheidsdoelstelling en de samenhang tussen verlaging van de pensioenleeftijd en de hervorming van het Hongaarse pensioenstelsel.

De wetswijziging had tot gevolg dat de rechters in het vervolg door de President van Hongarije zouden worden benoemd. De Europese Commissie had op 13 juli 2012 aan het Hof van Justitie EU in een spoedprocedure gevraagd om vast te stellen dat de hervorming van de Hongaarse pensioenwetgeving in strijd was met Richtlijn 2000/78. Opmerkelijk was dat het Constitutionele Hof in Hongarije drie dagen na het verzoek van de Europese Commissie aan het Hof van Justitie EU de hervorming alsnog ongrondwettig oordeelde en wel met terugwerkende kracht tot 1 januari 2012.⁶³ Deze uitspraak leidde er echter niet toe dat de vervroegde pensionering van individuele rechters werd teruggedraaid. De rechters moesten daarvoor zelf beroep instellen tegen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.⁶⁴ Het staat Hongarije weliswaar vrij om de pensioenleeftijd voor deze beroepsgroep vast te stellen, maar de nieuwe regeling had (te) ingrijpende gevolgen voor de duur van het dienstverband, de uitoefening van de beroepswerkzaamheden en de deelname

60. HvJ EU 6 november 2012, C-286, EC/Hongarije, EUR-Lex 62012CJ0286.

61. Artikel 258 VWEU.

62. EC/Hongarije, punt 24.

63. U. Belavusau, *On Age Discrimination and Beating Dead Dogs*, CML Rev (2013) 50, p. 1147.

64. De Waele, *De Commissie-Hongarijeconfrontatie*, NtER 2013 (6), p. 220.

aan het beroepsleven. Volgens de Hongaarse regering was de wetgeving bedoeld als een correctie op de positieve discriminatie van deze beroepsgroep, omdat alleen zij tot de 70-jarige leeftijd het ambt konden blijven uitoefenen, terwijl andere ambtenaren in de openbare dienst die mogelijkheid niet hadden.⁶⁵

Het Hof van Justitie EU vond het middel om de maximumleeftijden bij de Hongaarse overheid te uniformeren evenwel geschikt maar niet noodzakelijk, omdat niet was aangetoond dat het beoogde werkgelegenheidsdoel door de verlaging van de pensioenleeftijd zou worden bereikt. De maatregel had tot gevolg dat diegenen in deze beroepsgroep die in 2012 reeds 62 jaar of ouder waren, of dat zouden worden, verplicht werden hun ambt uiterlijk op 31 december 2012 neer te leggen. Dat vond het Hof van Justitie EU, evenals de Europese Commissie, veel te abrupt nu er geen overgangsmaatregel was getroffen om de pijn voor deze sector enigszins te verzachten. De maatregel werd te nadelig voor de beroepsgroep geacht in verhouding tot het algemeen belang dat met de maatregel werd beoogd. De betrokken rechters zouden onder deze omstandigheden definitief de arbeidsmarkt moeten verlaten, zonder in de gelegenheid te zijn gesteld om een financiële regeling te treffen, die een geschat lager pensioeninkomen van ongeveer 30%, zou kunnen compenseren.⁶⁶ Het Hof van Justitie EU vond het middel om de maximumleeftijden bij de Hongaarse overheid te uniformeren weliswaar geschikt maar niet noodzakelijk, omdat niet was aangetoond dat het beoogde werkgelegenheidsdoel daarmee zou worden bereikt. Volgens het Hof van Justitie EU had Hongarije niets aangedragen op basis waarvan kon worden vastgesteld dat de beoogde doelstelling niet met een minder beperkende maatregel had kunnen worden bereikt.⁶⁷ Daarnaast heeft Hongarije geen redenen genoemd waarom de pensioenleeftijd ineens met acht jaar werd verlaagd, in plaats van een geleidelijke invoering.⁶⁸

De tweede doelstelling om een meer evenwichtige leeftijdsstructuur binnen de rechterlijke macht tot stand te brengen, waardoor de toegang van jonge juristen tot de rechterlijke macht zou worden vergemakkelijkt en een snellere carrière zou worden gewaarborgd, werd door het Hof van Justitie EU als niet geschikt beoordeeld. Het was namelijk de bedoeling van de Hongaarse regering om de pensioenleeftijd in de daarop volgende jaren weer geleidelijk aan te laten stijgen, waardoor het effect van de verlaging van de pensioenleeftijd slechts eenmalig zou zijn en de maatregel eerder het omgekeerde effect teweeg zou brengen.⁶⁹ Het Hof van Justitie EU kwam daardoor aan de noodzakelijkheidsvraag niet meer toe.⁷⁰

65. EC/Hongarije, punt 25.

66. EC/Hongarije, punt 70.

67. EC/Hongarije, punt 71.

68. EC/Hongarije, punt 73.

69. EC/Hongarije, punt 78.

70. EC/Hongarije, punt 79.

De verlaging van de pensioenleeftijd voor deze beroepsgroep leidt tot een verschil in behandeling, dat onevenredig is ten opzichte van de nagestreefde doelstellingen van de Hongaarse wetgeving. De Europese Commissie wordt door het Hof van Justitie EU in het gelijk gesteld doordat Hongarije, door deze regeling vast te stellen, niet heeft voldaan aan de verplichtingen uit hoofde van de artikelen 2 en 6 Richtlijn 2000/78.⁷¹ Het bijzondere aan deze zaak is dat het door de Europese Commissie tegen een lidstaat is aangespannen vanwege de inbreuk op de rechten van de betrokken doelgroep, maar in feite was dit een politieke zaak. Volgens de Waele geeft dit aan hoever de supranationale rechter (in navolging van Mangold en Küçükdeveci) wil gaan om inbreuk op discriminatie te bestrijden.⁷²

Inmiddels is de Europese Commissie op 28 juli 2017 een soortgelijke inbreuk procedure gestart tegen Polen. Het betreft hier een wetbepaling op grond waarvan de pensioengerechtigde leeftijd voor vrouwelijke rechters 60 jaar en voor mannelijke rechters 65 jaar bedraagt.⁷³ Volgens de Europese Commissie is hier sprake van discriminatie op grond van geslacht. Het Hof van Justitie EU heeft bij wijze van voorlopige voorziening bepaald dat de toepassing van de maatregel die de pensioenleeftijd van Poolse rechters verlaagd, moet worden opgeschort.⁷⁴

6.9 ROL ACTIEVE ARBEIDSPARTICIPATIE IN RELATIE TOT HET RECHT OP WERK

Het Europees sociaal beleid stimuleert actieve arbeidsparticipatie van oudere werknemers, maar bevordert tevens doorstroming op de arbeidsmarkt. De Europese jurisprudentie laat zien dat bij de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie van verplicht pensioenontslag het solidariteitsbeginsel prevaleert boven de doelstelling om actief ouder worden te bevorderen. Deze lijn heeft het Hof van Justitie EU in de zogenoemde Deense arresten verlaten in die zin dat aan het recht op arbeid een doorslaggevende rol is toegekend.

Het recht op werk is als grondrecht gedefinieerd in artikel 15 EU-Handvest van de Grondrechten. Het Hof van Justitie EU plaatst de rechtvaardiging van het verbod van leeftijdsdiscriminatie bij ontslag wegens reorganisatie, veelal in de context van artikel 15 EU-Handvest van de Grondrechten (het recht op arbeid en beroep), in het bijzonder in het geval de werknemer na ontslag actief wil blijven op de arbeidsmarkt.⁷⁵ We zullen hierna zien dat het Hof van Justitie EU in de zaken Toftgaard, Andersen en Rasmussen, het beroep op leeftijdsdiscriminatie honoreert omdat deze werknemers actief wilden blijven op de arbeidsmarkt, ondanks een aanspraak

71. EC/Hongarije, punt 80-81.

72. Prof. H. de Waele, De Commissie-Hongarijeconfrontatie, NTeR (2013) 6, p. 221.

73. Persbericht Europese Commissie, Brussel 29 juli 2017.

74. HvJ EU 17 december 2018, C-619/18R, EC versus Polen, beschikking in kort geding.

75. Ellis & Watson, EU Anti-Discrimination Law, OUP, p. 281.

op ouderdomspensioen na ontslag.⁷⁶ Zij opteerden ervoor om hun activiteiten op de arbeidsmarkt na (vervroegd pensioen) ontslag voort te zetten in plaats van op de – of zelfs voor de – reguliere pensioenleeftijd, aanspraak te maken op een wettelijk dan wel aanvullend ouderdomspensioen.

In Toftgaard was de vraag aan de orde of het weigeren van wachtgeld na beëindiging van het dienstverband met een werknemer die aanspraak had op ouderdomspensioen, een verboden vorm van leeftijdsonderscheid oplevert in het geval de werknemer ervoor opteert actief te blijven op de arbeidsmarkt.⁷⁷ Toftgaard was een Deense ambtenaar die in mei 2006 op 65-jarige leeftijd wegens reorganisatie werd ontslagen, maar wegens zijn aanspraak op ambtenarenpensioen niet in aanmerking kwam voor wachtgeld. De maximaal wettelijke pensioenleeftijd voor ambtenaren in Denemarken was op dat moment 70 jaar, hoewel ambtenaren al vanaf 65 jaar in aanmerking kwamen voor een regulier ouderdomspensioen. Toftgaard wilde langer doorwerken om een hoger pensioeninkomen te kunnen opbouwen en verzocht te worden overgeplaatst naar een andere post, daarbij desnoods een lager salaris voor lief nemend. Dit verzoek werd niet ingewilligd. Na zijn ontslag heeft Toftgaard tegen een bescheiden vergoeding nog enkele opdrachten uitgevoerd, maar daar bleef het bij. Toftgaard vond het weigeren van wachtgeld vanwege zijn aanspraak op ouderdomspensioen, discriminatie op grond van leeftijd. De maatregel ging uit van de gedachte dat de ambtenaar daadwerkelijk met pensioen zou gaan, terwijl Toftgaard zijn loopbaan juist wilde continueren tot de maximaal toegestane pensioenleeftijd van 70 jaar.

De wachtgeldregeling streefde twee doelstellingen na. Het eerste doel betrof de noodzaak om de ambtenaren beschikbaar te houden voor een vervangende post bij de overheid. Die beschikbaarheid zou worden ondermijnd als ambtenaren zonder wachtgelduitkering genoodzaakt worden om een andere baan op de arbeidsmarkt te zoeken. De Deense wetgever is daarbij, naar blijkt ten onrechte, uitgegaan van de gedachte dat ambtenaren die voor ouderdomspensioen in aanmerking komen, doorgaans minder bereid zijn om terug te keren in overheidsdienst om een nieuwe post te bekleden, dan jongere ambtenaren.⁷⁸ Het tweede doel van de wachtgeldregeling was om de onafhankelijkheid van de betrokken ambtenaren te verzekeren, door hen te beschermen tegen ongeoorloofde politieke en persoonlijke druk van buitenaf. Daarnaast was de maatregel bedoeld om misbruik van dubbele uitkeringen (wachtgeld en ouderdomspensioen) te voorkomen.⁷⁹ De ambtenaren met pensioenaanspraken die ervoor opteerden om na ontslag door te werken vielen echter tussen wal en schip: de Deense wetgeving kent geen verplichting om op 65-jarige

76. HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08, Andersen, EUR-Lex 62008CJ0499.

77. HvJ EU 26 september 2013, C-546/11, Toftgaard, EUR-Lex 62011CJ0546.

78. Toftgaard, punt 56.

79. Toftgaard, punt 49.

leeftijd met pensioen te gaan, maar werknemers die worden uitgesloten van wachtgeld en van verdere pensioenopbouw, zijn daardoor min of meer gedwongen tot aanvaarding van een lagere pensioenuitkering, dan waarop zij na langer doorwerken aanspraak hadden kunnen maken. De Deense regering stelde zich op het standpunt dat het wachtgeld beperkt moest blijven tot die ambtenaren die het werkelijk nodig hebben en die beschikbaar zijn voor een andere functie bij de overheid.⁸⁰ Het Hof van Justitie EU kon zich in de toelichting van de Deense regering vinden, omdat de groep ambtenaren zonder pensioenaanspraken, na beëindiging van hun dienstverband niet over een stabiel en vervangend inkomen konden beschikken. De groep jonge ambtenaren zijn namelijk kwetsbaarder voor economisch en sociale druk, waardoor zij beter beschermd moeten worden en dus recht hebben op wachtgeld.⁸¹ De regeling om wachtgeld aan pensioengerechtigde ambtenaren te onthouden, werd door het Hof van Justitie EU weliswaar passend, maar niet noodzakelijk bevonden, omdat ambtenaren met aanspraken op ouderdomspensioen gelijk gesteld moeten worden met ambtenaren aan wie het ouderdomspensioen daadwerkelijk wordt uitgekeerd.⁸² Kortom de maatregel is discriminerend en volgens het Hof van Justitie EU was er geen grond om af te wijken van het verbod op leeftijdsdiscriminatie.

Deense ambtenaren zijn niet verplicht om op 65-jarige leeftijd met pensioen te gaan maar kunnen ervoor kiezen tot de wettelijke pensioenleeftijd van 70 jaar door te werken. De regeling heeft dus tot gevolg dat ook aan 65-jarige ambtenaren die op de arbeidsmarkt willen blijven een wachtgelduitkering wordt ontzegd. Dit betekent dat zowel de ambtenaren die vanaf 65 jaar daadwerkelijk met pensioen gaan, als diegenen die hun beroeps loopbaan binnen de overheidsdienst wensen voort te zetten, zijn uitgesloten van het voordeel van wachtgeld.⁸³ Volgens het Hof van Justitie EU gaat een maatregel die ambtenaren met een aanspraak op ouderdomspensioen automatisch van wachtgeld uitsluit, verder dan noodzakelijk om de nagestreefde legitieme doelstellingen te bereiken. De maatregel kan ambtenaren namelijk verplichten om een lager pensioeninkomen te aanvaarden dan waarop zij – na langer doorwerken – op de lange termijn aanspraak zouden kunnen maken.⁸⁴ Het Hof van Justitie EU doet vervolgens een suggestie voor een alternatieve bepaling voor ambtenaren die na reorganisatieontslag op de arbeidsmarkt willen blijven: het wachtgeld komt enkel ten goede aan ambtenaren die daadwerkelijk bereid zijn om een vervangende post te bekleden en die tijdelijk afstand hebben gedaan van ouderdomspensioeninkomen. In deze bepaling kunnen maatregelen worden opgenomen om misbruik te bestraffen wanneer de betreffende ambtenaren zouden

80. Toftgaard, punt 60.

81. Toftgaard, punt 62.

82. Toftgaard, punt 64.

83. Toftgaard, punt 66.

84. Toftgaard, punt 68.

weigeren om een passende vervangende post te bekleden.⁸⁵ Deze regeling waarbij ambtenaren met een aanspraak op ouderdomspensioen zonder meer worden uitgesloten van wachtgeld acht het Hof van Justitie EU in strijd met de richtlijn. De zaak Toftgaard maakt duidelijk dat ontzegging van wachtgeld gerechtvaardigd is, mits vaststaat dat de werknemer ook daadwerkelijk met pensioen gaat. Teneinde te bewerkstelligen dat de eventueel te treffen maatregelen vanuit technisch als economisch oogpunt beheersbaar blijven, vindt het Hof van Justitie EU dat niet elk individueel geval afzonderlijk behoeft te worden onderzocht om te bepalen welke benadering het beste aan de specifieke behoeften van elke ambtenaar beantwoordt.⁸⁶ Deze overweging is gemaakt in de context van het herplaatsingsproces. Het Hof van Justitie EU gaat daarentegen wel uit van individuele toetsing bij het herplaatsingsproces van overtollige ambtenaren die jonger zijn dan 65 jaar.⁸⁷

De uitspraak in Toftgaard wijkt dus af van de constante lijn die het Hof van Justitie EU sinds de arresten Palacios de la Villa en Rosenblatt bij verplicht pensioenontslag heeft ingezet. In die zaken was het pensioeninkomen van de werknemer na beëindiging van het dienstverband wegens het bereiken van de pensioenleeftijd de doorslaggevende factor bij de noodzakelijkheidstoets, ondanks de wens van de betrokken werknemer om na pensioenontslag door te werken. Het Hof van Justitie EU stelt zich in Toftgaard op het standpunt dat de werknemer door het pensioenontslag niet gedwongen behoeft te worden om zich uit de arbeidsmarkt terug te trekken. De wens om langer door te werken mag dus niet worden belemmerd zolang de verplichte pensioenleeftijd (70 in Toftgaard) niet is bereikt. Het Hof van Justitie EU beoordeelt de Deense wetgeving discriminerend en strijdig met Europees recht.

De Deense regering stelde zich in deze zaken echter – naar blijkt ten onrechte – op het standpunt dat degenen die aanspraak kunnen maken op een ouderdomspensioenuitkering over het algemeen besluiten om de arbeidsmarkt te verlaten.⁸⁸ Het Hof van Justitie EU laat de rechtvaardiging van het verbod van onderscheid op grond van leeftijd dus afhangen van de individuele wens van de werknemer om zijn activiteiten op de arbeidsmarkt te continueren en maakt daarbij onderscheid tussen werknemers die daadwerkelijk ouderdomspensioen ontvangen en werknemers die een aanspraak hebben op ouderdomspensioen, maar daar tijdelijk van afzien omdat zij nog op de arbeidsmarkt willen blijven.⁸⁹

85. Toftgaard, punt 69.

86. Toftgaard, punt 70.

87. Toftgaard, punt 71; zie ook Veldman, *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, Vereniging voor Arbeidsrecht 42, p. 285.

88. Andersen, punt 27.

89. Andersen, punt 41.

In Rosenblatt vond het Hof van Justitie EU het pensioenontslag op 65-jarige leeftijd proportioneel vanwege het ouderdomspensioen waarop de werknemer recht had na ontslag. In Toftgaard achtte het Hof van Justitie EU het uitsluiten van wachtgeld daarentegen niet proportioneel terwijl het (reorganisatie) ontslag ook plaats vond op de reguliere pensioenleeftijd van 65 jaar. Factoren zoals de beschikbaarheid voor de arbeidsmarkt, het recht op werk en de mogelijkheid om een hoger pensioen op te bouwen bij langer doorwerken, speelden in Toftgaard een doorslaggevende rol. Vegter oppert de gedachte dat het verschil in benadering door het Hof van Justitie EU heeft te maken met het ontslag op de reguliere pensioenleeftijd of het ontslag wegens reorganisatie.⁹⁰ De Deense arresten wijken af van de uitspraken in Rosenblatt en Hörnfeldt waarbij de hoogte van het pensioeninkomen na pensioen ontslag geen obstakel vormde voor de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie. In Toftgaard was dit juist wel het geval. Het Toftgaard-arrest wordt dan ook wel gezien als een vreemde eend in de bijt.⁹¹ Daarentegen zou het arrest ook als leidraad kunnen worden gebruikt, vanuit de doelstelling om oudere werknemers langer actief te laten zijn op de arbeidsmarkt. Met dit arrest is daarmee de trend gezet.

6.10 ROL AANSPRAAK OP OUDERDOMSPENSIOEN NA ONTSLAG

Ook Andersen,⁹² Landin⁹³ en Rasmussen⁹⁴ opteerden ervoor om hun activiteiten op de arbeidsmarkt na (vervroegd pensioen) ontslag voort te zetten in plaats van op de – of zelfs voor de – reguliere pensioenleeftijd, aanspraak te maken op een wettelijk dan wel aanvullend ouderdomspensioen. Volgens de Deense wetgeving heeft een werknemer geen recht op ontslagvergoeding wanneer een aanspraak op ouderdomspensioen bestaat, ongeacht of de werknemer bij beëindiging van het dienstverband daadwerkelijk met pensioen gaat. De speciale ontslagvergoeding was bedoeld om de herintreding in het arbeidsproces van werknemers te bevorderen.⁹⁵ Inzet in deze zaken was de vraag of uitsluiting van een ontslagvergoeding aan pensioengerechtigden evenredig was aan het doel dat werd beoogd, namelijk om een periode van werkloosheid te overbruggen en om misbruik tegen te gaan.

90. Vegter, annotatie HvJ EU 26 september 2013, C-546/11, Toftgaard, JAR 2013/266.

91. Zie: Van der Vos, Uitsluiten transitievergoeding bij AOW-leeftijd: Europeesrechtelijk geen probleem, TRA 2017/60.

92. HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08, Andersen, EUR-Lex 62008CJ0499.

93. HvJ EU 26 februari 2015, C-515/13, Poul Landin, EUR-Lex 62013CJ0515.

94. HvJ EU 19 april 2016, C-441/14, Dansk Industri, EUR-Lex 62014CJ0441.

95. Haket, Dansk Industri: Nadere afbakening grenzen aan richtlijnconforme interpretatie en horizontale werking algemeen Unierechtelijk beginsel? NtER (2016) 7, p. 237.

6.10.1 *Ontslagvergoeding*

De Deense regeling die aan de orde was in de zaak Andersen, bepaalde dat werknemers die op 60-jarige leeftijd met vervroegd pensioen konden gaan en voor hun 50^e jaar aangesloten waren bij de pensioenregeling van hun werkgever, niet in aanmerking kwamen voor een ontslagvergoeding.

De Deense wetgeving bepaalde dat bij ontslag van werknemers die ononderbroken 12, 15 of 18 jaar bij dezelfde onderneming in dienst waren geweest, een ontslagvergoeding van een, twee of drie maanden door de werkgever moest worden voldaan. Van deze ontslagvergoeding werden werknemers die aanspraak konden maken op ouderdomspensioen uitgesloten, omdat de Deense wetgever uitging van de gedachte dat pensioengerechtigde werknemers over het algemeen zouden besluiten om de arbeidsmarkt te verlaten.

Andersen was meer dan 18 jaar in dienst van de Regio Zuid Denemarken toen zijn arbeidsovereenkomst op 63-jarige leeftijd werd opgezegd. Andersen die weliswaar in aanmerking kwam voor ouderdomspensioen, gaf te kennen langer op de arbeidsmarkt te willen blijven en liet zich als werkzoekende registreren. Daarom verzocht Andersen om uitkering van de speciale ontslagvergoeding op basis van zijn anciënniteit, maar dat werd door zijn werkgever afgewezen. De vakbond stelde namens Andersen beroep in wegens leeftijdsdiscriminatie. De verwijzende rechter vroeg zich af of bij beëindiging van de arbeidsverhouding een ontslagvergoeding kon worden ontzegd aan een werknemer die weliswaar aanspraak kon maken op een bij de onderneming opgebouwd ouderdomspensioen doch dat recht op pensioen wilde opschorten om langer te kunnen doorwerken.⁹⁶

Kortom, de maatregel was bedoeld om de overgang naar een nieuwe dienstbetrekking te faciliteren en had tot doel om te waarborgen dat de ontslagvergoeding enkel zou worden uitbetaald aan degenen die op de arbeidsmarkt zouden willen blijven, maar die, gezien hun leeftijd, over het algemeen meer problemen zouden ondervinden bij het vinden van een nieuwe dienstbetrekking.⁹⁷ Volgens de Deense regering bood de maatregel dus bescherming aan werknemers die een groot aantal jaren bij een onderneming in dienst waren geweest omdat de overgang naar een nieuwe dienstbetrekking moeilijker zou kunnen zijn, dan voor jongere werknemers met een korter dienstverband.⁹⁸ Een tweede doelstelling was om misbruik te voorkomen dat aan een werknemer een ontslagvergoeding wordt uitgekeerd, terwijl die inmiddels een pensioenuitkering geniet.

96. Andersen, punt 9.

97. Andersen, punt 39.

98. Andersen, punt 34.

Het Hof van Justitie EU vond de door de Deense regering aangevoerde rechtvaardigingsgrond niet afdoende. De verwijzende rechter vroeg zich af of de maatregel werknemers die daadwerkelijk ouderdomspensioen ontvangen gelijkstelt met personen die een aanspraak hebben op ouderdomspensioen. Sinds 1996 was in Deense wetgeving namelijk bepaald dat de uitsluiting van de speciale ontslagvergoeding niet van toepassing was op werknemers die zich na hun 50-jarige leeftijd bij de ouderdomspensioenregeling van de werkgever hadden aangesloten. Met andere woorden: werknemers die niet lang genoeg bij hun bedrijfspensioenregeling aangesloten waren geweest en daardoor geen redelijk pensioeninkomen hadden opgebouwd, kwamen wel in aanmerking voor de speciale ontslagvergoeding.⁹⁹

De Deense regeling leidt ertoe dat ontslagen werknemers van 60 jaar en ouder die op de arbeidsmarkt willen blijven, de speciale ontslagvergoeding wordt ontzegd enkel en alleen omdat zij over een aanvullend ouderdomspensioen kunnen beschikken. Deze maatregel hield geen rekening met werknemers die hun loopbaan na ontslag nog enige tijd wilden voortzetten en zo gedwongen werden het aanvullend ouderdomspensioen eerder te laten ingaan waardoor zij uiteindelijk een lager pensioeninkomen ontvingen.¹⁰⁰ Het Hof van Justitie EU achtte dit een te excessieve inbreuk op gerechtvaardigde aanspraken van werknemers.

6.10.2 *Vergelijking Landin met Andersen en Rasmussen*

Ook Poul Landin verzocht om uitkering van de speciale ontslagvergoeding, maar dat werd geweigerd wegens zijn aanspraak op algemeen ouderdomspensioen.¹⁰¹ Landin die op 11 januari 1999 als ingenieur in dienst was getreden bij de Deense firma Tekniq, was reeds 67 jaar op het moment dat zijn ontslag werd aangezegd. Landin wilde doorwerken en had zijn recht op ouderdomspensioen al sinds zijn 65-jarige leeftijd opgeschort. Landin is ook daadwerkelijk elders als ingenieur in dienst getreden. Het Hof van Justitie EU vond dat de Deense ontslagregeling niet in strijd was met de richtlijn, omdat de werknemer bij beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst aanspraak kon maken op algemeen ouderdomspensioen. Het Hof van Justitie EU laat het echter aan de verwijzende rechter over om na te gaan of het werkgelegenheidsdoel legitiem en de maatregel proportioneel is voor de verwezenlijking van dat doel.

De situatie in Landin verschilde met die van Andersen, die 63 jaar was op het moment van zijn ontslag en daardoor nog niet in aanmerking kwam voor

99. Andersen, punt 42.

100. Andersen, punt 45.

101. HvJ EU 26 februari 2015, C-515/13, Poul Landin, EUR-Lex 62013CJ0515.

algemeen ouderdomspensioen.¹⁰² In de zaak Andersen betrof het een aanspraak op aanvullend pensioen en bij Landin op algemeen ouderdomspensioen. Bij Andersen vond het Hof van Justitie EU dat sprake was van een excessieve inbreuk op het belang van Andersen omdat hij gedwongen werd om een lager – aanvullend – pensioeninkomen te accepteren door zijn aanvullend pensioen eerder te laten ingaan. In de zaak Landin speelde het risico van een lager pensioeninkomen niet, omdat Landin recht had op algemeen ouderdomspensioen. Het Hof van Justitie EU beoordeelt de maatregel om een ontslagvergoeding te onthouden aan een 67-jarige werknemer met aanspraken op algemeen ouderdomspensioen als passend en noodzakelijk, doordat de legitieme belangen van werknemers die de normale pensioenleeftijd hebben bereikt niet buitensporig door de maatregel worden aangetast. Ook in dit arrest overweegt het Hof van Justitie EU – evenals in Rosenbladt – dat de werknemer naast zijn pensioen, de mogelijkheid heeft om elders in dienst te treden om zodoende andere inkomsten te genereren. Kortom, ontslag zonder vergoeding is toegestaan wanneer de ontslagen werknemer in aanmerking komt voor algemeen ouderdomspensioen, tenzij er sprake is van een aanzienlijk inkomensverlies op de lange termijn en de uiterste verplichte pensioenleeftijd nog niet is bereikt op het moment van ontslag.¹⁰³

In Andersen en Landin is de lijn die het Hof van Justitie EU in eerdere arresten had uitgezet niet consistent en uniform toegepast. Beide werknemers wilden na ontslag wegens reorganisatie doorwerken, ongeacht hun aanspraak op een ouderdomspensioenuitkering. De aanspraak van Andersen op een bij de werkgever opgebouwde aanvullende ouderdomspensioenuitkering vormde geen rechtvaardiging voor het weigeren van een ontslagvergoeding, de aanspraak op een wettelijke algemene ouderdomspensioenuitkering van Landin echter wel. Het Hof van Justitie EU verwijst in Landin nog wel naar Toftgaard, die op het moment van zijn ontslag reeds 65 jaar was maar de wens had om tot zijn 70ste jaar door te werken, maar in Toftgaard ging het om een aanspraak op een wachtgelduitkering die bedoeld was om een periode van werkloosheid te overbruggen. Het feit dat Andersen werd gedwongen om een lager aanvullend pensioeninkomen te accepteren en Landin zijn recht op wettelijk ouderdomspensioen volledig te gelde kon maken, maakt kennelijk het verschil. Rasmussen is weer in lijn met Andersen, hoewel het arrest na Landin is geweest.

Rasmussen, die op 60-jarige leeftijd door zijn werkgever Ajos is ontslagen na een dienstverband van bijna 25 jaar, kwam wegens zijn aanspraak op ouderdomspensioen evenmin in aanmerking voor de op anciënniteit gebaseerde ontslagvergoeding. Rasmussen opteerde er echter voor om op de arbeidsmarkt te blijven en vor-

102. Vas Nunes, Doelgericht denken in gelijke behandelingszaken, *ArbeidsRecht* (2016) 1, pp. 1-8.

103. Van der Vos, Uitsluiten transitievergoeding bij AOW-leeftijd: Europeesrechtelijk geen probleem, *TRA* 2017/60.

derde dus de wettelijke ontslagvergoeding van drie maanden. Hij heeft ook daadwerkelijk een andere dienstbetrekking aanvaard, en zag daardoor – zij het tijdelijk – af van ouderdomspensioeninkomen. De Deense Zee en Handelsrechtbank wees de vordering – van de erfgenamen van Rasmussen – toe en verklaarde de Deense wetgeving buiten toepassing, onder verwijzing naar de zaak Ingeniorforeningen i Danmark (Andersen). Het Hof van Justitie EU vond de Deense regeling waarbij een pensioengerechtigde werknemer wordt uitgesloten van een ontslagvergoeding, ook in dit geval discriminerend.

6.10.3 *Vergelijking Odar met de Deense arresten*

In de zaak Odar komt het Hof van Justitie EU evenwel tot een andere uitspraak die afwijkt van de lijn die in Toftgaard en Andersen is uitgezet.¹⁰⁴ Odar kwam met zijn werkgever tot overeenstemming over zijn pensioenontslag per 31 december 2009, nadat zijn functie was komen te vervallen. Onderdeel van de vertrekregeling was dat Odar – ernstig gehandicapt – in aanmerking zou komen voor een ontslagvergoeding op basis van het sociaal plan.

Het sociaal plan dat op hem van toepassing was, bevatte een ontslagvergoeding op basis van de duur van het dienstverband en leeftijd – de standaardformule – maar kende een alternatieve regeling voor werknemers van 54 jaar en ouder, waarbij de vergoeding werd becijferd op basis van het inkomensverlies in geval van pensionering op de vroegst mogelijke datum. Bij deze categorie werknemers werden beide berekeningsmethoden met elkaar vergeleken en werd het laagste bedrag aan de werknemer uitgekeerd, met als minimum ten minste de helft van de vergoeding volgens de standaardformule. Het management en de vakbonden waren tot deze regeling gekomen, omdat werknemers van 54 jaar en ouder verzekerd waren van (vroeg)pensioen na hun werkloosheid. Uit hoofde van zijn pensioenregeling kon Odar aanspraak maken op ouderdomspensioen bij 65 jaar en op invaliditeitspensioen bij 60 jaar. De ontslagvergoeding werd door de werkgever berekend op basis van het inkomensverlies in geval van pensionering op de vroegst mogelijke datum. In het geval van Odar was dit de datum waarop hij in aanmerking zou komen voor invaliditeitspensioen (60 jaar). Odar vond dat er sprake was van leeftijdsdiscriminatie en dat in het sociaal plan ongerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd en handicap werd gemaakt. Odar claimde in de procedure de standaardvergoeding die aanzienlijk royaler was.

De Duitse regering heeft in de procedure toegelicht dat vergoedingen uit hoofde van een sociaal plan een verdeling van beperkte middelen vormen onder werknemers als groep om de nadelige gevolgen van een geplande herstructurering te

104. HvJ EU 6 december 2012, C-152/11, Odar, EUR-Lex 62011CJ0152, JAR 2013/19.

compenseren of te verzachten en niet zozeer gericht zijn op re-integratie in het arbeidsproces. De doelstelling van het sociaal plan om de beperkte middelen zo te verdelen dat diegenen die op nieuw werk zijn aangewezen, beter worden beschermd dan diegenen die niet langer werk zoeken, vanwege inkomsten uit invaliditeits- dan wel ouderdomspensioen, werd geschikt bevonden. Het Hof van Justitie EU toetst de geschiktheidsvraag ook hier aan het criterium of het resultaat niet onredelijk is en beoordeelt de bepaling in het sociaal plan niet ongeschikt om de doelstelling in het sociaal plan te bereiken. De bepalingen zijn volgens het Hof van Justitie EU ook noodzakelijk onder meer omdat het sociaal plan het resultaat is van collectieve onderhandelingen, een erkend grondrecht.¹⁰⁵

Aan Odar is een lagere ontslagvergoeding geboden omdat de pensioenleeftijd van handicapte werknemers 60 jaar bedraagt en van niet-gehandicapte werknemers 63 jaar. De Duitse regering voert aan dat de verlaging van de ontslagvergoeding gerechtvaardigd wordt door het feit dat ernstig gehandicapte werknemers drie jaar eerder met pensioen kunnen dan niet gehandicapte werknemers. Het Hof van Justitie EU vindt dat deze maatregel verder gaat dan noodzakelijk om de doelstellingen in het sociaal plan te bereiken. Hierbij gaf de doorslag dat de legitieme belangen van de gehandicapte werknemers door het vervroegd invaliditeitspensioen buitensporig zouden worden aangetast.¹⁰⁶ Er is in dit geval dus wel sprake van discriminatie, maar op een andere grond.

Het Hof van Justitie EU heeft in Andersen beslist dat de maximering van een ontslagvergoeding vanwege inkomsten uit een (vroeg)pensioenregeling niet is toegestaan, zolang niet vaststaat dat de werknemer daadwerkelijk met (vroeg)pensioen gaat.¹⁰⁷ De uitspraak in Odar waarbij de ontslagvergoeding proportioneel werd geacht, lijkt daarmee in strijd ondanks dat Odar wellicht langer actief had willen blijven op de arbeidsmarkt, maar dat is niet onderzocht.¹⁰⁸ Het Hof van Justitie EU vindt het doel om te voorkomen dat de ontslagvergoeding ten goede komt aan personen die geen nieuwe dienstbetrekking zoeken, maar reeds een ouderdomspensioeninkomen ontvangen, legitiem.¹⁰⁹ Volgens Vegter kan het verschil tussen Odar en Toftgaard worden verklaard uit het feit dat bij Odar sprake was van een sociaal plan dat overeengekomen was met de vakbonden, terwijl bij Toftgaard een wettelijke wachtgeldregeling in het geding was.

105. Odar, punt 53.

106. Voogsgeerd, annotatie HvJ EU 6 december 2012, C-152/11, Odar, TRA 2013/30.

107. Koster, annotatie HvJ EU 6 december 2012, C-152/11, Odar, JAR 2013/19. Vegter, TRA 2012/11, en Rayer, TRA 2011/2.

108. Vegter, annotatie HvJ EU 26 september 2013, C-546/11, Toftgaard, JAR 2013/266.

109. Odar, punt 44.

6.11 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is onderzocht hoe het Hof van Justitie EU het gelijkebehandelingsrecht benadert in het licht van sociaal, economisch en politiek gedreven brede werkgelegenheidsdoelstellingen bij de vraag of het middel passend en noodzakelijk is om af te wijken van leeftijdsdiscriminatie.

De Europees sociale werkgelegenheidsdoelstellingen, namelijk die van actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties, werken door in de rechtspraak van het Hof van Justitie EU bij de vraag of er grond is voor rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie, in het bijzonder bij verplicht pensioenontslag en ontslag op andere gronden waarbij een aanspraak op ouderdomspensioen in het geding is. De rol van het Hof van Justitie EU bij het bereiken van deze Europese werkgelegenheidsdoelstellingen is beperkt, omdat het bij de proportionaliteitstoets niet zozeer het algemeen arbeidsmarktbelang als uitgangspunt neemt, maar aan individueel sociaal-economische factoren een zwaarder gewicht toekent.

Het Hof van Justitie EU gunt lidstaten en/of werkgevers of andere partijen een ruime discretie bij de inbreuk op leeftijdsdiscriminatie en kent bij de proportionaliteitstoets een zwaarder gewicht toe aan individueel sociaal-economische factoren, dan aan het algemeen belang dat met de maatregel wordt gediend, zoals de verhoging van de werkgelegenheid. Het Hof van Justitie EU laat bij verplicht pensioenontslag veel ruimte voor het gemaakte onderscheid naar leeftijd wanneer de werknemer vervangend inkomen in de vorm van een ouderdomspensioen kan genereren nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Het pensioenontslag wordt een geschikt middel bevonden om doorstroming en solidariteit tussen de generaties te bevorderen.

In de arresten Hörnfeldt, Fuchs en Köhler, maakt het Hof van Justitie EU een nadrukkelijke afweging tussen het verbod van leeftijdsdiscriminatie enerzijds en het grondrecht om te werken in het licht van de doelstelling om de arbeidsparticipatie van oudere werknemers te bevorderen, anderzijds. In die zaken wordt het belang van de oudere werknemer om actief te blijven op de arbeidsmarkt afgewogen tegen het algemeen belang dat met de maatregel wordt gediend. In beide zaken betrof het een flexibele pensioenontslagbepaling met de mogelijkheid om na het bereiken van de pensioenleeftijd – zij het beperkt – door te werken. In de zaak van de Bulgaarse professor Georgiev toetst het Hof van Justitie EU de proportionaliteit van de pensioenleeftijd aan hetgeen in de sector gebruikelijk is, waarbij doorslaggevend argument was dat professoren al vijf jaar langer mochten doorwerken dan de gemiddelde werknemer in Bulgarije.

In het Petersen-arrest ligt het antwoord besloten in de controverse tussen enerzijds de bevordering van actief ouder worden en anderzijds de bevordering van solidariteit tussen de generaties. Deze werkgelegenheidsdoelstellingen zijn niet complementair aan elkaar en afhankelijk van de situatie op de arbeidsmarkt. Dat maakt de zaak Petersen duidelijk. De rechtvaardiging van het doorstromingsargument staat of valt met een overaanbod of tekort aan tandartsen in de betreffende Duitse regio. Wanneer er sprake is van overaanbod op de arbeidsmarkt, kan er rechtvaardiging zijn voor het instellen van een maximum leeftijdsgrens waardoor de oudere generatie plaats maakt voor de jonge generatie. Is er daarentegen sprake van krapte op de arbeidsmarkt in een specifieke sector of regio, dan ontbreekt elke rechtvaardiging voor een maximum leeftijdsgrens. Naar mijn mening zou de proportionaliteit bij het verplicht pensioenontslag veel meer beoordeeld moeten worden in het licht van de omstandigheden op de arbeidsmarkt, de betreffende sector en de betrokken beroepsgroep. Dat wil zeggen dat het algemeen arbeidsmarktbelang gericht op de bevordering van werkgelegenheid, in mijn visie een veel grotere rol van betekenis zou moeten krijgen bij de belangenafweging, in plaats van die te beperken tot individueel sociale factoren.

De controverse tussen enerzijds de bevordering van actief ouder worden en anderzijds de bevordering van solidariteit tussen de generaties houdt dus verband met het fluctueren van de economie en de omstandigheden op de arbeidsmarkt. Met andere woorden: wanneer er sprake is van hoge werkloosheid dient het verplicht pensioenontslag ertoe om arbeidsplaatsen op de arbeidsmarkt te creëren voor de jongere generatie. Het instellen van een verplichte pensioenleeftijd of een maximum leeftijdsgrens kan in dat verband een geschikt instrument zijn om de doorstroming te bevorderen. Daarentegen heerst er bij een groeiende economie, met een tekort aan arbeidskrachten, juist een gunstig klimaat voor oudere werknemers. Die zijn dan hard nodig om de economie draaiende te houden. Met andere woorden: bij een tekort aan arbeidskrachten in een bepaalde sector of beroepsgroep, werkt een verplichte pensioenleeftijd dus contraproductief. De arbeidsmarkt is er in het kader van de demografische ontwikkelingen juist bij gebaat dat oudere werknemers langer actief blijven op de arbeidsmarkt. Dat wil zeggen dat het Hof van Justitie EU mijns inziens bij de proportionaliteitstoets van verplicht pensioenontslag aan de algemene arbeidsmarktbelangen een zwaarder gewicht zou moeten toekennen in plaats van die te beperken tot sociaal individuele werknemersbelangen. In de zaak van de 68-jarige tandarts Petersen werd dit standpunt door de Duitse regering ingenomen, dat door het Hof van Justitie EU toen is gevolgd. Het Europees sociaal beleid stimuleert actieve arbeidsparticipatie van oudere werknemers, maar bevordert tevens de doorstroming op de arbeidsmarkt. De Europese jurisprudentie laat zien dat bij de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie bij verplicht pensioenontslag het solidariteitsbeginsel prevaleert boven de doelstelling om actief ouder worden te bevorderen. Daarentegen prevaleert het

doel om actief ouder worden te bevorderen, bij ontslag voor de pensioengerechtigde leeftijd.

Het Hof van Justitie EU heeft in de Deense arresten de constante lijn in de rechtspraak sinds de arresten Palacios de la Villa en Rosenblatt verlaten. In die zaken waren de inkomsten uit ouderdomspensioen uiteindelijk de doorslaggevende factor bij de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie, ondanks het feit dat de werknemer veelal aangaf te willen doorwerken na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Dat kon volgens het Hof van Justitie EU ook elders omdat de werknemer niet gedwongen werd zich terug te trekken uit de arbeidsmarkt. De lijn in de Deense zaken bij het al dan niet gerechtvaardigd zijn van leeftijdsdiscriminatie, lijkt met name te zijn ingegeven door de vraag of een werknemer langer wil doorwerken tot aan de maximaal toegestane pensioenleeftijd, ondanks een aanspraak op ouderdomspensioen. We zien dat het Hof van Justitie EU bij de proportionaliteitstoets van ontslag wegens reorganisatie aan het recht op arbeid een zwaarder gewicht toekent dan bij het verplicht pensioenontslag. Daarbij is van doorslaggevend belang dat werknemers gedwongen zouden worden om het opgebouwde ouderdomspensioen eerder aan te spreken, hetgeen door het Hof van Justitie wordt gezien als excessieve inbreuk op werknemersrechten. De uitsluiting van een ontslagvergoeding dan wel een wachtgelduitkering, is door het Hof van Justitie EU namelijk in een groot aantal zaken beoordeeld als excessieve inbreuk op werknemersrechten, doordat de ontslagen werknemers genoodzaakt werden om een lager – aanvullend – ouderdomspensioen te accepteren, dan zij bij langer doorwerken zouden hebben opgebouwd. Dat vond het Hof van Justitie EU onacceptabel.

De lijn die het Hof van Justitie EU in de Deense arresten heeft uitgezet wordt daarna overigens niet in alle gevallen consistent en uniform toegepast. In *Odar* bijvoorbeeld, werd een pensioenplafond in een sociaal plan waardoor de ontslagvergoeding wegens pensioeninkomen werd gehalveerd, objectief gerechtvaardigd bevonden, ook al bleef in het midden of de ontslagen werknemer daadwerkelijk met pensioen zou gaan. Bij de 67-jarige *Landin*, die zijn ouderdomspensioen had opgeschort, werd het verbod van leeftijdsdiscriminatie door uitsluiting van de speciale ontslagvergoeding wegens zijn recht op algemeen ouderdomspensioen, evenwel gerechtvaardigd geacht, ook al had *Landin* inmiddels ander werk gevonden. Het feit dat *Landin* zijn recht op wettelijk ouderdomspensioen volledig te gelde kon maken, maakt kennelijk het verschil.

In het volgende hoofdstuk wordt nagegaan hoe de Nederlandse rechter de rechtspraak van het Hof van Justitie EU op dit vlak toepast en interpreteert en of de uitleg van Europees recht in de uitspraken van het Hof van Justitie EU voldoende duidelijk is voor de nationale rechter bij de vraag of sprake is van (rechtvaardiging van) leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid en het beroep.

7.1 INLEIDING

Het Hof van Justitie EU heeft een belangrijke rol bij de uitleg en toepassing van het Europees recht op het gebied van non-discriminatie en gelijke behandeling bij de arbeid en het beroep. In dit boek wordt onderzocht welke rol het Hof van Justitie EU speelt bij de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie en het bereiken van twee van de doelstellingen geformuleerd in de Europese Sociale Agenda namelijk die van actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties.

In dit hoofdstuk wil ik nagaan in hoeverre deze Europese Sociale werkgelegenheidsdoelstellingen doorwerken in de Nederlandse jurisprudentie en in hoeverre de uitleg door het Hof van Justitie EU bijdraagt aan de uniformiteit van het Unierecht bij de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie en het bereiken van deze Europese werkgelegenheidsdoelstellingen. Relevant voor de beantwoording van die vraag is of de uitspraken van het Hof van Justitie EU consistent en voldoende duidelijk zijn voor de nationale rechter. De eerste vraag is hoe de Nederlandse rechter de rechtspraak van het Hof van Justitie EU op dit vlak toepast en interpreteert. De tweede vraag is of de analyse van de Nederlandse rechtspraak laat zien dat het Hof van Justitie EU wellicht te veel ruimte laat aan de nationale rechter voor eigen interpretatie en toepassing. Op de nationale rechter rust immers een vergaande verplichting tot richtlijnconforme interpretatie van nationaal recht. Relevant voor die analyse is of de uitspraken van de Nederlandse rechter inzichtelijk maken of de uitspraken van het Hof van Justitie EU in leeftijdsdiscriminatiezaken consistent en voldoende duidelijk zijn voor de nationale rechter.

In het eerste deel van dit hoofdstuk wordt de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving bij de arbeid en het beroep en de ontwikkeling van het nationaal werkgelegenheidsbeleid in het licht van de Europese Sociale doelstellingen besproken. De Nederlandse regering heeft de afgelopen jaren maatregelen genomen om de pensioenleeftijd te verhogen en om doorwerken na de AOW-leeftijd te faciliteren (par. 7.2 e.v.). Zo is Richtlijn 2000/78 geïmplementeerd in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBLA), de Vervroegde Uittredingsre-

geling (VUT) in 2005 afgeschaft, de AOW-leeftijd verhoogd (par. 7.3) en de Wet doorwerken na de AOW-gerechtigde leeftijd ingevoerd (par. 7.4). Die maatregelen hebben consequenties voor het gelijkebehandelingsrecht.

In het tweede deel van dit hoofdstuk wordt het toetsingskader van de Nederlandse rechter in het arbeids- en gelijkebehandelingsrecht op grond van leeftijd bij de arbeid en het beroep behandeld (par. 7.5). Ook in Nederland is onderscheid op grond van leeftijd bij het aangaan en beëindigen van de arbeidsverhouding verboden.¹ Dit vraagstuk speelt in het bijzonder bij pensioenontslag tegen de AOW- of overeengekomen pensioengerechtigde leeftijd.

Het doel om solidariteit tussen de generaties te bevorderen ligt veelal ten grondslag aan het verplicht pensioenontslag. Uit de Europese rechtspraak blijkt dat bij de proportionaliteitstoets van (vervroegd) pensioenontslag aan individuele werknemersbelangen zoals een redelijk pensioen of een vervangend inkomen en het recht op werk een doorslaggevende factor wordt toegekend, terwijl de algemene situatie op de arbeidsmarkt van ondergeschikt belang is. De vraag is of dat in de Nederlandse rechtspraak ook het geval is. Hoe benadert de Nederlandse rechter deze sociaal, economisch en politiek gedreven brede werkgelegenheidsdoelstellingen bij de legitimiteitsvraag? En welke rol spelen de omstandigheden op de arbeidsmarkt en het bereiken van de werkgelegenheidsdoelstellingen actief ouder worden en solidariteit tussen de generaties bij de beoordeling van de proportionaliteit? Deze werkgelegenheidsdoelstellingen zijn immers niet complementair aan elkaar.

We hebben in de vorige hoofdstukken gezien dat het Hof van Justitie EU in verplicht pensioen ontslag-zaken een veel flexibelere houding aanneemt dan in andere leeftijdsdiscriminatiezaken bij de arbeid en het beroep omdat het het aan de nationale rechters overlaat om de balans tussen de legitimiteit van het doel van de maatregel en de geschiktheid ervan op grond van politieke, economische, sociale, demografische en budgettaire overwegingen te beoordelen in het licht van de situatie op de arbeidsmarkt in de betreffende lidstaat. Er is echter niet of nauwelijks instructie van het Hof van Justitie EU hoe (het bewijs van) de situatie op de arbeidsmarkt te beoordelen in het kader van de proportionaliteitstoets.

De analyse van de Nederlandse leeftijdsdiscriminatiejurisprudentie zal zich in dit hoofdstuk dan ook beperken tot het pensioenontslag voor, op of na de AOW-gerechtigde leeftijd in het licht van deze twee – niet complementaire – Europese werkgelegenheidsdoelstellingen, namelijk die van actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties. Onderdeel van die analyse vormt

1. Artikel 3 onder c WGBLA.

de vraag of de Nederlandse leeftijdscriminatie jurisprudentie bij verplicht pensioenontslag en het daaraan gerelateerde recht op ontslagvergoeding in lijn is met de rechtspraak van het Hof van Justitie EU op dit vlak. We zullen namelijk zien dat de Nederlandse jurisprudentie in een aantal gevallen afwijkt van de Europese rechtspraak. Wat zegt dit over de instructie en uitleg van het gelijkebehandelingsrecht door het Hof van Justitie EU, is die adequaat of schiet het Hof van Justitie EU daarin juist tekort? Hoe had dit voorkomen kunnen worden? En welke (bewijs)instructie zou daarvoor nodig zijn geweest?

De Nederlandse Staat is door een aantal verkeerspiloten van de KLM wegens onrechtmatige overheidsdaad aansprakelijk gesteld omdat de Hoge Raad geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU had gesteld. Het cassatieverzoek is door de Hoge Raad in andere samenstelling, afgewezen omdat de uitleg van het Europees recht door het Hof van Justitie EU in deze specifieke zaak voldoende duidelijk was (par. 7.5.8.). Daarentegen heeft een Nederlandse Kantonrechter over de richtlijnconformiteit van het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld, die inmiddels door de Hoge Raad zijn beantwoord (par. 7.6.1).²

In dit hoofdstuk zal aan de hand van de Nederlandse leeftijdscriminatiejurisprudentie worden geanalyseerd of de nationale rechters voldoende instructie en uitleg van het Europees recht ervaren met betrekking tot de beoordeling van (de rechtvaardiging van) leeftijdscriminatie bij de arbeid en het beroep. Wat zegt dit over het Hof van Justitie EU als de uitleg en instructie onvoldoende duidelijk is voor de nationale rechter en wat zou het Hof van Justitie EU anders moeten doen? Met andere woorden, hoe zou het Hof van Justitie EU het gelijkebehandelingsrecht in het licht van sociaal, economisch en politiek gedreven brede werkgelegenheidsdoelstellingen moeten benaderen om de twee doelen van het Europees Jaar te bereiken en leeftijdscriminatie bij de arbeid en het beroep te bestrijden?

DEEL I DEMOGRAFISCHE ONTWIKKELINGEN

7.2 ACTIEVE ARBEIDSPARTICIPATIE OUDERE WERKNEMERS

De demografische ontwikkelingen hebben ook in Nederland geleid tot debat over langer doorwerken. Reeds in 2006 heeft de Sociaal-Economische Raad (SER) advies uitgebracht om het werken na de AOW-gerechtigde leeftijd – toen nog 65 jaar – te faciliteren.³ Daarna heeft het toenmalige kabinet voorstellen gedaan om de arbeidsrechtelijke belemmeringen voor langer doorwerken weg te nemen.⁴ Dit speelde

2. Rb. Midden-Nederland 19 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3712.

3. SER-advies 2006/03, Wegnemen belemmeringen voor doorwerken na 65 jaar.

4. Men is zo oud als men zich voelt, Kamerstukken II 2007/08, 29544, nr. 152.

zich af in het tijdbestek voor de economische crisis in een periode dat er sprake was van krapte op de arbeidsmarkt. In 2007 is door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Commissie Arbeidsparticipatie opdracht gegeven om voorstellen te formuleren voor maatregelen ter verhoging van de arbeidsparticipatie in Nederland (tot 80% conform de toenmalige kabinetsdoelstelling) die er tevens toe zouden moeten leiden dat mensen meer uren zouden gaan werken. Verder is door de Minister van Sociale Zaken verzocht om voorstellen ter verbetering van de werking van de arbeidsmarkt. De eindconclusie van de Commissie Arbeidsparticipatie was dat de arbeidsmarkt in Nederland aan de vooravond stond van een fundamentele verandering. Ook Nederland zou te maken krijgen met meer werk en minder mensen. Bovendien signaleerde de Commissie dat door de globalisering de eisen aan het kennisniveau en het aanpassingsvermogen van de beroepsbevolking zouden moeten toenemen.⁵ De Commissie heeft in zijn eindrapport voorstellen gedaan om 1) meer mensen aan het werk te krijgen, 2) structureel aan te sturen op inzetbaarheid en werkzekerheid en 3) mensen geleidelijk aan langer te laten werken. Dit kon volgens de Commissie Arbeidsparticipatie – onder meer – worden bereikt door het verhogen van de AOW- en pensioenleeftijd.

We zien dus dat de Europese Sociale werkgelegenheidsdoelstellingen ten aanzien van de bevordering van actieve arbeidsparticipatie van oudere werknemers doorwerken in de Nederlandse wetgeving. Naar aanleiding van de Sociale Nota 2002 van de Minister van Sociale Zaken werd de vraag of sprake is van conjunctureel werkgelegenheidsbeleid, vooral in sectoren waar er een tekort aan arbeidskrachten is of dreigt te ontstaan, of van een structureel werkgelegenheidsbeleid, reeds toen door Grapperhaus ter discussie gesteld.⁶

7.3 VERHOGING AOW-LEEFTIJD

De verhoging van de AOW-leeftijd was noodzakelijk als gevolg van de vergrijzing van de bevolking en de stijgende levensverwachting. Het aantal jongeren nam en neemt af waardoor de beroepsbevolking krimpt terwijl het aantal 65-plussers in verhouding snel toeneemt. Hierdoor kwam de betaalbaarheid van de AOW onder druk te staan. De versnelde – stapsgewijze – verhoging van de AOW-leeftijd was uiteindelijk het gevolg van de aanhoudende economische crisis en ingegeven door budgettaire motieven.

In 2015 is als uitwerking van het Regeerakkoord ‘Bruggen slaan’ een versnelling aangebracht in het tempo waarmee de AOW-leeftijd is aangepast.⁷ De AOW-leef-

5. Naar een toekomst die werkt, Hoofdlijnen Advies, Commissie Arbeidsparticipatie, 16 juni 2008.

6. Grapperhaus, Doorstroming in de onderneming en leeftijdsdiscriminatie, Tijdschrift voor Ondernemingsrecht (2001), p. 441.

7. Memorie van Toelichting Wijziging AOW, vergaderjaar 2014-2015, 34083, nr. 3.

tijd is geleidelijk aan verhoogd naar 66 jaar in 2018 en 67 jaar in 2021 en vervolgens gekoppeld aan de stijging van de levensverwachting.⁸ Vanaf 2022 in plaats van 2024 zal vervolgens jaarlijks worden bezien of de ontwikkeling van de gemiddelde resterende levensverwachting aanleiding geeft om de AOW-leeftijd met drie maanden te verhogen, hetgeen minimaal vijf jaar van te voren dient te worden aangekondigd. Daarmee heeft de trend zich in een tijdbestek van tien jaar in hoog tempo ontwikkeld, maar het debat over dit onderwerp tussen regering en sociale partners duurt nog onverminderd voort. Na afschaffing van de Vervroegde Uittredingsregeling (VUT) en het prepensioen komt pensionering op 60-jarige leeftijd relatief weinig meer voor.⁹ De arbeidsdeelname van 60- tot 65-jarigen is hierdoor fors gestegen, maar in de praktijk is een trend waar te nemen, dat werknemers ook na de AOW-gerechtigde leeftijd, hetzij in dienstverband of als zelfstandige, actief willen blijven op de arbeidsmarkt. Na bijna tien jaar onderhandelen is er in juni 2019 tussen de regering en sociale partners een principeakkoord bereikt, waarbij is afgesproken dat het pensioen sneller zal worden aangepast aan de economische situatie, dat wil zeggen sneller verhogen in goede, en sneller verlagen in slechte tijden. Of de economische situatie ook van toepassing is op de pensioenleeftijd wordt in het midden gelaten. Dat zou wel consequent zijn en de Europese rechtspraak biedt daarvoor de mogelijkheden. Wel is afgesproken dat de AOW-leeftijd minder snel gaat stijgen. Met de Wet Temporisering Verhoging AOW-leeftijd, die in werking is getreden op 1 januari 2020, wordt de AOW-leeftijd vanaf 2020 minder snel verhoogd. In het principeakkoord is daarnaast afgesproken om de ontwikkeling van de AOW-leeftijd en de pensioenrichtleeftijd met ingang van 2025 voor 2/3 te koppelen aan de ontwikkeling van de resterende levensverwachting op 65 jaar.

7.4 DOORWERKEN NA AOW-LEEFTIJD

De Nederlandse regering is tegemoet gekomen aan de wens en behoefte van individuele werknemers om langer door te werken, waardoor ook de samenleving als zodanig gebruik kan blijven maken van de kennis en ervaring van de oudere generatie. Op 1 januari 2016 is de Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd in werking getreden met als doel om werken na de AOW-gerechtigde leeftijd te faciliteren. Deze wet introduceert een lichter arbeidsrechtelijk regime voor AOW-gerechtigde werknemers waardoor werkgevers de AOW-gerechtigde werknemers gemakkelijker kunnen aannemen en ontslaan. In de Wet Werk en Zekerheid is in verband hiermee geregeld dat de werkgever een arbeidsovereenkomst met een werknemer na de AOW-leeftijd eenvoudiger kan opzeggen. De opzegtermijn voor de werkgever is bijvoorbeeld beperkt tot een maand, in plaats van vier maanden.¹⁰

8. Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, 12 juli 2012, Stb. 2012, 328, in werking 1 januari 2013, Parl. Beh. 33290.

9. Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen, Stb. 2005, 115.

10. Artikel 7:672 lid 3 BW.

De ketenregeling voor AOW-gerechtigde werknemers is verruimd van 24 naar 48 maanden. Hierdoor wordt werkgevers de mogelijkheid geboden om met de AOW-gerechtigde werknemer in een periode van 48 maanden, zes contracten voor bepaalde tijd aan te gaan, voordat (opnieuw) een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.¹¹ De Ragetlie-regel is niet van toepassing. Dat betekent dat een AOW-gerechtigde werknemer aansluitend aan de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zonder de gebruikelijke tussenperiode van 6 maanden, een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met dezelfde werkgever kan aangaan.¹² Het risico op langdurig ziekteverzuim is door de Wet doorwerken na AOW-leeftijd eveneens aanzienlijk verminderd doordat de loondoorbetalingsplicht van de werkgever is beperkt tot 6 weken.¹³ De re-integratie verplichting van AOW-gerechtigden bij ziekte is minder zwaar¹⁴ evenals de ontslagbescherming.¹⁵ Werkgevers hoeven dus niet terughoudend te zijn om AOW-gerechtigde werknemers in dienst te nemen, omdat werkgevers voor AOW-gerechtigde werknemers geen premies voor de werknemersverzekeringen verschuldigd zijn.¹⁶ Tot slot zijn werkgevers geen transitievergoeding verschuldigd bij ontslag in verband met of na het bereiken van de overeengekomen pensioengerechtigde leeftijd of de AOW-leeftijd.

De regering onderkent dat door introductie van het lichtere arbeidsrechtelijke regime voor AOW-gerechtigde werknemers onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt. De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid staat onderscheid op grond van leeftijd alleen toe als er een objectieve rechtvaardiging is voor het onderscheid. De regering acht de doelstelling (faciliteren van werken na de AOW-gerechtigde leeftijd) legitiem en de maatregel (wegnemen van belemmeringen) passend en noodzakelijk.¹⁷ Het in dienst nemen of in dienst houden van AOW-gerechtigden is weliswaar voor werkgevers aantrekkelijker gemaakt, maar daar hebben werknemers ook voordeel bij. Anderzijds worden werknemers bij ontslag wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd uitgesloten van een transitievergoeding, zelfs in het geval zij actief willen blijven op de arbeidsmarkt.

Volgens de regering is het motief om na pensionering door te werken, doorgaans van niet-financiële aard omdat doorwerkers meestal een beperkt aantal uren per week, doorgaans in een andere baan werken. Dit blijkt in de praktijk echter niet zo te zijn, omdat werknemers wel degelijk financiële motieven hebben om langer

11. Artikel 7:668a lid 12 BW.

12. Artikel 7:667 lid 4 BW.

13. Artikel 7:629 lid 2 onder b BW.

14. Artikel 7:658 a lid 1 en 3 BW.

15. Artikel 7:670 lid BW.

16. Memorie van Toelichting Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd, Kamerstukken II 2014/15, 34073, 3, p. 2.

17. Memorie van Toelichting Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd, pp. 21-2.

door te werken. Ook het Hof van Justitie EU denkt hier genuanceerder over en achtte in de Deense zaken een bepaling waarbij werknemers met een aanspraak op pensioen werden uitgesloten van ontslagvergoeding, discriminatoir. We zullen zien dat de lagere rechtspraak in Nederland, deze maatschappelijke ontwikkelingen volgt.

DEEL II

7.5 GELIJKE BEHANDELING IN HET NEDERLANDS RECHT

7.5.1 *Wettelijk toetsingskader*

In artikel 1 van de Grondwet is het fundamentele beginsel van gelijke behandeling in de Nederlandse wetgeving gedefinieerd. Daarbij is het uitgangspunt dat allen die zich in Nederland bevinden, in gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Discriminatie op welke grond dan ook is niet toegestaan. Het verbod van onderscheid op grond van leeftijd wordt weliswaar niet expliciet in de discriminatiegronden genoemd, maar uit de formulering 'op welke grond dan ook' valt af te leiden dat discriminatie op grond van leeftijd hieronder wordt begrepen.

De Algemene Wet gelijke behandeling verbiedt directe en indirecte discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat op de terreinen van de arbeid, en het aanbieden van goederen en diensten.¹⁸ Het verbod van onderscheid op het terrein van de arbeid speelt bij arbeidsbemiddeling en het aanbieden van een dienstbetrekking, bij het aangaan en beëindigen van een dienstbetrekking, bij bevordering, bij arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden, bij educatie en scholing tijdens of voorafgaand aan een arbeidsverhouding.¹⁹

Door implementatie van diverse Europese non-discriminatie richtlijnen, is er in Nederland meer specifieke gelijkebehandelingswetgeving tot stand gekomen waarbij discriminatie op grond van handicap of chronische ziekte,²⁰ arbeidsduur,²¹ geslacht²² en leeftijd²³ wordt verboden.

Discriminatie op grond van leeftijd bij de arbeid valt na implementatie van Richtlijn 2000/78 onder de werkingssfeer van de Wet gelijke behandeling op grond

18. Wet van 2 maart 1994, Stb. 1994, 230.

19. Artikel 5 lid 1 AWGB.

20. Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte van 3 april 2003, Stb. 2003, 206.

21. Wet verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur.

22. Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen van 1 maart 1980, Stb. 1980, 86.

23. Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsopvoeding.

van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs.²⁴ De WGBLA verbiedt direct en indirect onderscheid op grond van leeftijd op het terrein van de arbeid en het beroep, tenzij objectief gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.²⁵ Artikel 3 noemt in aansluiting op de richtlijn de terreinen waarop het verbod van onderscheid op grond van leeftijd voor eenieder – d.w.z. zowel werkgever als werknemer – van toepassing is, waarbij grotendeels wordt aangesloten bij artikel 5 van de Algemene Wet Gelijke Behandeling. Onderscheid op grond van leeftijd is verboden bij het aanbieden van een dienstbetrekking en bij arbeidsbemiddeling, bij het aangaan en beëindigen van een arbeidsverhouding, bij arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden en tot slot bij onderwijs en scholing tijdens of voorafgaand aan een arbeidsverhouding.²⁶ Bedingen in strijd met deze wet zijn nietig.²⁷ Beëindiging van de arbeidsverhouding door de werkgever in strijd met artikel 3 WGBLA is echter vernietigbaar.²⁸

Op grond van artikel 6 van Richtlijn 2000/78 kunnen de lidstaten zelf bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen in het kader van beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding. Daarbij wordt specifiek gewezen op de leeftijdsgrenzen met betrekking tot ontslag van oudere werknemers.

Het Hof van Justitie EU heeft in diverse uitspraken uitgemaakt dat de lidstaten een ruime bevoegdheid hebben bij de keuze van maatregelen op het gebied van sociaal werkgelegenheidsbeleid. De maatregelen kunnen verschillen naargelang de situatie in de lidstaten.²⁹ Dit houdt in dat de lidstaten hun sociale beleid mogen bepalen op basis van politieke, economische, sociale, demografische en/of budgettaire overwegingen en ervoor kunnen kiezen om het arbeidzame leven van mensen te verlengen of juist te verkorten.³⁰ Kortom de lidstaten hebben een enorme beleidsvrijheid om hun werkgelegenheidsbeleid te bepalen en de nationale wetgeving daarop af te stemmen. Diezelfde beleidsvrijheid komt ook toe aan sociale partners.

We hebben in de vorige hoofdstukken reeds besproken dat de lidstaten – en dus ook Nederland – een onbeperkte mogelijkheid hebben om leeftijdsdiscriminatie te rechtvaardigen in het licht van nationaal werkgelegenheidsbeleid en de omstandigheden op de betrokken arbeidsmarkt. Door dit open systeem van rechtvaardigingsgronden onderscheidt leeftijdsdiscriminatie zich van andere discriminatie-

24. In werking getreden op 1 mei 2004, Stb. 2004, 90.

25. Artikel 7 lid 1 onder c Wet gelijke behandeling o.g.v. leeftijd bij de arbeid.

26. Artikel 3 Wet gelijke behandeling o.g.v. leeftijd bij de arbeid.

27. Artikel 13 Wet gelijke behandeling o.g.v. leeftijd bij de arbeid.

28. Artikel 11 Wet gelijke behandeling o.g.v. leeftijd bij de arbeid jo. artikel 7:681 BW.

29. Overweging 25 Considerans Richtlijn 2000/78.

30. HvJ EU 16 oktober 2007, C-411/05, Palacios de la Villa, EUR-Lex 62005CJ0411, punt 68 en 69.

gronden.³¹ De lidstaten zijn dan ook niet verplicht om een specifieke lijst met rechtvaardigingsgronden in de nationale wetgeving op te nemen. De Nederlandse wetgever heeft de mogelijkheden die dit open systeem van uitzonderingen op leeftijdsdiscriminatie biedt, benut en ruimere rechtvaardigingsgronden gedefinieerd. Deze zijn niet specifiek in de richtlijn genoemd maar dat is ook niet nodig, zoals we in hoofdstuk 3 hebben gezien.³² Het Hof van Justitie EU heeft in de zaak *Age Concern* immers overwogen dat de lijst met uitzonderingen zoals die in artikel 6 van Richtlijn 2000/78 zijn genoemd, indicatief maar niet limitatief is voor de lidstaten.³³ De omzetting van een richtlijn vereist niet altijd dat de voorschriften ervan formeel in een uitdrukkelijke en specifieke wettelijke bepaling worden opgenomen, de uitvoering kan – naar gelang de inhoud – ook door middel van algemene beginselen of bij algemene maatregel plaatsvinden als de volledige toepassing van de richtlijn maar wordt verzekerd en voldoende duidelijk is.³⁴

De Nederlandse wetgever heeft de rechtvaardigingsgronden uitgewerkt in artikel 7 van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid waarin een drietal uitzonderingen op het verbod van leeftijdsdiscriminatie is gedefinieerd.³⁵ De eerste uitzondering geldt in het geval de maatregel is gebaseerd op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van de arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens de wet.³⁶ In de Memorie van Toelichting bij dit artikel wordt onder meer gerefereerd aan de Wet inschakeling werkzoekenden en de Wet minimumloon en minimum vakantietoeslag. Dit zijn specifieke voorbeelden en is geen limitatieve opsomming. De regering wil namelijk de mogelijkheid open houden voor toekomstige wetgeving gebaseerd op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van de arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën. De Wet doorwerken na AOW-gerechtigde leeftijd zou bijvoorbeeld onder deze uitzonderingsbepaling kunnen worden begrepen. Een aanknopingspunt daarvoor is te vinden in de considerans bij Richtlijn 2000/78 waarin de arbeidsparticipatie van ouderen en het creëren van bijzondere arbeidsvoorwaarden voor jongere en oudere werknemers, expliciet worden genoemd.³⁷ De tweede uitzondering is van toepassing bij beëindiging van het dienstverband wegens het bereiken van de AOW-leeftijd of een hogere wettelijke dan wel tussen partijen overeengekomen pensioenleeftijd.³⁸

31. Waddington en Bell, *More Equal than others: Distinguishing EU Equality Directives*, CMLReview (2001) 38, p. 599.

32. Grapperhaus, *Het verbod op onderscheid o.g.v. leeftijd in arbeid en beroep*, Tijdschrift voor Ondernemingsrecht (2002), p. 356.

33. HvJ EU 5 maart 2009, C-388/07, *Age Concern*, EUR-Lex 62007CJ0388.

34. *Age Concern*, punt 42.

35. MvT Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, Kamerstukken 2001/02, 28170, 3, p. 25.

36. Artikel 7 lid 1 onder a Wet gelijke behandeling o.g.v. leeftijd bij de arbeid.

37. Considerans artikelen 6 en 8 Richtlijn 2000/78.

38. Artikel 7 lid 1 onder b Wet gelijke behandeling o.g.v. leeftijd bij de arbeid.

De derde uitzondering is een ruime allesomvattende bepaling, waaraan getoetst wordt in het geval de twee specifieke uitzonderingen onder a en b niet van toepassing zijn. Artikel 7 lid 1 onder c bepaalt namelijk dat het verbod van onderscheid op grond van leeftijd niet geldt indien het onderscheid anderszins objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.³⁹ De Memorie van Toelichting noemt hier onderwerpen als functioneel leeftijdsontslag veelal ingegeven door gezondheids- en veiligheidsoverwegingen, anciënniteit in dienstjaren of in een bepaalde functie, zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen en leeftijdsbepaalde beroepsactiviteiten waarop deze uitzonderingsbepaling ziet.

In verband met de uniformiteit in wet- en regelgeving is bij de implementatie van Richtlijn 2000/78 aangesloten bij de bewijslastbepaling in artikel 10 van de AWGB en artikel 7:646 lid 12 BW.⁴⁰ De verschuiving van de bewijslast naar de partij die vermoedelijk discrimineert is terug te vinden in artikel 12 van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid.⁴¹ Het bewijs voor de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie in een procedure tussen werkgever en werknemer moet komen van de werkgever wanneer de werknemer het vermoeden van leeftijdsdiscriminatie aannemelijk heeft gemaakt.

In het arbeidsrechtelijk gedeelte van het Burgerlijk Wetboek is een aparte gelijkebehandelingsafdeling voor de werkgever opgenomen.⁴² Zo mag de werkgever geen onderscheid maken tussen mannen en vrouwen bij het aangaan en de opzegging van een arbeidsovereenkomst, het verstrekken van onderricht aan de werknemer, bij de arbeidsvoorwaarden, de bevordering en de arbeidsomstandigheden, tenzij sprake is van een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste.⁴³ Bedingen in strijd hiermee zijn nietig, tenzij de uitzonderingsbepalingen van toepassing zijn, zoals bij zwangerschap ter bescherming van de vrouw. Ook mogen werkgevers vrouwelijke werknemers in een bevoorrechte positie plaatsen wanneer dat leidt tot opheffing of vermindering van nadelen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot het beoogde doel.⁴⁴ Het is de werkgever niet toegestaan, eveneens op straffe van nietigheid, om onderscheid te maken tussen werknemers op grond van verschil in arbeidsduur in de arbeidsvoorwaarden⁴⁵ en op grond van het al dan niet tijdelijke

39. Artikel 7 lid 1 onder c Wet gelijke behandeling o.g.v. leeftijd bij de arbeid.

40. Brief Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de TK, vergaderjaar 2001-2002, 28187 nr. 1, p. 16.

41. Lid 1: Indien degene die meent dat te zijnen nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld.

42. Boek 7: Titel 10, afdeling 4.

43. Artikel 7:646 lid 1 BW.

44. Artikel 7:646 lid 4 BW.

45. Artikel 7:648 lid 1 BW.

karakter van de arbeidsovereenkomst.⁴⁶ Leeftijdsgerelateerde criteria bij aanvang of beëindiging van de arbeidsovereenkomst zoals het minimum leeftijdsvereiste (van 16 jaar) voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst,⁴⁷ de AOW-gerechtigde leeftijd of een hogere pensioenleeftijd waarop de arbeidsovereenkomst kan eindigen,⁴⁸ en de uitsluiting van AOW-gerechtigde werknemers van het recht op transitievergoeding⁴⁹ zijn elders in Boek 7 BW opgenomen.

7.5.2 *Perikelen rondom de pensioengerechtigde leeftijd*

De Nederlandse regering heeft door verhoging van de pensioengerechtigde leeftijd geanticipeerd op de demografische ontwikkelingen en de situatie op de arbeidsmarkt. Voor 2015 was de wettelijke en cao-pensioenleeftijd veelal 65 jaar, met uitzondering van de pensioenleeftijd voor specifieke beroepen zoals rechters (70 jaar). In cao's en individuele arbeidsovereenkomsten was toen nog expliciet bepaald dat de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd van rechtswege zou eindigen. Aan die eenduidigheid omtrent de pensioengerechtigde leeftijd is een einde gekomen sinds de stapsgewijze verhoging van de AOW-leeftijd.⁵⁰ Inmiddels varieert de AOW-leeftijd per werknemer en daardoor de leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de AOW-leeftijd eindigt.⁵¹

In de praktijk blijkt tussen werkgever en werknemer vaak onduidelijkheid te bestaan over het einde van de arbeidsovereenkomst, wanneer partijen de begrippen niet goed hebben gedefinieerd. Het niet meer samenvallen van de AOW-leeftijd en de pensioenrichtleeftijd in het pensioenreglement is, zoals gezegd het gevolg van diverse wetswijzigingen, waarbij de AOW- en de fiscale pensioenleeftijd naar boven zijn bijgesteld. Daardoor is er ook geen sprake meer van een eenduidige rechtvaardigingsgrond van leeftijdsdiscriminatie bij automatische beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Zo kan de situatie ontstaan dat een werknemer op de 65-jarige leeftijd aanspraak maakt op een aanvullend ouderdomspensioeninkomen, maar eerst bij het bereiken van de 67-jarige leeftijd in aanmerking komt van een AOW-uitkering, de omgekeerde situatie kan zich uiteraard ook voordoen. De onduidelijkheid over het moment waarop de arbeidsovereenkomst op de overeengekomen pensioengerechtigde leeftijd eindigt, is inmiddels inzet van vele nationale procedures. Heemskerk signaleert het risico van leeftijdsdiscriminatie op de werkvloer indien de werkgever geen uniforme pensioenopzeggingsleeftijd hanteert en de ene

46. Artikel 7:649 lid 1 BW.

47. Artikel 7:612 BW.

48. Artikel 7:669 lid 4 BW.

49. Artikel 7:673 lid 7 onder b BW.

50. MvT Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, Kamerstukken 2001/02, 28170, 3 p. 30/32.

51. Artikel 7:667 lid 1 BW.

werknemer langer laat doorwerken dan de andere werknemer. Het is dan aan de werkgever om te bewijzen dat er sprake is van een transparant beleid op dit punt, op basis waarvan er grond is voor rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie.⁵²

Zo heeft Hof den Bosch als eerste arrest gewezen in een zaak waarin partijen van mening verschilden over de einddatum van de dienstbetrekking.⁵³ Het geschil spitste zich toe op de vraag of partijen hadden bedoeld om de arbeidsovereenkomst op de AOW-leeftijd of op de pensioenleeftijd zoals die volgt uit het pensioenreglement, te doen eindigen. In de arbeidsovereenkomst was namelijk bepaald dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zou eindigen bij het bereiken van de op dat moment geldende pensioengerechtigde leeftijd. In het pensioenreglement was de pensioengerechtigde leeftijd niet gedefinieerd, maar slechts het begrip pensioendatum, zijnde de eerste dag van de maand waarin de werknemer 67 jaar zou worden. De pensioendatum in het reglement was echter flexibel, doordat werknemers de mogelijkheid hadden om het pensioen eerder, vanaf 57 jaar of later tot uiterlijk vijf jaar na de AOW-leeftijd, te laten ingaan. Volgens Hof den Bosch kon het niet de bedoeling van partijen zijn geweest om het pensioenmoment van de keuze van een der partijen te laten afhangen en zocht daarom aansluiting bij de objectief bepaalde AOW-leeftijd.

Hof Amsterdam dacht daar anders over in een zaak waar partijen waren overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van werkneemster.⁵⁴ Het geschil tussen partijen betreft de vraag wat de pensioengerechtigde leeftijd is, de AOW-leeftijd of de pensioenrichtleeftijd, zoals die volgt uit het pensioenreglement. Hof Amsterdam komt echter tot de conclusie dat onder de pensioengerechtigde leeftijd in de arbeidsovereenkomst, de pensioenrichtleeftijd in het pensioenreglement moet worden verstaan. De arbeidsovereenkomst eindigt dus van rechtswege op de pensioengerechtigde leeftijd van werknemer, zoals die uit het pensioenreglement volgt.

Ook Beukhof is van mening dat het pensioenontslagbeding steeds moet worden uitgelegd aan de hand van het Haviltex-criterium of de cao-norm.⁵⁵ Er zijn verschillende uitspraken van de Hoge Raad over de vraag of de uitleg van een bepaling aan de hand van de cao-norm⁵⁶ of de Haviltex-norm of beiden dient plaats te vinden, waarbij ook de redelijkheid en de billijkheid een rol spelen.⁵⁷

52. Heemskerk, Pensioenontslagbeding of pensioenopzegging? TAP 2016/9.

53. Hof 's-Hertogenbosch 22 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1083.

54. Hof Amsterdam 10 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3347.

55. Beukhof, Perikelen bij einde dienstverband wegens leeftijd, Tijdschrift voor Ontslagrecht (2018) 1.

56. HR 26 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5961, NJ 2000/473.

57. De Laat, De cao-norm: meer ruimte voor de bedoeling? TRA 2017/17, HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687.

7.5.3 *Pensioenontslag tegen en na de AOW-gerechtigde leeftijd*

Beëindiging van de arbeidsovereenkomst met een werknemer wegens het bereiken van de AOW-leeftijd of een hogere tussen partijen overeengekomen pensioenleeftijd kan op twee manieren plaatsvinden. Ten eerste door een schriftelijk pensioenontslagbeding waardoor de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de overeengekomen pensioengerechtigde leeftijd, of indien geen leeftijd is overeengekomen, de AOW-leeftijd en ten tweede door opzegging.⁵⁸

In het eerste geval hebben partijen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, of op een latere datum, reeds overeenstemming bereikt over de einddatum van de arbeidsovereenkomst. Het voordeel van een pensioenontslagbeding is dan ook gelegen in de zekerheid omtrent de einddatum van de arbeidsovereenkomst.⁵⁹ In het tweede geval kan de werkgever ervoor kiezen om de arbeidsovereenkomst eenzijdig op te zeggen in verband met of na de AOW-leeftijd of de tussen partijen overeengekomen pensioenleeftijd. Na inwerkingtreding van de Verzamelwet SZW 2016 hebben partijen de mogelijkheid om een andere leeftijd dan de AOW-gerechtigde leeftijd overeen te komen waartegen kan worden opgezegd. Voorwaarde is wel dat de arbeidsovereenkomst voor het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd moet zijn ingegaan. Het voordeel hiervan is dat de werkgever zelf het moment van opzegging kan bepalen. Dit geeft de werkgever een zekere mate van flexibiliteit bij het bepalen van het einde van de arbeidsovereenkomst. De flexibiliteit van de werkgever bij het bepalen van het moment van opzegging kan een aantrekkelijke optie zijn bij krapte op de arbeidsmarkt, maar ook consequenties hebben voor de opzeggingsgrond.⁶⁰

De wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst speelt geen rol bij onderscheid op grond van leeftijd wanneer een lagere pensioenleeftijd dan de AOW-leeftijd is overeengekomen.⁶¹ Een pensioenontslagbeding waarbij een datum voor de AOW-leeftijd is overeengekomen is nietig wegens strijd met artikel 3 WGBLA.⁶² Opzegging van de arbeidsovereenkomst tegen een datum die ligt voor het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd is echter vernietigbaar.⁶³

Opzegging van de arbeidsovereenkomst na de AOW-leeftijd kan bewijsrechtelijke consequenties hebben voor de werkgever. Op de werkgever rust dan de bewijslast om aan te tonen dat er geen sprake is van leeftijdsdiscriminatie of van rechtvaardig-

58. Artikel 7:667 lid 1 BW en artikel 7:669 lid 4.

59. Zie: Broersma, Is het opnemen van een pensioenontslagbeding nog raadzaam onder de WWZ? TAP 2015/367.

60. Heemskerk, Pensioenontslagbeding of pensioenopzegging? TAP 2016/7.

61. Artikel 7 onderdeel b van de WGBLA.

62. Artikel 13 Wet gelijke behandeling o.g.v. leeftijd bij de arbeid.

63. Artikel 11 Wet gelijke behandeling o.g.v. leeftijd bij de arbeid jo. artikel 7:681 BW.

ging van leeftijdsdiscriminatie. Wanneer de werkgever de werknemer op dezelfde contractuele basis laat doorwerken na de AOW-gerechtigde leeftijd, dient de werkgever dus de rechtvaardiging van het ontslag wegens het bereiken van een bepaalde leeftijd, aan te tonen. Dat ligt anders in het geval werkgever een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaat met werknemer op grond van de Wet doorwerken na AOW-leeftijd. Dan geldt een lichter arbeidsrechtelijk regime.

Er is nog niet veel Nederlandse jurisprudentie over leeftijdsdiscriminatie als gevolg van het langer doorwerken na de AOW- of de overeengekomen pensioenleeftijd. De rechtspraak is bovendien divers. Kantonrechter Amsterdam honoreerde een opzegging tegen een latere leeftijd dan de AOW-leeftijd. Onder verwijzing naar de Memorie van Toelichting op artikel 7:669 lid 4 BW, is de Kantonrechter van oordeel, dat de arbeidsovereenkomst niet op een eerder moment, namelijk bij het bereiken van de AOW-leeftijd was opgezegd.⁶⁴ Kantonrechter Bergen op Zoom daarentegen zag geen grond voor ontslag van een 75-jarige werknemster wiens arbeidsovereenkomst twee weken voor het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd voor onbepaalde tijd met de werkgever was voortgezet.⁶⁵ De leeftijd vormde op het moment van omzetting naar een contract voor onbepaalde tijd dus geen beletsel.

En ook de meningen in de literatuur zijn verdeeld. Volgens Broersma dient toetsing van het ontslag van een werknemer die na de overeengekomen pensioengerechtigde leeftijd is blijven doorwerken, dan ook te worden onderworpen aan de algemene uitzonderingsbepaling van artikel 7 onderdeel c van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid in plaats van de specifieke b-bepaling op grond waarvan ontslag in verband met of na de AOW-leeftijd toelaatbaar is.⁶⁶ Vos acht ontslag op de AOW-leeftijd of een hogere pensioenleeftijd in lijn met de richtlijn en de Europese rechtspraak.⁶⁷

7.5.4 *Pensioenontslagbeding voor AOW-leeftijd*

Hof Amsterdam verklaarde het verplicht pensioenontslagbeding op 63-jarige leeftijd in de cao voor KLM grondpersoneel, nietig wegens strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid. Als gevolg hiervan liep de arbeidsovereenkomst van het KLM grondpersoneel door tot de 65-jarige leeftijd.⁶⁸ Aan deze uitspraak ging het nodige in deze sector vooraf.

64. Ktr. Amsterdam 24 maart 2016, JAR 2016/98, TRA 2016/62, m.nt. Dekker.

65. Ktr. Bergen op Zoom 3 juli 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:5655, JAR 2013/235, m.nt. Hufman.

66. Broersma, Is het opnemen van een pensioenontslagbeding nog raadzaam onder de WWZ? TAP 2015/367.

67. Vos, Uitsluiten transitievergoeding bij AOW-leeftijd: Europeesrechtelijk geen probleem, TRA 2017/60.

68. Hof Amsterdam 2 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2133, JAR 2015/184, m.nt. Vegter.

De Hoge Raad heeft zich in 2004 voor het eerst in twee arresten uitgelaten over de vraag of sprake was van rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie bij verplicht vervroegd pensioenontslag van verkeersvliegers bij KLM en Martinair.⁶⁹ Doel van de maatregel was om de solidariteit tussen de generaties te bevorderen en een evenwichtige personeelsopbouw tot stand te brengen. Er is veel te doen geweest over de uitspraak waarbij de Hoge Raad het pensioenontslag voor verkeerspiloten op 56-jarige leeftijd gerechtvaardigd achtte. De Hoge Raad toetste in 2004 nog aan artikel 1 van de Grondwet en artikel 26 IVBPR en oordeelde dat een regelmatige en vlotte doorstroming van verkeersvliegers een redelijke en objectieve rechtvaardiging vormt voor de verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd. Door het vaste pensioenmoment worden de doorstromingsmogelijkheden voor jongere vliegers op voorspelbare wijze bevorderd, hetgeen bijdraagt aan een evenwichtige personeelsopbouw.

Door een aantal verkeersvliegers die tussen 1979 en 1991 als zij-instromers bij KLM in dienst waren getreden en geen volledig pensioen hadden opgebouwd, is de vraag of het verplicht pensioenontslag in strijd was met het verbod van leeftijdsdiscriminatie nogmaals voorgelegd om te bezien of de Hoge Raad in het licht van de ontwikkelingen in Nederlandse wetgeving en Europese rechtspraak tot een ander oordeel zou komen. Het heeft echter niet geleid tot een andere uitkomst.⁷⁰ Evenals in 2004 overwoog de Hoge Raad in 2012 dat het tijdstip van verplichte pensionering deel uitmaakt van een veelomvattend stelsel van arbeidsvoorwaarden voor alle vliegers. Het pensioensysteem, de pensioenopbouw en het salarissysteem bij KLM vertonen een zodanige onderlinge samenhang dat pensionering op 56- of 58-jarige leeftijd mogelijk is tegen een goed pensioen. Volgens de Hoge Raad zijn aspirant-vliegers slechts bereid om de hoge opleidingskosten voor hun rekening te nemen indien deze tijdens het dienstverband kunnen worden terugverdiend. Voor een goede salaris- en pensioenopbouw is het van wezenlijk belang dat de vlieger tijdig promotie kan maken. In het salarissysteem ligt besloten dat het werk op grotere vliegtuigen beter wordt beloond. Bij de verschillende promotiefases, met bijbehorende salarisverhoging, speelt de senioriteit een belangrijke rol.

De verkeersvliegers hadden in de procedure namelijk aangevoerd dat conjunctu-rele schommelingen een veel groter effect op het verloop van de carrière van vliegers hebben dan het loslaten van de vervroegde pensioenleeftijd van 56 jaar. Daarbij zou volgens de piloten slechts sprake zijn van een klein aantal verkeersvliegers dat na het bereiken van de 56-jarige leeftijd belangstelling zou hebben om door te vliegen. KLM schat dit percentage zelf ook laag in op 15%. Volgens de ver-

69. HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0425, JAR 2004/258 (KLM) en ECLI:NL:HR:2004:AP0424, NJ 2005/117 (Martinair).

70. HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, JAR 2012/209 (Pol c.s./KLM/Vereniging van Nederlandse Verkeersvliegers).

keersvliegers is het bereiken van een regelmatige en voorspelbare doorstroming afhankelijk van de omstandigheden op de arbeidsmarkt en geen in beton gegoten vaststaand gegeven. De piloten beogen introductie van een minder bezwaarlijk pensioenstelsel op basis van senioriteit of vrijwillige flexibele pensionering. De vraag was dus of KLM wel kon vasthouden aan de verplichte pensioenleeftijd van 56 jaar, ook omdat KLM bij het invullen van instructeurs een beroep deed op gepensioneerde verkeersvliegers en er inmiddels bij andere vliegmaatschappijen een hogere verplichte pensioenleeftijd werd gehanteerd. De Hoge Raad sluit zich aan bij het oordeel van Hof Amsterdam dat een pensioenstelsel op basis van senioriteit of op basis van vrijwillige flexibele pensionering zou moeten leiden tot invoering van een geheel ander salaris-, loopbaan- en pensioensysteem dan waarin de cao op dat moment voorzag en de ontwikkeling van een dergelijk nieuw arbeidsvoorwaardenstelsel toen niet van KLM kon worden gevegd.

7.5.5 *Bewijs doorstromingsargument als werkgelegenheidsdoelstelling*

Van de kantonrechter kregen de KLM-verkeersvliegers aanvankelijk de bewijsopdracht om aan te tonen dat sedert de uitspraak van de Hoge Raad van 8 oktober 2004 en het oordeel van het Commissie Gelijke Behandeling van 29 januari 2007, de te hanteren maatstaf was veranderd, en dat er ten aanzien van het verplicht vervroegd leeftijdsontslag inmiddels sprake was van een andere maatschappelijke situatie en ander draagvlak. Kantonrechter Amsterdam vond de verkeersvliegers niet in hun bewijsopdracht geslaagd, maar in hoger beroep deden zij een succesvol beroep op omkering van de bewijslast.

Hof Amsterdam stelt de verkeersvliegers voor wat betreft de bewijslastverdeling in het gelijk en overweegt:

‘Artikel 3, aanhef en onder c WGBLA verbiedt het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij het beëindigen van een arbeidsverhouding. Ingevolge het bepaalde in artikel 7, lid 1, aanhef en onder c WGBLA geldt dit verbod niet indien het onderscheid objectief is gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Uit artikel 12 WGBLA volgt dat op KLM (en daarmee ook op VNV) de bewijslast rust dat sprake is van een objectieve rechtvaardiging. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 8 oktober 2004 de objectieve gerechtvaardigheid van verplicht pensioenontslag op 56-jarige leeftijd niet getoetst aan de eerst op 1 januari 2004 in werking getreden WGBLA. Reeds hierom dient in deze zaak de (volledige) toetsing aan artikel 7, lid 1, aanhef en onder c WGBLA te worden verricht. De Kantonrechter heeft dit ten onrechte nagelaten.’

Ook in cassatie is door de piloten aangevoerd dat de bewijslast bij KLM ligt. KLM had volgens de verkeersvliegers niet duidelijk gemaakt waarom het doorstromingsdoel niet bij een hogere pensioenleeftijd zou kunnen worden bereikt zoals

reeds bij andere Europese luchtvaartmaatschappijen het geval was. De verkeersvliegers vinden dat Hof Amsterdam de bewijsdrempel voor KLM veel te laag heeft gelegd. KLM en VNV hebben volgens de verkeersvliegers onvoldoende aangetoond dat de verplichte pensioenleeftijd cruciaal is voor de door KLM nagestreefde doelen en dat het loslaten daarvan zou leiden tot stagnatie van doorgroeimogelijkheden voor jonge vliegers en belemmering in hun promotiekansen. KLM heeft dit niet aan de hand van cijfermatig onderzoek aangetoond. De Hoge Raad oordeelt echter dat KLM en VNV zijn geslaagd in het bewijs dat het loslaten van de verplichte pensioenleeftijd zou leiden tot een zodanige stagnatie van de doorstroming dat deze doelen niet meer gerealiseerd zouden kunnen worden.⁷¹

7.5.6 *Nationaal werkgelegenheidsbeleid of bedrijfsbeleid?*

Bij de legitimiteitstoets was de vraag aan de orde of het personeelsbeleid van KLM kon worden gekwalificeerd als nationale doelstelling op het terrein van de werkgelegenheid of dat er sprake was van een individueel werkgeversbelang. De verkeersvliegers stelden dat sprake was van een individueel werkgeversbelang en geen nationaal beleid als bedoeld in considerans 25 en artikel 6 lid 1 van Richtlijn 2000/78. De Hoge Raad oordeelt dat circa 90% van de vliegers is aangesloten bij de vakbond voor verkeersvliegers VNV en dat het pensioenontslag een groot draagvlak heeft binnen de KLM-organisatie, als doelstellingen van sociaal beleid, met name op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding.⁷² Volgens de Hoge Raad heeft Hof Amsterdam die doelstelling dus niet uitsluitend in het licht van de behoeften van KLM gezien maar ook tegen de achtergrond van de bevordering van de werkgelegenheid en de verdeling van de werkgelegenheid tussen de generaties en de consensus die binnen de onderneming van KLM over deze doelstellingen bestaat.⁷³ Er is veel commentaar geweest op dit arrest van de Hoge Raad. Volgens Heemskerk is weliswaar sprake is van een werkgelegenheidsargument maar op individueel werkgevers- en niet op nationaal niveau. Het doorstromingsargument, de loonkostenbeheersing en de evenwichtige personeelsopbouw zijn individuele bedrijfsbelangen die afwijken van nationaal beleid.⁷⁴ Ook Veldman schaarst zich onder de critici dat doorstroming ter beteugeling van loonkosten een individueel werkgeversbelang vormt.⁷⁵

Hiemstra constateert naar aanleiding van de KLM-arresten, dat de legitimiteitstoets lichtelijk naar de achtergrond verschuift en de nadruk komt te liggen op de

71. HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, punt 5.6.

72. HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, punt 4.8.

73. HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, punt 5.2.

74. Heemskerk, Zet het Lufthansa-arrest een streep door pensioenontslag onder 65 jaar, *ArbeidsRecht* (2012) 28.

75. Veldman, Automatisch pensioenontslag van verkeerspiloten op zestig jaar niet toegestaan, *TRA* 2011/106, p. 34.

objectieve rechtvaardiging van de middelen, evenals in de Europese rechtsontwikkeling. Ik ben het met Hiemstra eens dat de Nederlandse rechter veel meer aandacht zou kunnen besteden aan de vraag of het beoogde doel uit sociale politiek voortkomt en of het in die hoedanigheid legitiem is.⁷⁶

Zoals ook in het vorige hoofdstuk besproken heeft de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan Minister Kamp gevraagd wat de gevolgen zijn van de Prigge uitspraak voor het Nederlandse beleid. In zijn brief van 5 oktober 2011 aan de Tweede Kamer maakt de Minister duidelijk dat een pensioenleeftijd van 56 jaar voor piloten mede gezien de noodzaak tot het bevorderen van de arbeidsparticipatie van oudere werknemers onwenselijk is. De Minister kondigde in deze brief aan hierover in gesprek te gaan met de Vereniging van Nederlandse Verkeersvliegers.⁷⁷ In Nederland mag automatisch leeftijdsontslag op lagere leeftijd dan de AOW-gerechtigde leeftijd alleen als er sprake is van een objectieve rechtvaardiging voor dit leeftijdsonderscheid.⁷⁸ De Commissie Gelijke Behandeling oordeelde in 2007 dat het leeftijdsonderscheid bij piloten objectief gerechtvaardigd is.⁷⁹ De Minister voegt daar nog uitdrukkelijk aan toe dat de Commissie Gelijke Behandeling in andere zaken het doorstromingsargument niet als legitiem doel heeft erkend. Het standpunt van de Nederlandse Minister is vooruitstrevend geweest. Volgens de Minister is doorstroming sector bepaald en kan niet zonder meer in elke sector als objectieve rechtvaardiging dienen voor het maken van onderscheid naar leeftijd bij het beëindigen van de arbeidsverhouding. De Prigge uitspraak heeft volgens de Minister geen gevolgen voor het Nederlandse beleid met betrekking tot de algemeen verbindend verklaring van cao-bepalingen. Anderzijds komt aan sociale partners ruime discretionaire vrijheid toe. De verplichte pensioenleeftijd zal telkens onderwerp zijn van onderhandeling tussen sociale partners, waarbij de vraag aan de orde komt of onderscheidende maatregelen in de cao moeten worden opgenomen.

Bij een verplichte pensioenleeftijd dient de legitimiteit van het doorstromingsargument mijns inziens afhankelijk te zijn van de omstandigheden op de arbeidsmarkt in de betreffende sector of beroepsgroep en dient de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie afhankelijk te zijn van vraag en aanbod van werkgelegenheid. Ook Broersma vraagt zich af of het doorstromingsargument als gevolg van de vergrijzing in de nabije toekomst nog wel als legitiem doel kan dienen.⁸⁰ Ik ben van mening dat die vraag eerder ziet op de noodzakelijkheidsvraag. Maar de sector

76. Hiemstra, Van oude piloten, de dingen die voorbij gaan..., NtEr (2013): 1/2.

77. Kamerbrief Reactie op bericht 'Piloten dwingen op 60^e te stoppen mag niet', 5 oktober 2011, kenmerk AV/AR/2011/17579.

78. Artikel 7 lid 1 onder c Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid.

79. Commissie Gelijke Behandeling 2007-13.

80. Broersma, Is het opnemen van een pensioenontslagbeding nog raadzaam onder de WWZ? TAP 2015/367, p. 8.

gerelateerde benadering van leeftijdscriminatie komen we in de Nederlandse jurisprudentie nog niet (veel) tegen. Zoals gezegd ben ik voorstander van de lijn die het Hof van Justitie EU in de zaak Petersen heeft gevolgd, waarbij de rechtvaardiging van de maximum leeftijdsgrens van 68 jaar voor tandartsen werd gerelateerd aan de algemene situatie op de arbeidsmarkt in het betreffende beroep. Het Hof van Justitie EU volgt deze lijn echter niet consequent, en laat een grote vrijheid aan nationale rechters om de legitimiteit van het werkgelegenheidsdoel te beoordelen. Het antwoord van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is in dat kader dus bemoedigend.

7.5.7 *KLM-arrest in Europeesrechtelijk perspectief bezien*

Het gaat hier om een onderscheid naar leeftijd dat betrekking heeft op een beroepsgroep waarvoor het Besluit bewijzen van bevoegdheid voor de luchtvaart van toepassing is waarin de maximale leeftijd van een bestuurder van een luchtvaartuig tijdens verkeersvluchten op 60 jaar is gesteld. Verkeersvliegers mogen – zij het onder beperkingen – vanaf 60 jaar tot maximaal 65 jaar doorwerken op basis van dit Besluit.⁸¹ De internationale regelingen inzake particuliere, beroeps- en verkeersvliegers zijn opgesteld door de 'Joint Aviation Authorities'. Een van die regelingen is de Joint Aviation Requirements, waarin is bepaald dat piloten in de leeftijd van 60 tot en met 64 jaar, geen commercieel luchtvaartuig mogen besturen, tenzij als lid van een bemanning bestaande uit meerdere bestuurders die allen jonger zijn dan 60 jaar. De bevoegdheid van de piloot om een commercieel vliegtuig te besturen houdt definitief op bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd.⁸² Daarnaast zijn de Europese verordeningen op het gebied van de veiligheid van de burgerluchtvaart van toepassing.⁸³ De situatie in de zaak Prigge, Fromm en Lambach is qua pensioenleeftijd en beroepsgroep het beste vergelijkbaar met de KLM-zaak, maar het Hof van Justitie EU kwam daarin tot een andere uitkomst.⁸⁴ Prigge c.s. waren captain bij Lufthansa toen hun arbeidsovereenkomst op grond van een bepaling in de cao van rechtswege eindigde aan het eind van de maand waarin zij de 60-jarige leeftijd bereikten. De piloten deden een beroep op de Joint Aviation Requirements, opgesteld door de Joint Aviation Authorities van welk instituut Duitsland lid is.

Het Hof van Justitie EU achtte een leeftijdsgrens van 60 jaar in de cao voor Lufthansa-piloten, terwijl de nationale en internationale voorschriften deze leeftijds-

81. Artikel 7 Besluit bewijzen van bevoegdheid voor de luchtvaart van 28 juli 1999, Stb. 1999, 346; 2001, 526.

82. Joint Aviation Requirements, Flight Crew Licensing 1 [JAR-FCL 1], punt 1.060.

83. Verordening 216/2008, artikel 3 verordening 1178/2011, FCL.010 bijlage 1 vo 1178/2011, FCL.065 bijlage 1 vo 1178/2011.

84. HvJ EU 13 september 2011, C-447/09, Prigge, EUR-Lex 62009CJ0447.

grens op 65 jaar vaststellen, geen noodzakelijke maatregel in het kader van de openbare veiligheid en de volksgezondheid in de zin van artikel 2 lid 5 van de richtlijn. De leeftijdsgrens van 60 jaar werd als wezenlijk beroepsvereiste eveneens onevenredig bevonden in het kader van artikel 4 lid 1 omdat internationale voorschriften de uitoefening van het beroep van piloot onder bepaalde voorwaarden tot 65 jaar wel toestaan. Het Hof van Justitie EU komt aan een inhoudelijke toetsing op grond van artikel 6 lid 1 niet toe, omdat de veiligheid van het luchtverkeer niet als legitiem werkgelegenheidsdoel werd gekwalificeerd.

De Hoge Raad formuleert het in het KLM-arrest heel kort: de vliegveiligheid in Prigge is een ander doel dan het – adequate – doorstromingsbeleid bij KLM en doet de zaak daarmee af. Op zich is juist dat de doelstelling van de Duitse cao geen sociaal doel dient, maar dat laat onverlet dat het Hof van Justitie EU wel en de Hoge Raad niet aanhaakt bij internationale regelgeving waarbij de maximum pensioenleeftijd – weliswaar uit verkeersveiligheidsoverwegingen – op de hogere leeftijdsgrens van 65 jaar is gesteld. Hoewel de leeftijdsgrens van 60 jaar in het teken stond van de bescherming van de volksgezondheid en de vliegveiligheid, ligt de verplichte pensioenleeftijd van 56 jaar bij KLM – weliswaar vanwege het doorstromingsargument – erg ver af van internationale voorschriften die deze leeftijdsgrens op 65 jaar stellen en de pensioenleeftijd bij andere luchtvaartmaatschappijen. Opmerkelijk in dezen is dat het doel van het verplicht pensioenontslag bij KLM aanvankelijk was gelegen in vliegveiligheid- en gezondheidsredenen.

Vijf jaar na het tweede KLM-arrest werd de leeftijdsgrens voor gezagvoerders in de commerciële luchtvaart opnieuw aan het Hof van Justitie EU voorgelegd in een zaak waarbij de gezagvoerder tevens werkzaam was als instructeur en examinator in het kader van de opleiding van andere Lufthansa piloten.⁸⁵ Omdat de arbeids-overeenkomst nog enige tijd doorliep na het bereiken van de maximum leeftijdsgrens van 65 jaar bood de gezagvoerder voor de resterende tijd van de arbeids-overeenkomst zijn diensten aan als examinator en instructeur. De verwijzende rechter vroeg zich af of de Europese verordening die de maximale leeftijd voor gezagvoerders van luchtverkeersvliegtuigen regelt,⁸⁶ wel verenigbaar is met het recht op arbeid en beroep in artikel 15 lid 1 en het non-discriminatiebeginsel in artikel 21 lid 1 EU-Handvest van de Grondrechten. Aan dit recht kunnen wettelijke beperkingen worden gesteld, in het kader van de vliegveiligheid in Europa.⁸⁷ Het Hof van Justitie EU legt de bepaling zo uit dat die zich beperken tot gezagvoerders in de commerciële luchtvaart, maar niet tot piloten op ferryvluchten waarbij vracht of post wordt vervoerd of op instructeurs en examinatoren. De werkzaamheden als instructeur en examinator vallen dus niet onder de leeftijd beperkende maatregel-

85. HvJ EU 5 juli 2017, C-190/16, Fries, ECLI:EU:C:2017:513.

86. Verordening 1178/2011, bijlage I, FCL.065 onder b).

87. Artikel 52 van het EU-Handvest van de Grondrechten.

len die gelden voor het besturen van een commercieel luchtvaartuig, waardoor Fries die werkzaamheden tot het einde van de arbeidsovereenkomst kan uitoefenen. Ook de KLM-piloten stelden zich op het standpunt dat de Hoge Raad direct had moeten toetsen aan artikel 21 EU-Handvest van de Grondrechten, maar die vordering tegen de Nederlandse Staat is door Rechtbank Den Haag afgewezen.⁸⁸ Hof Den Haag verwerpt eveneens het beroep omdat de KLM-piloten niet hadden gesteld dat toetsing aan artikel 21 EU-Handvest van de Grondrechten tot een andere uitkomst zou leiden, dan toetsing aan de richtlijn en het algemeen beginsel van Unierecht.⁸⁹

7.5.8 *Prejudiciële vragen?*

In de literatuur is veelvuldig beargumenteerd dat de Hoge Raad over de verplichte pensioenleeftijd voor verkeersvliegers op 56 jaar prejudiciële vragen had moeten stellen, omdat andere luchtvaartmaatschappijen een hogere leeftijdsgrens hantieren, een individueel KLM-belang wordt gediend in plaats van een algemeen belang van werkgelegenheidsbeleid en omdat het standpunt van de Hoge Raad in dezen afwijkt van het Prigge-arrest van het Hof van Justitie EU.

De zaak krijgt nog een staartje. De KLM-piloten stelden dat de Hoge Raad ten onrechte had nagelaten prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie EU. De piloten hebben de Staat gedagvaard op grond van gekwalificeerde schending van het Unierecht en op grond van onrechtmatige overheidsrechtspraak. Volgens de piloten was daartoe aanleiding, omdat er geen uitspraak was van het Hof van Justitie EU over de invulling van de begrippen legitiem doel en er onduidelijkheid bestond omtrent de proportionaliteit van een pensioenontslagbepaling in een cao. Volgens de KLM-piloten had de Hoge Raad direct moeten toetsen aan artikel 21 EU-Handvest van de Grondrechten. De tweede grondslag van de vordering was gebaseerd op schending van artikel 6 EVRM in samenhang met artikel 13 EVRM, en de derde grondslag op de stelling dat de Hoge Raad direct had moeten ingrijpen in de cao waarin het pensioenontslagbeding was opgenomen. Het Hof van Justitie EU heeft de toetsingscriteria voor onrechtmatige rechtspraak wegens miskenning van EU-recht in het Köbler-arrest geformuleerd.⁹⁰ De Staat is alleen dan aansprakelijk indien de geschonden regel ertoe strekt om rechten aan particulieren toe te kennen, er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht en er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen schending en geleden schade. Rechtbank Den Haag wees de vorderingen van de verkeersvliegers af omdat de relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie EU over leeftijdsdiscriminatie voldoende duidelijk was en een zeker kader vormde voor de Hoge Raad

88. Rb. 's-Gravenhage 3 juni 2015, C-09-459469-HAZA 14-172, ECLI:NL:RBDHA:2015:6222.

89. Hof Den Haag 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2984, JAR 2016/282.

90. HvJ EU 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513.

om de vorderingen van de piloten te beoordelen.⁹¹ In hoger beroep brachten de piloten dezelfde grieven naar voren, maar het vonnis van de rechtbank werd in hoger beroep bekrachtigd. Zelfs in het geval de Hoge Raad verplicht zou zijn geweest om prejudiciële vragen te stellen is er geen sprake van een voldoende gekwalificeerde schending van het EU-recht. De KLM-piloten hebben tegen dit arrest cassatie ingesteld, waardoor voor het eerst een geval aan de Hoge Raad is voorgelegd waarin de aansprakelijkheid zou berusten op een fout van de Hoge Raad zelf. Kernvraag is of het EU-recht zich verzet tegen gedwongen leeftijdsontslag indien dit niet voortvloeit uit nationaal beleid maar slechts is geregeld in de collectieve arbeidsovereenkomst van een werkgever.⁹² En voorts of een leeftijdsontslag (ver) beneden de 65 jaar een legitiem doel kan dienen en geacht kan worden passend en in overeenstemming met de eisen van proportionaliteit te zijn.⁹³ De Hoge Raad heeft arrest gewezen door leden van de Hoge Raad, die noch ten tijde van het wijzen van het arrest van 13 juli 2012, noch ten tijde van het wijzen van het arrest van 21 december 2018, deel uitmaakten van de civiele kamer van de Hoge Raad.⁹⁴ De Hoge Raad stelt zich op het standpunt dat het EU-recht voldoende duidelijk is en dat er geen twijfel bestaat over de uitleg van EU-recht, ziet de Hoge Raad geen grond voor het stellen van prejudiciële vragen.

Maar is het EU-recht in verplicht pensioenontslagzaken wel zo duidelijk voor de nationale rechter? Dat blijkt in de praktijk niet altijd het geval te zijn, gelet op afwijkende rechtspraak en de prejudiciële vragen die aan de Hoge Raad zijn gesteld.

7.6 ONDERSCHIED NAAR LEEFTIJD BIJ ONTSLAGVERGOEDINGEN

7.6.1 *Uitsluiting transitievergoeding AOW-gerechtigden*

In de Nederlandse wetgeving en rechtspraak zijn verschillende voorbeelden te zien van onderscheid naar leeftijd bij het toekennen van een vergoeding bij de beëindiging van het dienstverband wegens het bereiken van de pensioen- of AOW-gerechtigde leeftijd.

Werknemers hebben sinds de invoering van de Wet Werk en Zekerheid recht op een wettelijke transitievergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of niet verlenging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De AOW-gerechtigde werknemer wordt echter uitgesloten van het recht op transitievergoeding ongeacht de grond van het ontslag.⁹⁵ Deze bepaling in de Wet

91. Rb. 's-Gravenhage 3 juni 2015, C-09-459469-HAZA 14-172, ECLI:NL:RBDHA:2015:6222.

92. Artikel 21 EU-Handvest van de Grondrechten en artikel 6 Richtlijn 2000/78.

93. Conclusie Advocaat-Generaal 19 januari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:54.

94. HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2396.

95. Artikel 7:673 lid 7 onder b BW.

Werk en Zekerheid maakt onmiskenbaar onderscheid naar leeftijd en de vraag is of deze bepaling in lijn is met Europees Recht.⁹⁶ Daarentegen komen werknemers die kort voor het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd worden ontslagen, wel in aanmerking voor de wettelijke transitievergoeding.⁹⁷

Het Hof van Justitie EU heeft in de Deense zaken het onthouden van ontslagvergoeding aan werknemers met een aanspraak op ouderdomspensioen, discriminatoir beoordeeld. Bij de proportionaliteitstoets speelde een doorslaggevende rol dat de werknemer actief wilde blijven op de arbeidsmarkt en door het ontslag genoodzaakt werd het ouderdomspensioen eerder aan te spreken. Dat zou leiden tot verlies aan inkomsten op de lange termijn en dat vond het Hof van Justitie EU onaanvaardbaar.

De uitsluiting van AOW-gerechtigden van het recht op transitievergoeding is inmiddels ook in Nederland inzet van vele gerechtelijke procedures. Het Hof van Justitie EU acht het onthouden van ontslagvergoeding en wachtgeld in strijd met de richtlijn indien de werknemer nog langer actief wil blijven op de arbeidsmarkt, waarbij aan het recht op arbeid een zwaarder gewicht wordt toegekend. In hoeverre houdt de Nederlandse rechter bij de legitimiteitsvraag en de proportionaliteitstoets rekening met de situatie op de arbeidsmarkt om enerzijds de arbeidsparticipatie van oudere werknemers te stimuleren en anderzijds om doorstroming te bevorderen? Deze werkgelegenheidsdoelstellingen zijn immers niet complementair aan elkaar. En is de lijn in de leeftijdscriminatie jurisprudentie die het Hof van Justitie EU bij (vervroegd) pensioenontslag heeft uitgezet, voor Nederlandse rechters voldoende duidelijk voor de beoordeling van leeftijdscriminatie bij de arbeid en het beroep?

Hof den Bosch heeft zich als eerste instantie de vraag gesteld of uitsluiting van transitievergoeding aan AOW-gerechtigden zich wel verdraagt met de compensatiedoelstelling van de transitievergoeding van de Wet Werk en Zekerheid.⁹⁸ De werknemer in kwestie had enkele jaren in het buitenland gewoond en daardoor geen recht op volledig AOW-pensioen opgebouwd. De werknemer had dus een financieel belang bij de transitievergoeding, ook omdat hij vanwege zijn hoge leeftijd bij indiensttreding had afgezien van deelname aan een bedrijfspensioenregeling. De werknemer stelde zich op het standpunt dat de transitievergoeding is bedoeld om de gevolgen van het ontslag te compenseren of juist te verzachten en deed daarbij een beroep op de Deense arresten van het Hof van Justitie EU. Hof den Bosch was voornemens prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad

96. Vos, Uitsluiten transitievergoeding bij AOW-leeftijd: Europeesrechtelijk geen probleem, TRA 2017/60.

97. HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845, JAR 2018/275.

98. Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:345, m.nt. Stamhuis, TRA 2017/40.

omtrent de conformiteit van artikel 7:673 lid 7 sub b BW met EU-richtlijn 2000/78, over het buiten toepassing laten van die bepaling indien in strijd met het Unierecht en over de noodzaak van individuele toetsing. Volgens de werknemer was het bovendien een bewuste keuze van de werkgever geweest om de arbeidsovereenkomst na de AOW-leeftijd met de werknemer voort te zetten. Aan de prejudiciële vragen is Hof den Bosch echter niet toegekomen, omdat de zaak voor die tijd tussen partijen is geschikt en ingetrokken.

Rechtbank Midden-Nederland heeft in navolging van Hof den Bosch als tweede instantie prejudiciële vragen over de richtlijnconformiteit aan de Hoge Raad gesteld.⁹⁹ In dat verband vroeg de kantonrechter zich af of deze bepaling waarbij AOW-gerechtigden worden uitgesloten van transitievergoeding¹⁰⁰ in strijd is met Richtlijn 2000/78 (1) en of de kantonrechter deze bepaling vervolgens buiten toepassing moest laten (2). Aan de hand van de gestelde prejudiciële vragen valt op te maken dat er bij de kantonrechter onduidelijkheid bestaat over de uitleg en interpretatie van het Europees recht ten aanzien van dit onderwerp. De rechtspraak van het Hof van Justitie EU geeft dus kennelijk onvoldoende houvast aan de rechter. Des te opmerkelijk is dat de kantonrechter de prejudiciële vragen niet rechtstreeks aan het Hof van Justitie EU stelt.

Voor de prejudiciële vragen die de kantonrechter aan de Hoge Raad heeft gesteld zijn de Deense zaken duidelijk een inspiratiebron geweest. Zo vraagt de kantonrechter zich af of een individuele toetsing kan plaatsvinden (3) en welke criteria bij die toetsing dienen te worden gehanteerd (4). Verder wenst de kantonrechter te vernemen of bij de beoordeling onderscheid dient te worden gemaakt naar werknemers wiens arbeidsovereenkomst op of na de AOW-gerechtigde leeftijd eindigt en werknemers die bij de beëindiging die leeftijd niet hebben bereikt (5). En achtereenvolgens of dit onderscheid ook gemaakt moet worden naar werknemers wiens arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van hun pensioen- of AOW-gerechtigde leeftijd wordt beëindigd en werknemers bij wie er een andere reden aan de beëindiging ten grondslag ligt (6). De kantonrechter weet evenmin raad met de berekening van de transitievergoeding, indien die betaald zou moeten worden aan AOW-gerechtigden. Zo wenst de kantonrechter te vernemen of voor de berekening van de transitievergoeding de inkomenssituatie van de werknemer na beëindiging van de arbeidsovereenkomst dient te worden vergeleken met de inkomenssituatie daarvoor en of daarbij ook rekening dient te worden gehouden met inkomen anders dan uit (pensioen) uitkeringen, zoals vermogen. Verder vroeg de kantonrechter zich af of als norm dient te worden gehanteerd dat het inkomen na beëindiging van de arbeidsovereenkomst gelijk of hoger is dan het inkomen daar-

99. Rb. Midden-Nederland 19 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3712.

100. Artikel 7:673 lid 7 aanhef en onder b BW.

voor, of dat de transitievergoeding berekend dient te worden conform de wettelijk bepaalde wijze,¹⁰¹ al dan niet rekening houdend met pensioen gerelateerde gratificatie. Uit de vraagstelling door de kantonrechter valt af te leiden dat het Hof van Justitie EU in de bestaande leeftijdscriminatiejurisprudentie onvoldoende duidelijk en consistent is geweest bij de uitleg en interpretatie van Europees gelijkebehandelingsrecht in geval van ontslag op de pensioengerechtigde leeftijd of ontslag om andere redenen. Die duidelijkheid krijgt de kantonrechter overigens niet van de Hoge Raad.¹⁰²

De vragen die betrekking hebben op de categorie werknemers waarvan de arbeidsovereenkomst eindigt voor de AOW-leeftijd laat de Hoge Raad onbesproken, omdat die vragen geen betrekking hebben op het specifieke geval. Hierdoor heeft de Hoge Raad uiteindelijk slechts twee van de tien prejudiciële vragen beantwoord, te weten vraag 1 of artikel 7:673 lid 7 BW onder b in strijd is met Richtlijn 2000/78 en vraag 3 of een individuele toetsing dient plaats te vinden.¹⁰³ Volgens de Hoge Raad is de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst geschiedt in verband met of na het bereiken van de wettelijke of tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of de AOW-leeftijd indien geen andere leeftijd is overeengekomen. De vraag of dit verboden onderscheid naar leeftijd oplevert in de zin van Richtlijn 2000/78 wordt door de Hoge Raad bevestigd, zodat sprake is van directe leeftijdscriminatie als bedoeld in de richtlijn.

7.6.2 *Uitsluiting transitievergoeding in strijd met de Richtlijn?*

In het kader van de legitimiteitsvraag verwijst de Hoge Raad bij de bespreking van de achtergronden en doelstellingen van zowel de regeling van de transitievergoeding als van de uitsluiting daarvan naar het standpunt van de regering. De transitievergoeding is enerzijds bedoeld als compensatie voor het ontslag en anderzijds als middel om de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.¹⁰⁴ De regering is van mening dat er een natuurlijk moment moet zijn waarop de arbeidsovereenkomst op latere leeftijd zonder inhoudelijke toets en zonder kosten voor de werkgever kan eindigen.¹⁰⁵ Volgens de regering is de transitievergoeding niet bedoeld als aanvullende inkomensvoorziening bij werkloosheid, maar als een zorgplicht van de werkgever voor de ontslagen werknemer. Die zorgplicht reikt volgens de regering niet zover dat transitievergoeding verschuldigd zou zijn aan werknemers die wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd worden

101. Artikel 7:673 lid 2 t/m 6, artikel 6:673a BW.

102. HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651.

103. Zie ook Ruizenveld, TRA 2018/60.

104. Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 38.

105. HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651, punt 3.3.6 onder c, d en f.

ontslagen. De regering gaat daarbij uit van de gedachte dat werknemers vanwege het bereiken van de leeftijd waarop zij een AOW-uitkering ontvangen, in beginsel niet langer aangewezen zijn op het verrichten van arbeid voor het voorzien in hun inkomen.¹⁰⁶ De Hoge Raad acht het doel eveneens legitiem onder verwijzing naar de geciteerde Kamerstukken. De wetgever heeft beoogd het ontslagrecht eenvoudiger, sneller en voor werkgevers minder kostbaar te maken en het stelsel meer te richten op het vinden van een nieuwe baan. De Hoge Raad acht dit kostenaspect en de doelstelling om oneigenlijk gebruik van de transitievergoeding tegen te gaan legitiem, maar laat de compensatiedoelstelling verder onbesproken.¹⁰⁷ De Hoge Raad refereert aan de ruime beoordelingsvrijheid die de lidstaten hebben ten aanzien van werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid.

De proportionaliteitsvraag wordt marginaal getoetst. De Hoge Raad beoordeelt de bepaling niet ongeschikt voor het doel dat wordt beoogd, namelijk dat de transitievergoeding niet toekomt aan een categorie personen die niet langer is aangewezen op het verrichten van arbeid om in het levensonderhoud te voorzien. De AOW-gerechtigde kan ter compensatie aanspraak maken op een AOW-uitkering, veelal aangevuld door een ouderdomspensioenuitkering.¹⁰⁸ In het licht van het door de wetgever ontworpen stelsel vindt de Hoge Raad dat, het feit dat sommige werknemers geen volledige AOW-uitkering hebben opgebouwd, niet betekent dat op excessieve wijze inbreuk wordt gemaakt op de legitieme belangen van deze werknemers.¹⁰⁹ Het algemeen belang om het ontslagrecht eenvoudiger, sneller en minder kostbaar te maken weegt volgens de Hoge Raad zwaarder dan de individuele belangen van sommige werknemers die geen volledige AOW-uitkering hebben opgebouwd. We zien dat de Hoge Raad dus aan het algemeen belang een zwaarder gewicht toekent dan de inbreuk op werknemersrechten.

Dat wil niet zeggen dat daarmee het debat over de conformiteit met het Unierecht van tafel is. In de praktijk blijkt dat er voor vele AOW-gerechtigden wel degelijk een financiële noodzaak is om door te werken. Het AOW-inkomen zonder aanvullend pensioen is onvoldoende om in het dagelijks levensonderhoud te voorzien. In het geval de werknemer een onvolledig AOW-pensioen heeft opgebouwd, is het argument dat de werknemer de beschikking heeft over voldoende vervangend inkomen, mijns inziens onhoudbaar. Ook Vegter zet vraagtekens bij de veronderstelling dat AOW-gerechtigden steeds beschikken over een vervangend inkomen en constateert dat de wetgever niet consistent is in het nastreven van die werkgelegenheidsdoelstelling.¹¹⁰ Immers in andere gevallen zoals bij de IVA uitkering geldt

106. Kamerstukken II 2013/14, 33818, p. 96.

107. HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651, punt 3.3.9.

108. Diaconessenhuis, punt 3.3.11.

109. Diaconessenhuis, punt 3.3.12.

110. Vegter, annotatie Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2017, JAR 2017/72.

die uitsluitingsgrond niet.¹¹¹ Ik ben dan ook van mening dat de rechter – mede gelet op de Europese jurisprudentie – bij de legitimiteitsvraag eveneens zou moeten toetsen aan de compensatiedoelstelling van de transitievergoeding bij AOW-gerechtigden.

7.6.3 *Individuele toetsing vereist?*

De Hoge Raad beantwoordt de vraag of een individuele toetsing dient plaats te vinden, ontkennend en meent daarvoor een aanwijzing te hebben gevonden in het Toftgaard-arrest. In die zaak had het Hof van Justitie EU overwogen dat niet elk geval afzonderlijk dient te worden onderzocht om te bepalen wat het beste aan de specifieke behoeften van elke ambtenaar beantwoordt. Die vergelijking gaat naar mijn mening niet op. In Toftgaard was de vraag of in elk individueel geval onderzocht moest worden of de ambtenaar zich beschikbaar hield voor een vervangende post bij de overheid. Dat vond het Hof van Justitie EU zowel vanuit technisch als economisch oogpunt onuitvoerbaar. Voor ambtenaren jonger dan 65 jaar was een individueel onderzoek naar de beschikbaarheid en de tewerkstelling in vervangende posten reeds onderdeel van het herplaatsingsproces. In dat kader was het dus niet noodzakelijk om de beschikbaarheid voor de arbeidsmarkt in elk individueel geval te onderzoeken. Hieruit blijkt mijns inziens dat de uitleg en interpretatie door het Hof van Justitie EU op het punt van de individuele toetsing onduidelijk is geweest en mede daardoor onjuist door de nationale rechters wordt toegepast.

7.6.4 *Uitsluiting ontslagvergoeding in Europeesrechtelijk perspectief bezien*

We zien dat de Hoge Raad in deze uitspraak afwijkt van de lijn in de Europese jurisprudentie en slechts verwijst naar een enkel element uit het Toftgaard-arrest, zonder dat dit in brede context wordt geplaatst. Het is opmerkelijk dat de Hoge Raad bij de vraag omtrent de gevolgen van het verplicht pensioenontslag, geen aansluiting zoekt bij de reeds bestaande lijn in de Europese pensioenontslag jurisprudentie, zoals die in de arresten Palacios de la Villa, Rosenblatt en Hörnfeldt is uiteengezet. Doelstelling van het verplicht pensioenontslag is veelal het bevorderen van doorstroming op de arbeidsmarkt, waarbij individuele werknemersbelangen zoals de aanspraak op (aanvullend) ouderdomspensioen en de mogelijkheid om elders in dienst te treden, een doorslaggevende rol spelen bij de proportionaliteitstoets. In die zaken was het pensioeninkomen van de werknemer na beëindiging van het dienstverband wegens het bereiken van de maximum leeftijd de doorslaggevende factor bij de noodzakelijkheidstoets, ondanks het feit dat de

111. Vegter, Transitievergoeding en AOW – prejudiciële vragen, *ArbeidsRecht* (2018) 3.

betrokken werknemer wilde doorwerken na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.

Het Hof van Justitie EU heeft de constante lijn in de rechtspraak – zij het niet consistent – in de Deense arresten verlaten, en aan het recht op arbeid een zwaarder gewicht toegekend, dan aan het anti-misbruik-argument. In de zaken Andersen,¹¹² Rasmussen,¹¹³ Landin,¹¹⁴ en Toftgaard¹¹⁵ stond de vraag centraal of uitsluiting van ontslagvergoeding en wachtgelduitkering, wegens een aanspraak op ouderdomspensioen, strijdig was met het Unierecht. De Deense maatregel hield namelijk geen rekening met werknemers die hun loopbaan na ontslag nog enige tijd wilden voortzetten.¹¹⁶

In de Deense zaken vond het Hof van Justitie EU geen rechtvaardigingsgrond voor het onthouden van ontslagvergoeding dan wel wachtgeld wegens een aanspraak op ouderdomspensioen na beëindiging van de dienstbetrekking. De betrokken werknemers gaven aan actief te willen blijven op de arbeidsmarkt, maar dat werd onmogelijk gemaakt door het onthouden van wachtgeld en een ontslagvergoeding. Hierdoor werden deze werknemers gedwongen om een lager ouderdomspensioen te accepteren, dan waarop zij – door te blijven werken – aanspraak hadden kunnen maken. De Deense maatregel werd dan ook discriminatoir geacht. Volgens het Hof van Justitie EU is er een alternatief voorhanden waarbij geen onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt in het geval de ontslagvergoeding alleen wordt toegekend aan werknemers die actief wensen te blijven op de arbeidsmarkt en hun pensioen-aanspraak willen opschorten.

Deze afweging zien we niet terug in Nederlandse wetgeving en rechtspraak. Het recht op transitievergoeding is niet afhankelijk van de individuele bereidheid of de wens van de werknemer om na de AOW-gerechtigde leeftijd door te werken. Evenals Toftgaard, die als Deens ambtenaar de keuze had om bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd daadwerkelijk met pensioen te gaan of tot 70-jarige leeftijd door te werken, zijn ook Nederlandse werknemers niet verplicht om bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd te stoppen met werken. De pensioenleeftijd voor rechters is bijvoorbeeld 70 jaar, maar voor Nederlandse artsen geldt in het geheel geen maximum leeftijdsgrens. Bovendien faciliteert de Wet doorwerken na AOW-leeftijd, de mogelijkheid om door te werken na het bereiken van de AOW-leeftijd.

112. HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08, Andersen, EUR-Lex 62008CJ0499.

113. HvJ EU 19 april 2016, C-441/14, Dansk Industri, EUR-Lex 62014CJ0441.

114. HvJ EU 26 februari 2015, C-515/13, Poul Landin, EUR-Lex 62013CJ0515.

115. HvJ EU 26 september 2013, C-546/11, Toftgaard, EUR-Lex 62011CJ0546.

116. Andersen, punt 45.

Zoals we in het vorige hoofdstuk hebben gezien, is het Hof van Justitie EU niet consistent in zijn benadering om aan het recht om te werken een doorslaggevend gewicht toe te kennen. Het Hof van Justitie EU doet dat in de Deense zaken en acht de maatregelen discriminerend, maar het besliste anders in de zaak Landin. De weigering om de ontslagvergoeding na reorganisatie uit te keren aan de 67-jarige ingenieur Landin, die nog actief wilde blijven op de arbeidsmarkt, werd door het Hof van Justitie EU namelijk niet discriminatoir bevonden. Doorslaggevend argument was dat Landin zijn recht op wettelijk ouderdomspensioen volledig te gelde kon maken en daardoor geen toekomstig verlies van inkomsten zou genereren. Deze overweging met betrekking tot een eventueel verlies aan inkomsten op de lange termijn, zien we niet terug in de Nederlandse jurisprudentie bij het weigeren van ontslagvergoeding aan AOW-gerechtigden.

Dit kan het gevolg zijn van een gebrek aan uniformiteit in de Europese leeftijdsdiscriminatie jurisprudentie bij verplicht pensioenontslag en ontslag om een andere reden met een aanspraak op (vroeg) pensioen. Vegter doet de suggestie aan de hand dat het verschil gelegen kan zijn in het verplicht ontslag op de pensioenge-rechtigde leeftijd en ontslag wegens reorganisatie van oudere werknemers die de leeftijd hebben bereikt waarop zij hun ouderdomspensioen reeds te gelde kunnen maken, maar hier scheidt het Hof van Justitie EU zelf geen duidelijkheid over.

7.6.5 *Begrenzing ontslagvergoeding oudere werknemers*

In sociale plannen wordt in het kader van het solidariteitsbeginsel het beschikbare budget evenredig verdeeld tussen jongere en oudere werknemers. We zien dat dit er in de praktijk toe leidde dat de ontslagvergoeding voor oudere werknemers werd gemaximeerd tot de datum waarop een aanspraak op (pre)pensioen ontstaat. De vraag of de maximering van ontslagvergoedingen aan oudere werknemers een verboden onderscheid naar leeftijd oplevert, is in de Nederlandse rechtspraak veelvuldig aan de orde geweest bij ouderenregelingen in sociaal plannen.

Die kwestie speelde onder meer in zaken die werknemers van de ABN AMRO bank hadden aangespannen bij Rechtbank Amsterdam.¹¹⁷ Het plafond in de ontslagvergoeding voor werknemers die de vroegpensioen datum naderden, was inzet van het geding. Voor werknemers tot 62 jaar gold namelijk een royale stimuleringsregeling, in tegenstelling tot de regeling voor werknemers van 62 jaar en ouder. De kantonrechter vond de regeling niet evenwichtig doordat de ouderenregeling schril afstak tegen de riantere voorziening voor werknemers tot 62 jaar en er geen voorziening was getroffen voor werknemers die wilden doorwerken. Er

117. Ktr. Amsterdam 8 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:906 en Ktr. Amsterdam 24 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1251.

kunnen allerlei redenen zijn waardoor de oudere werknemer genoodzaakt is om langer door te werken, bijvoorbeeld vanwege een onderbreking in pensioenopbouw of een periode van minder werken in verband met de verzorging van kinderen. Juist in de laatste fase van voltijd werken vindt een belangrijke opbouw van het pensioen plaats. De kantonrechter vond doorslaggevend dat de wet niet voorziet in een ontslagvergoeding voor ouderen en de overheidsmaatregelen vanuit arbeidsmarkt perspectief zijn gericht op een langere deelname van de oudere werknemer aan het arbeidsproces.

De tendens om aan het recht op werk de doorslag te geven bij de beoordeling van de hoogte van een ontslagvergoeding aan oudere werknemers, werd al vijf jaar eerder door Kantonrechter Amsterdam ingezet.¹¹⁸ In het Sociaal Plan van de Nederlandsche Bank werd de ontslagvergoeding gemaximeerd tot de ingangsdatum van het prepensioen. De DNB-medewerkster deed een beroep op leeftijdsdiscriminatie omdat het nimmer haar bedoeling was om – verplicht – gebruik te maken van de prepensioenregeling, integendeel: de werkneemster wilde nog doorwerken. De kantonrechter vond dat het Sociaal Plan – ten onrechte – geen rekening hield met medewerkers die actief wilden blijven op de arbeidsmarkt en verklaarde de ontslagregeling voor oudere werknemers in het Sociaal Plan nietig. Later in dat jaar oordeelde Kantonrechter Amsterdam wederom dat bedingen die vergoedingen beperken tot het moment van vroegpensioen, nietig zijn.¹¹⁹ Er bestaat geen rechtvaardiging voor de omstandigheid dat een werknemer die niet vervroegd wil uittreden, maar zijn loopbaan wenst voort te zetten, geen of slechts in beperkte mate aanspraak kan maken op een ontslagvergoeding. Een te laag pensioeninkomen en een pensioenbreuk kunnen noodzakelijke redenen zijn om door te werken, maar ook de individuele behoefte van werknemers om nog langer deel te nemen aan het arbeidsproces speelt daarbij een rol.

We zien dus dat kantonrechters wel degelijk rekening houden met de maatschappelijke ontwikkelingen op de arbeidsmarkt en de wens van de werknemer om langer actief te blijven op de arbeidsmarkt. De kantonrechters zijn dus eerder geneigd om aan te sluiten bij de Europese rechtspraak en de maatschappelijke ontwikkelingen, maar dat is ook afhankelijk van de stellingen van partijen in de procedure en het bewijs dat is geleverd. Het is aan de werknemer om een vermoeden van leeftijdsdiscriminatie aannemelijk te maken en aan de werkgever om te bewijzen dat geen sprake is van leeftijdsdiscriminatie, althans van rechtvaardiging daarvan.

118. Rb. Amsterdam 29 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW1792.

119. Rb. Amsterdam 22 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY1337, JAR 2013/2.

7.7

CONCLUSIE

Discriminatie op grond van leeftijd bij de arbeid wordt na implementatie van Richtlijn 2000/78 getoetst aan de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid. De Nederlandse wetgever heeft ruimere rechtvaardigingsgronden gedefinieerd dan in artikel 6 lid 1 van de richtlijn zijn omschreven. Zo is de beëindiging van het dienstverband wegens het bereiken van de AOW-leeftijd of een hogere pensioenleeftijd uitgezonderd van leeftijdsdiscriminatie. Beëindiging van het dienstverband voor de AOW-gerechtigde leeftijd is derhalve verboden onderscheid op grond van leeftijd, het bewijs van de rechtvaardiging van dat onderscheid ligt bij de werkgever. De Wet doorwerken na AOW-gerechtigde leeftijd faciliteert doorwerken na de AOW-leeftijd, welke wet in lijn is met Europees Sociaal beleid om de arbeidsparticipatie van oudere werknemers te bevorderen.

Het verplicht pensioenontslag op of na de AOW-leeftijd staat echter haaks op de mogelijkheid die de Wet doorwerken na AOW-leeftijd aan werknemers biedt om langer door te werken. De werkgelegenheidsdoelstellingen om enerzijds doorstroming te bevorderen en anderzijds langer doorwerken te stimuleren, zijn immers niet complementair aan elkaar. Aangezien de AOW-leeftijd stapsgewijs wordt verhoogd, varieert de datum van het ontslag op de pensioengerechtigde leeftijd per werknemer. De vraag of hier sprake is van ongelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en het beroep is inmiddels inzet van nationale procedures. Een beroep op artikel 15 EU-Handvest van de Grondrechten zou daarop het antwoord kunnen bieden. Het Hof van Justitie EU laat het in verplicht pensioenontslagzaken aan de nationale rechters over om de balans tussen de legitimiteit van het doel van de maatregel en de geschiktheid ervan op grond van politieke, economische, sociale, demografische en budgettaire overwegingen te beoordelen in het licht van de situatie op de arbeidsmarkt in de betreffende lidstaat. Het Hof van Justitie EU treedt dus niet in de beoordeling van het werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten. Dat schept onduidelijkheid en maakt dat de nationale rechters onvoldoende instructie ervaren bij de beoordeling van de legitimiteit en proportionaliteit van het middel in het licht van nagestreefde werkgelegenheidsdoelstellingen.

Het Hof van Justitie EU geeft geen duidelijke uitleg over het verschil in benadering bij verplicht pensioenontslag en vervroegd pensioenontslag wegens bijvoorbeeld bedrijfseconomische redenen. Uit de Europese rechtspraak blijkt dat bij de proportionaliteitstoets van (vervroegd) pensioenontslag aan individuele werknemersbelangen zoals een redelijk pensioen of een vervangend inkomen en het recht op werk een doorslaggevende factor wordt toegekend, terwijl de algemene situatie op de arbeidsmarkt in die afweging geen rol speelt.

We zien in de Nederlandse leeftijdscriminatierechtspraak dat de rechter de sociaal, economisch en politiek gedreven brede werkgelegenheidsdoelstellingen niet meeweegt bij de beoordeling van de legitimiteit en de proportionaliteit. Kortom de algemene situatie op de arbeidsmarkt speelt geen rol bij de belangenafweging in Nederlandse rechtspraak, maar de Nederlandse rechter toetst de vraag of sprake is van een excessieve inbreuk op werknemersrechten evenmin. De lagere nationale rechters houden daarentegen veel meer rekening met de maatschappelijke ontwikkelingen en de langere deelname van oudere werknemers aan het arbeidsproces bij de toekenning van een transitievergoeding.

AOW-gerechtigden zijn sinds de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid uitgesloten van de wettelijke transitievergoeding. De Hoge Raad maakt bij de proportionaliteitstoets geen onderscheid tussen de wens om actief te blijven op de arbeidsmarkt in relatie tot het verlies aan inkomsten op de lange termijn. Daarmee is de Nederlandse rechtspraak mijns inziens niet in lijn met rechtspraak van het Hof van Justitie EU. In de Deense arresten heeft het Hof van Justitie EU het onthouden van ontslagvergoeding en wachtgeld aan ontslagen werknemers met een aanspraak op pensioen, als leeftijdscriminatie aangemerkt. In die zaken werd aan het recht op werk in combinatie met een excessieve inbreuk op individuele werknemersbelangen een doorslaggevende betekenis toegekend in het kader van de noodzakelijkheidsvraag. De vraag of de inkomenssituatie van de werknemer na pensioenontslag op individuele basis getoetst moet worden is door de Hoge Raad, mijns inziens ten onrechte, ontkennend beantwoord, omdat het daarmee afbreuk doet aan de compensatiedoelstelling van de Wet Werk en Zekerheid en het recht op arbeid als bedoeld in artikel 15 EU-Handvest van de Grondrechten.

Door de demografische ontwikkelingen neemt het aantal ouderen toe in relatie tot de beroepsbevolking. Sinds Lissabon is het Europees Sociaal beleid gericht op verhoging van de werkgelegenheid onder meer door oudere werknemers te stimuleren om langer aan het arbeidsproces deel te nemen, zonder dat zij leeftijdsdiscriminatie ervaren. De bestrijding van leeftijdsdiscriminatie staat daarom hoog op de Europese Sociale Agenda. Het streven naar een hoog niveau van werkgelegenheid vormde uiteindelijk de basis voor 2012: het Europees Jaar voor actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties. Om deze werkgelegenheidsdoelstellingen te bereiken hebben de lidstaten maatregelen genomen om oudere werknemers in staat te stellen aan het werk te blijven of zelfs terug te keren naar de arbeidsmarkt. Het effect van de promotie van actieve arbeidsparticipatie is niet uitgebleven. We zien inmiddels een tendens dat ouderen daadwerkelijk langer willen doorwerken, hetzij in dienstverband, hetzij als zelfstandige. Dat heeft consequenties voor het gelijkebehandelingsrecht.

Het non-discriminatiebeginsel is in diverse internationale verdragen verankerd. Het recht op gelijke behandeling en de bescherming tegen discriminatie is een internationaal erkend grondrecht. Het gelijkebehandelingsrecht is op Europees niveau geregeld door een complexe mix van verdragen, grondrechten, richtlijnen en algemene beginselen van het Europees recht en is een uitvloeisel van politiek, economisch en sociaal beleid van de Unie. Richtlijn 2000/78 biedt een algemeen kader voor de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie op het terrein van de arbeid en het beroep en beperkt zich dus tot het speelveld van werkgevers en werknemers.

Actief ouder worden kent geen specifieke definitie maar is nauw verwant aan het grondrecht van ouderen om een waardig en zelfstandig leven te leiden. De betrokkenheid van de Unie bij de Agenda voor actief ouder worden moet dan ook worden gezocht in de kernwaarden van de Unie, die gekenmerkt worden door pluralisme, non-discriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid en gelijkheid van mannen en vrouwen. Het solidariteitsbeginsel is evenmin eenduidig in Europese Verdragen gedefinieerd, maar wordt in de Europese rechtspraak als rechtvaardigheid voor leeftijdsdiscriminatie toegepast.

In dit boek is onderzoek gedaan naar de rol van het Hof van Justitie EU bij de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie en het bereiken van de Europese werkgelegenheidsdoelstellingen actief ouder worden en solidariteit tussen de generaties.

We hebben gezien dat de Europese leeftijdsdiscriminatiejurisprudentie op het terrein van de arbeid en het beroep zich sinds de invoering van Richtlijn 2000/78 in rap tempo heeft ontwikkeld, waarbij het Hof van Justitie EU een enorme bijdrage heeft geleverd aan de interpretatie en uitleg van het Europees gelijkebehandelingsrecht. Evenwel is ook gebleken dat er bij de nationale rechters behoefte bestaat aan nadere instructie door het Hof van Justitie EU in leeftijdsdiscriminatiezaken.

Het Hof van Justitie EU toetst in gelijkebehandelingszaken of er, als vaststaat dat sprake is van onderscheid naar leeftijd, in dat specifieke geval grond is voor een uitzondering op leeftijdsdiscriminatie. De rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie toetst het Hof van Justitie EU aan de algemene beginselen van het Unierecht, artikel 21 EU-Handvest van de Grondrechten in de context van het recht op arbeid en beroep zoals neergelegd in artikel 15 EU-Handvest van de Grondrechten en de artikelen 2 en 6 van Richtlijn 2000/78. Artikel 6 van de richtlijn biedt de lidstaten uitsluitend voor leeftijdsdiscriminatie de mogelijkheid om een uitzondering te maken in het kader van nationale wetgeving, op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt, en de beroepsopleiding.

De werkgelegenheidsdoelstellingen van het Europees Jaar voor actief ouder worden en het bevorderen van solidariteit tussen de generaties, zijn niet complementair aan elkaar en beogen evenmin hetzelfde doel, maar spelen beiden een cruciale rol bij de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie. Actief ouder worden is gericht op langer doorwerken en ziet in feite op positieve leeftijdsdiscriminatie. Solidariteit tussen de generaties daarentegen beoogd veelal een tegengesteld doel, namelijk om de jongere generatie een kans te geven op de arbeidsmarkt. Het doel om de werkgelegenheidskansen tussen de verschillende generaties eerlijk te verdelen, ligt veelal ten grondslag aan het verplicht pensioenontslag.

In dit boek is daarom tevens onderzocht hoe het Hof van Justitie EU het gelijkebehandelingsrecht in het licht van deze sociaal, economisch en politiek gedreven brede werkgelegenheidsdoelstellingen benadert bij de vraag of afgeweken kan worden van het verbod van leeftijdsdiscriminatie. Het intergenerationele argument is door het Hof van Justitie EU zonder meer als doelstelling van sociale politiek en werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten erkend.

De lidstaten zijn over het algemeen goed in staat om werkgelegenheidsdoelstellingen in het kader van de legitimiteitsvraag aan te tonen, ook in het geval deze niet expliciet in de wet of cao zijn genoemd, maar uit de achterliggende stukken of

andere elementen ontleend aan de algemene context van de maatregel moeten worden afgeleid. De legitimiteit van nationaal werkgelegenheidsbeleid is door het Hof van Justitie EU in vrijwel alle zaken aangenomen, met uitzondering van Prigge en Petersen waar het geen werkgelegenheidsdoel, maar de vliegveiligheid en de bescherming van de volksgezondheid betrof.

Het Hof van Justitie EU respecteert de ruime discretionaire bevoegdheid die lidstaten en sociale partners hebben bij het vaststellen van sociaal beleid op basis van politieke, economische, sociale, demografische en/of budgettaire overwegingen. Lidstaten en sociale partners kunnen ervoor kiezen of zij maatregelen nemen om het arbeidzame leven van werknemers te verlengen of juist te verkorten en kunnen de werkgelegenheidsdoelstellingen in de loop der tijd aanpassen aan de omstandigheden op de arbeidsmarkt, zonder dat dit van invloed is op de legitimiteit van het doel dat wordt beoogd. Het Hof van Justitie EU zoekt geen tastbaar bewijs voor het effect van de leeftijd onderscheidende maatregel op nationaal werkgelegenheidsbeleid, maar laat het aan de nationale rechter over om de balans tussen legitimiteit en het doel van de maatregel op grond van politieke, economische, sociale, demografische en budgettaire overwegingen te beoordelen in het licht van de situatie op de betreffende arbeidsmarkt. Het is dus de taak van de nationale rechter om te beoordelen of bijvoorbeeld het verplicht pensioenontslag de beoogde doorstroming tot gevolg heeft en dit daadwerkelijk leidt tot benoeming van jongere werknemers in de sector of het beroep.

Het zwaartepunt bij de beoordeling van de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie ligt bij de proportionaliteitstoets. De crux zit uiteindelijk in de beoordeling van de laatste vraag: is het middel passend en noodzakelijk om het beoogde werkgelegenheidsdoel te bereiken? De benadering door het Hof van Justitie EU is in de praktijk echter niet altijd even consistent en strikt gebleken. De rechtvaardigingsgronden bij het verplicht pensioenontslag worden door het Hof van Justitie EU ruim toegepast en de proportionaliteit van het middel slechts marginaal getoetst. Het Hof van Justitie EU heeft het werkgelegenheidsbeleid om de arbeidsparticipatie voor oudere werknemers te verbeteren in het Mangold-arrest aanvankelijk nog inhoudelijk beoordeeld. De Duitse regering was er volgens het Hof van Justitie EU niet in geslaagd om aan te tonen dat het middel enig effect had op het beoogde werkgelegenheidsdoel, waardoor de maatregel discriminatoir werd bevonden. Sinds *Palacios de la Villa* zien we dat het Hof van Justitie EU bij verplicht pensioenontslag een ruimere discretie hanteert waarbij het werkgelegenheidsbeleid slechts marginaal wordt getoetst, terwijl het dit niet doet in andere gevallen van leeftijdsdiscriminatie, zoals bij bijvoorbeeld bij indiensttreding en beloning. Dit kan overigens ook verband houden met het doel dat aan het leeftijdsonderscheid ten grondslag ligt, zoals de bescherming van de openbare orde of de volksgezondheid,

of verband houden met de aard van de specifieke beroepsactiviteiten, waarvoor andere toetsingscriteria gelden.

De controverse tussen de werkgelegenheidsdoelstellingen actief ouder worden en solidariteit tussen de generaties, wordt het meest zichtbaar bij een veranderende situatie op de arbeidsmarkt. Bij een groeiende economie met veel werkgelegenheid en een grote vraag naar arbeidskrachten is langere deelname van oudere werknemers op de arbeidsmarkt gewenst. In tijden van recessie met hoge werkloosheid is er behoefte aan doorstroming waardoor oudere werknemers juist moeten plaatsmaken om jongeren een kans te bieden op de arbeidsmarkt. Het effect van de algemene situatie op de arbeidsmarkt op de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie zien we terug in de zaak Petersen. Het Hof van Justitie EU volgde in die zaak het standpunt van de Duitse regering dat een maximum leeftijdsgrens niet noodzakelijk is in de regio's met een tekort aan tandartsen. De arbeidsmarktomstandigheden in een bepaalde sector of specifieke beroepsgroep zouden in mijn optiek een doorslaggevende rol moeten spelen bij de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie. Aan de algemene situatie op de arbeidsmarkt zou het Hof van Justitie EU een zwaarder gewicht moeten toekennen bij de legitimiteitsvraag en de proportionaliteitstoets, dan nu het geval is. Hier ligt mijns inziens een taak voor het Hof van Justitie EU om duidelijke uitleg en instructie van Europees recht te verschaffen.

In de hierna gewezen arresten Hörnfeldt, Fuchs en Köhler, is te zien dat het Hof van Justitie EU reeds een afweging maakt tussen het verbod van leeftijdsdiscriminatie enerzijds en het grondrecht om te werken anderzijds, waarbij rekening wordt gehouden met de arbeidsdeelname van oudere werknemers aan het beroeps- en daarmee aan het sociaal-economisch leven. In deze zaken wordt het individueel belang van de werknemer om actief te blijven op de arbeidsmarkt afgewogen tegen het algemeen belang dat met de maatregel wordt gediend. In beide zaken betrof het een flexibel pensioenmoment waarbij de werknemer ervoor kon kiezen om na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd – zij het tot een maximum leeftijd – door te werken.

In de zaak van de Bulgaarse professor Georgiev, die eveneens van de mogelijkheid gebruik maakte om na zijn pensioenleeftijd – zij het voor bepaalde tijd – door te werken, toetste het Hof van Justitie EU de noodzaak van het middel aan hetgeen in de sector gebruikelijk is. Doorslaggevend voor de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie was dat professoren al vijf jaar langer mochten doorwerken dan de gemiddelde werknemer in Bulgarije. Deze sector gerelateerde afweging zou het Hof van Justitie EU in mijn optiek in alle zaken waar een automatisch ontslag op de pensioengerechtigde leeftijd in geding is, moeten volgen.

Het Hof van Justitie EU verlaat in de zogenoemde Deense zaken echter de constante lijn in de rechtspraak die het sinds de arresten Palacios de la Villa en Rosenbladt bij verplicht pensioenontslag had ingezet, zonder dat het Hof van Justitie EU duidelijk uitlegt waarom het van koers wijzigt. In de zaken Palacios de la Villa en Rosenbladt werd aanvankelijk de inbreuk op het verbod van leeftijdsdiscriminatie wegens het verplicht pensioenontslag gerechtvaardigd geacht omdat de werknemer na ontslag uitzicht had op een redelijk ouderdomspensioeninkomen en het de werknemer vrij stond elders te gaan werken. In de Deense zaken werd het onthouden van ontslagvergoeding aan werknemers die ondanks een aanspraak op pensioen, langer actief wilden blijven op de arbeidsmarkt, daarentegen discriminatoir bevonden.

Hiermee lijkt het Hof van Justitie EU – zij het niet consistent – een nieuwe weg te zijn ingeslagen, zonder duidelijke uitleg te geven waarin het verschil in benadering nu zit. Annotatoren dichten het verschil in benadering toe aan het automatisch ontslag op de pensioengerechtigde leeftijd en gedwongen ontslag wegens reorganisatie, waarbij de werknemer weliswaar een aanspraak heeft op (zij het niet volledig) ouderdomspensioen, maar te kennen heeft gegeven dit recht te willen opschorten om actief te blijven op de arbeidsmarkt.

De benadering door het Hof van Justitie EU in deze arresten is in het licht van de bevordering van actieve arbeidsparticipatie van oudere werknemers, een gunstige ontwikkeling te noemen. Een belangrijk element in het kader van de noodzakelijkheidstoets is het al dan niet volledig te gelde kunnen maken van een pensioenaanspraak. Indien de werknemer na reorganisatie ontslag, zijn opgebouwde pensioeninkomen eerder moet aanspreken, dan bij langer doorwerken het geval zou zijn geweest, beoordeelt het Hof van Justitie EU dit als een excessieve inbreuk op individuele werknemersrechten.

Het Hof van Justitie EU speelt sinds de invoering van Richtlijn 2000/78 een belangrijke rol bij de uitleg en toepassing van het Europees gelijkebehandelingsrecht. Aan de andere kant zien we dat de uitspraken van het Hof van Justitie EU in leeftijdsdiscriminatiezaken bij de arbeid en het beroep niet altijd even consistent zijn. Dat draagt niet bij aan de uniformiteit van het Europees gelijkebehandelingsrecht en roept de nodige vragen op bij nationale rechters. Er is op nationaal niveau duidelijk behoefte aan meer gedetailleerde uitleg en instructie. Enerzijds geeft het Hof van Justitie EU een ruime discretie aan lidstaten en sociale partners om doel en middelen van sociaal beleid te bepalen, maar anderzijds geeft het onvoldoende instructie aan de nationale rechter op welke wijze de sociaal-economische aspecten van nationaal arbeidsmarktbeleid bij de beoordeling van de leeftijdsdiscriminatie moet worden onderzocht en toegepast. Zo geeft het Hof van Justitie EU onvoldoende handvatten aan de rechter op welke wijze de economische situatie op de

arbeidsmarkt bij de legitimiteit en de proportionaliteit van het beoogde werkgelegenheidsdoel zou moeten worden beoordeeld. Hier ligt een taak voor het Hof van Justitie EU om meer uitleg te geven over de sociaal-economische benadering bij de beoordeling van de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie. In de Europese leeftijdsdiscriminatie jurisprudentie zien we dat het Hof van Justitie EU tot nu toe de individueel sociaal-economische factoren laat prevaleren boven de algemene situatie op de arbeidsmarkt.

De onduidelijkheid in uitleg van het gelijkebehandelingsrecht door het Hof van Justitie EU zien we terug in de Nederlandse leeftijdsdiscriminatie jurisprudentie. De KLM-piloten hebben de Nederlandse Staat zelfs aansprakelijk gesteld doordat de Hoge Raad in 2012 geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU had gesteld. De Hoge Raad stelt zich echter op het standpunt dat de uitleg van het Europees Recht voldoende duidelijk is om de rechtmatigheid van een verplicht pensioenontslagbeding voor verkeerspiloten te kunnen beoordelen. We zien daarentegen ook dat nationale rechters prejudiciële vragen stellen aan de Hoge Raad over de richtlijnconformiteit van Nederlandse regelgeving. Daaruit valt op te maken dat er bij nationale rechters onduidelijkheid bestaat over de uitleg en interpretatie van Europees Recht. In dat verband is opmerkelijk dat geen gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om in dit specifieke geval rechtstreeks prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU te stellen.

Het gebrek aan gerichte instructie en de beoordelingsvrijheid die nationale rechters van het Hof van Justitie EU krijgen, maakt dat nationale rechters kunnen kiezen welke uitspraken van het Hof van Justitie EU of welke elementen uit die uitspraak, kunnen worden toegepast, ondanks de plicht tot richtlijn conforme interpretatie. Door die beleidsvrijheid en onduidelijke uitleg wijkt de Nederlandse rechtspraak in een aantal gevallen af van de Europese leeftijdsdiscriminatie jurisprudentie. De Nederlandse rechters nemen de sociaal, economisch en politiek gedreven werkgelegenheidsdoelstellingen niet mee in de beoordeling van de vraag of er grond is voor rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie. De algemene situatie op de arbeidsmarkt in het licht van de demografische ontwikkelingen zien we bij de beoordeling van leeftijdsdiscriminatie in de Nederlandse rechtspraak dus niet terug. Kantonrechters lijken evenwel meer oog te hebben voor sociaal-maatschappelijke ontwikkelingen op de arbeidsmarkt.

Voorts is meer duidelijkheid gewenst over de toepassing van het recht op werk als bedoeld in artikel 15 EU-Handvest van de Grondrechten in het licht van de demografische ontwikkelingen. Het recht op werk is immers een grondrecht dat verankerd is in artikel 15 EU-Handvest van de Grondrechten, waarvan degene die zich op leeftijdsdiscriminatie beroept, mijns inziens veel vaker gebruik zou moeten maken. Daar ligt echter ook een taak voor de advocaat om in de procedure een

beroep op artikel 15 EU-Handvest van de Grondrechten te doen indien de cliënt langer actief wil blijven op de arbeidsmarkt. Tot slot zal het Hof van Justitie EU meer uitleg kunnen verschaffen over de vraag in welke gevallen individuele toetsing aan de orde is, vooral nu de Nederlandse rechter die individuele toetsing uit de weg blijkt te gaan.

In mijn visie biedt de ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof van Justitie EU voldoende handreikingen voor de introductie van een flexibel pensioenstelsel, waarbij werknemers die na de pensioengerechtigde leeftijd actief willen blijven op de arbeidsmarkt, die mogelijkheid wordt geboden, terwijl werknemers die op de wettelijke pensioenleeftijd van hun pensioeninkomen gebruik willen maken, tevens recht hebben om daarvoor te opteren. Die beleidsbeslissing ligt echter bij de lidstaten en niet bij het Hof van Justitie EU.

SUMMARY

The subject of this thesis is age discrimination in the field of employment and occupation with regard to European law and demographic trends. As a result of demographic changes, the number of older people is increasing in relation to the working population. A large number of baby boomers have retired since 2012 while the size of the younger working generation is decreasing. An aging population has major social consequences and may increase pressure on healthcare and pension budgets. There are fears that older generations might become too heavy a burden on the younger, working population, which could result in tensions between the generations. As early as March 2000, the European Council at Lisbon identified the promotion of employment and social inclusion as an overall strategy of the European Union. The effect of promoting active participation of older workers in the labour market therefore materialized. Member States have now taken measures to enable older workers to remain active in the labour market or even return to the labour market. There is a discernible tendency towards older people wishing to delay their exit from the labour market, either by being employed or self-employed. This has consequences for the principles of equal treatment. Combating age discrimination is therefore high on the European Social Policy Agenda.

The pursuit of a high level of employment ultimately formed the basis for 2012: the European Year for Active Ageing and Solidarity between Generations. The objectives of the European Year were therefore consistent with the Union's task to combat discrimination and to promote solidarity between the generations.

This book examines the role of the EU Court of Justice in combating age discrimination and achieving two of the employment objectives formulated in the European Social Agenda namely the promotion of active ageing and intergenerational solidarity. In this context, the book examines how the EU Court of Justice approaches the principles of equal treatment in the light of these broadly-based, social, economic, and politically driven employment objectives in the question of whether it is possible to justify age discrimination.

European age discrimination case law in the field of employment and occupation has developed rapidly due to numerous discrimination cases brought before the

EU Court of Justice after the implementation of Directive 2000/78. The EU Court of Justice has made a huge contribution to the interpretation and explanation of European equal treatment law. However, the approach by the EU Court of Justice has not always proved to be stringent or consistent in practice. For example, justifications for compulsory retirement from employment are more widely applied by the EU Court of Justice than other age discrimination provisions in employment and occupation. This does not contribute to the uniformity of European equal treatment law and raises critical questions for national judges.

The EU Court of Justice respects the wide discretion that Member States and social partners have in determining social policy on the basis of political, economic, social, demographic and/or budgetary considerations. Member States and social partners can choose whether to take measures to extend or shorten the working life of individuals while adapting employment targets over time to labour market conditions, without affecting the legitimate aim of the intended employment policy. Member States are generally quite capable of justifying employment policy aims even when they are not explicitly mentioned by statute or collective labour agreement, but from constitutional legislation or other preceding documents derived from the general context of the legal measure. The employment policy aims of the European Year for active ageing and solidarity between generations are not complementary to each other, nor do they pursue the same objective, but both play a crucial role in justifying age discrimination. Active ageing focuses on working longer and, in point of fact, aims at positive age discrimination. Intergenerational solidarity, on the other hand, has quite the opposite aim of shortening the working lives of older workers: thus giving the younger generation an opportunity in the labour market. The contradiction between these employment policy aims is at its most visible in economic changes in the labour market. In a growing economy with high employment and high labour demand, longer participation of older workers in the labour market is desirable. In that situation, there is no reason for compulsory retirement. However, in times of recession with high unemployment, there is a need for transition, with older people making way for young people in the labour market.

After the *Palacios de la Villa* case, individual social, economic factors such as a reasonable pension or other substitute income, combined with the possibility of being active elsewhere in the labour market, have played a decisive role in the European anti-discrimination case law concerning pension-related dismissal. Notably, general labour market conditions play a marginal role. In subsequent judgments dealing with flexible retirement, the EU Court of Justice has already weighed the prohibition of age discrimination on the one hand against the fundamental right to engage in work on the other, taking into account the employment of older workers in occupational and social economic life.

That being said, in Danish judgments, however, there is a favourable development in European case law regarding the promotion of active participation of workers in the labour market and the fundamental right to engage in work and to pursue a freely chosen or accepted occupation. The EU Court of Justice considered a legal measure depriving severance pay to workers entitled to an old-age pension to be discriminatory on the grounds of age if the worker would have preferred to remain active in the labour market. An important element in this consideration is whether or not the pension entitlement can be fully monetized into a pension payout. As soon as the employee is forced to use the accrued pension income earlier, there is an excessive violation of individual employee rights. The EU Court of Justice thus deviated from the solid line of case law since *Palacios de la Villa*, without clearly explaining why it changed its course.

The EU Court of Justice has ultimately left it to the national courts to assess the balance between the legal measure and the employment policy aim in the light of the situation in the relevant labour market. The lack of specific instruction from the EU Court of Justice means that, in the space given to them, national judges can choose which judgments of the EU Court of Justice or which elements of that judgment can be applied, despite the obligation to comply with the Directive. There is, therefore, still an important task for the EU Court of Justice in striving for a directive in accordance with the interpretation and uniformity of European equal treatment law in employment and occupation. In addition, there is a need for clarity on the application of Article 15 EU Charter of Fundamental Rights in the light of demographic developments.

BIBLIOGRAFIE

Albors-Llorens 2014

Albors-Llorens, A., 2014. Judicial protection before the Court of Justice of the European Union. In: C. Barnard, ed. 2014. *European Union Law*. Oxford: Oxford University Press. pp.255-99.

Atkinson 2002

Atkinson, T., 2002. Social Inclusion and the European Union. *Journal of Common Market Studies*, 40(4), pp.625-43.

Baker 2008

Baker, A., 2008. Proportionality and Employment Discrimination in the UK. *Industrial Law Journal*, 37(4), pp.305-28.

Barnard 1992

Barnard, C., 1992. A Social Policy for Europe. *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 8, pp.15-31.

Barnard 2005

Barnard, C., 2005. Case C-209/03, Bidar. *Common Market Law Review*, 42, pp.1465-89.

Barnard 2006a

Barnard, C., 2006. Solidarity and New governance in Social Policy. In: G. de Burca and J. Scott, eds. *Law and New Governance in the EU and the US*. Oxford: Hart Publishing. pp. 153-78.

Barnard 2006b

Barnard, C., 2006. *EC Employment Law*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press.

Barnard 2009

Barnard, C. 2009. The Solidarity principle. In: Marc De Vos, ed. *Internal market v. Labour Market: a brief history in EU Internal Market and Labour Law: Friends or Foes?* Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia. p.31.

Barnard 2010a

Barnard, C., 2010. *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press.

Barnard 2010b

Barnard, C., 2010. Solidarity and the Commission's 'Renewed Social Agenda'. In: M. Ross and Y. Borgmann-Prebil, eds. Oxford: Oxford University Press. p.73.

Barnard 2011

Barnard, C., 2011. The EU Charter of Fundamental Rights: Happy 10th Birthday, EUSA Review. *EU Law after Lisbon: Taking Stock*, pp.5-10.

Barnard 2012

Barnard, C., 2012. A proportionate response to proportionality in the field of collective action. *European Law Review*, 37(2), pp.117-35.

Barnard & Peers 2014

Barnard, C. and Peers, S., eds., 2014. *European Union Law*. Oxford: Oxford University Press.

Becker & Schoukens 2017

Becker, E.D. en Schoukens, P., 2017. De Europese Pijler van Sociale Rechten: een eerste evaluatie. *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 11, p.86.

Belavusau 2013

Belavusau, U., 2013. On age discrimination and beating dead dogs: Commission v. Hungary. *Common Market Law Review*, 50, pp.1145-60.

Bell & Waddington 2003

Bell, M. and Waddington, L., 2003. Reflecting on inequalities in European Equality law. *European Law Review*, 28(3), p.349.

Bell & Waddington 2006

Bell, M. and Waddington, L., 2006. Equality and Diversity, Challenges for EU Anti-Discrimination Law. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 13(3), pp.277-78.

Berkhout 2010

Berkhout, D., 2010. Discriminatie, directe werking van rechtsbeginselen en doorwerking van richtlijnen. *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 2, pp.70-87.

Bernitz & Reich 2011

Bernitz, U. and Reich, N., 2011. Introduction to the Laval Saga. *Common Market Law Review*, 48, pp.603-23.

Beukhof 2018

Beukhof, M., 2018. Perikelen bij einde dienstverband wegens leeftijd. *Tijdschrift voor Ontslagrecht*, 1, pp.16-23.

Biondi, Eeckhout & Ripley 2012

Biondi, A., Eeckhout, P. and Ripley, S., eds., 2012. *EU Law after Lisbon*. Oxford: Oxford University Press.

Blanpain 2004

Blanpain, R., 2004. *Europees Arbeidsrecht*. Algemene Reeks/Interuniversitair centrum voor Arbeidsrecht, 16. 8ste ed. Brugge: die Keure.

Broeke 2017

Broeke, M. ten, 2017. Discriminatoir ontslag in de diverse samenleving. *Tijdschrift voor Ontslagrecht*, 4, pp.198-203.

Broersma 2015

Broersma, W.C.M., 2015. Is het opnemen van een pensioenontslagbeding nog raadzaam onder de WWZ? *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 8, 367.

Bruyninckx & Kehrer-Bot 2006

Bruyninckx, E. & Kehrer-Bot, C., 2006. Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij toepassing sociaal plan. *ArbeidsRecht*, 8/9, 42.

Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten 2011

Handboek over het Europese non-discriminatierecht. Luxemburg: Bureau voor Publicaties van de Europese Unie.

Burri 2010

Burri, S.D., 2010. *Tijd Delen: Deeltijd, gelijkheid en gender in Europees- en nationaalrechtelijk perspectief*. Europese Monografieën, 66. Deventer: Kluwer.

Burri 2011

Burri, S.D., 2011. Kroniek gelijke behandeling in het Unierecht. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 4, pp.138-48.

Burri 2012

Burri, S.D., 2012. Bewijsperikelen bij vermeende discriminatie. *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 8, pp.360-65.

Burri 2014

Burri, S.D., 2014. Discriminatie bij de arbeid bestrijden: ja! Maar hoe? *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 12, p.98.

Chalmers & Monti 2008

Chalmers, D. & Monti, G., 2008. *European Union Law, Text and Materials, updating supplement*. Reprinted ed. 2009. Cambridge: Cambridge University Press.

Chalmers, Hadjiemmanuil, Monti & Tomkins 2009

Chalmers, D., Hadjiemmanuil, C., Monti, G. and Tomkins, A., 2009. *European Union Law, Text and Materials*. 5th ed. Cambridge: Cambridge University Press.

Connolly 2009

Connolly, M., 2009. Forced Retirement, Age Discrimination and the Heyday Case. *Industrial Law Review*, 38(2), pp.233-41.

Costello & Davies 2006

Costello, C. and Davies, G., 2006. The Case Law of the Court of Justice in the Field of Sex Equality since 2000. *Common Market Law Review*, 43, pp.1567-616.

Craig & de Búrca 2011

Craig, P. and de Búrca, G., 2011. *EU Law, Text, Cases and Materials*. 5th ed. Oxford: Oxford University Press.

Cremona 2005

Cremona, M., 2005. EU Enlargement: Solidarity and Conditionality. *European Law Review*, 30(1), pp.3-22.

Croon 2013

Croon, J., 2013. Comparative Institutional Analysis, the European Court of Justice and the General Principle of Non-Discrimination – or – Alternative Tales on Equality Reasoning. *European Law Journal*, 19(2), pp.153-73.

Davies 2011

Davies, G., 2011. Discrimination and beyond in European Economic and Social Law. *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law*, 18(1), pp.7-28.

Degelink 2015

Degelink, B., 2015. Het pensioenontslagbeding onder de Wwz: nuttig of inflexibel? *Arbeids-Recht* 11, 47.

Dewhurst 2013a

Dewhurst, E., 2013. Intergenerational Balance, Mandatory Retirement and Age Discrimination in Europe: How Can the ECJ Better Support National Courts in Finding a Balance between the Generations. *Common Market Law Review*, 50(5), pp.1333-62.

Dewhurst 2013b

Dewhurst, E., 2013. The development of EU case-law on age discrimination in employment: 'Will you still need me? Will you still feed me? When I'm sixty-four'. *European Law Journal*, 19(4), pp.517-44.

Dewhurst 2015

Dewhurst, E., 2015. Are Older Workers Past Their Sell-by-Date – A View from UK Age Discrimination Law. *The Modern Law Review*, 78(2), pp.189-215.

Dewhurst 2016

Dewhurst, E., 2016. Proportionality Assessment of Mandatory Retirement Measures: Uncovering Guidance for National Courts in Age Discrimination Cases. *Industrial Law Journal*, 45(1), pp.60-88.

Donner Broersma & Vermeeren-Keijzers 2017

Donner Broersma, C. en Vermeeren-Keijzers, I., 2017. Ontslag oudere werknemers anno 2017 nader bezien. *Tijdschrift voor Ontslagrecht*, 3, pp.127-36.

Dougan & Spaventa 2005

Dougan, M. and Spaventa, E., 2005. 'Wish you weren't here...': new models of social solidarity in the European Union. In: M. Dougan and E. Spaventa, eds. *Social welfare and EU law*. Oxford: Hart Publishing. pp.181-218.

Duk 2017

Duk, R., 2017. Een Europees evenwicht herijkt? *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 6/7, 58.

Elhauge & Geradin 2007

Elhauge, E. and Geradin, D., 2007. *Global Competition Law and Economics*. Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing.

Ellis & Watson 2012

Ellis, E. and Watson, P., 2012. *EU Anti-Discrimination Law*. 2nd ed. Oxford EU Law Library Oxford. Oxford: Oxford University Press.

EU Agency for Fundamental Rights 2012

EU Agency for Fundamental Rights, 2012. *Handbook on European non-discrimination law: Case-law update* (July 2010-December 2011).

Foster 2010

Foster, N., 2010. *Blackstone's EU Treaties & Legislation 2010-2011*. 21st ed. Oxford: Oxford University Press.

Franssen & van Lent 2008

Franssen, E.J.A. en Lent, C. van, 2008. De Viking zaak en de Laval zaak. *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 2, 61.

Fredman, 2001

Fredman, S., 2001. Equality: A New Generation? *Industrial Law Journal*, 30(2), pp.145-68.

Fredman 2011

Fredman, S., 2011. *Discrimination Law*. 2nd ed. Clarendon Law series. Oxford: Oxford University Press.

Fredman 2016

Fredman, S., 2016. The Reason Why: Unravelling Indirect Discrimination. *Industrial Law Journal*, 45, pp.231-43.

Gemerden 2004

Gemerden, Y. van, 2004. Age ain't nothing but a number? *ArbeidsRecht*, 6/7, 32.

Gerards 2004

Gerards, J., 2004. Gelijke behandeling en het EVRM, artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar 'norm met tanden'. *NTM/NJCM Bulletin*, 29(2), p.176 e.v.

Gerards 2006

Gerards, J.H., 2006. Implementation of the Article 13 Directives in Dutch Equal Treatment Legislation. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 13(3), pp.291-309.

Giubboni 2007

Giubboni, S., 2007. Free movement of Persons and European Solidarity. *European Law Journal*, 13(3), pp.360-79.

Goldschmidt 2006

Goldschmidt, I., 2006. Implementation of Equality Law: A Task for Specialists or for Human Rights Experts? Experiences and Developments in the Supervision of Equality Law in the Netherlands. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 13(3), pp.323-37.

Grapperhaus 2001

Grapperhaus, F.B.J., 2001. Doorstroming in de onderneming en leeftijdsdiscriminatie. *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht*, 441.

Grapperhaus 2002

Grapperhaus, F.B.J., 2002. Het verbod op onderscheid op grond van leeftijd in arbeid en beroep – Een stand van zaken. *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht*, pp.356-63.

Grapperhaus & Bouwmeester 2009

Grapperhaus, F.B.J. and Bouwmeester, N., 2009. De gevarendriehoek van de wettelijke pensioenleeftijd. *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 8/9, pp.5-12.

Gruber, Milligan & Wise 2010

Gruber, J., Milligan, K. and Wise, D.A., eds., 2010. *National Bureau of Economic Research, Social Security Programs and Retirement around the World: the Relationship to Youth Employment*. NBER book series. Chicago Ill.: University of Chicago Press.

Guild & Harlow 2001

Guild, E. and Harlow, C., eds., 2001. *Implementing Amsterdam – Immigration and Asylum Rights in EC Law*. Oxford, Portland: Hart Publishing.

Gundt 2017

Gundt, N., 2017. Leeftijdsgrens bij sollicitatieprocedure als directe discriminatie op basis van leeftijd of uitdrukking van een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste... *Tijdschrift Recht & Arbeid* 2(22), pp.31-3.

Gyulavári & Hos 2013

Gyulavári, T. and Hos, N., 2013. Retirement of Hungarian Judges, Age Discrimination and Judicial Independence: A Tale of two Courts. *Industrial Law Journal*, 42(3), pp.289-97.

Haar ter & Copeland 2010

Haar, B.P. ter and Copeland, P., 2010. What are the Future Prospects for the European Social Model? An Analysis of EU Equal Opportunities and Employment Policy. *European Law Journal*, 16(3), pp.273-91.

Haket 2016

Haket, S.W., 2016. Dansk Industri: Nadere afbakening grenzen aan richtlijnconforme interpretatie en horizontale werking algemeen Unierechtelijk beginsel? *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 7, pp.237-42.

Harcourt, Wilkinson & Wood 2010

Harcourt, M., Wilkinson, A. and Wood, G., 2010. The Effects of Anti-age Legislation, A Comparative Analysis. *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 26(4), pp.447-65.

Hatzopoulos 2005

Hatzopoulos, V., 2005. A (More) Social Europe: a political crossroad or a legal one way? A dialogue between Luxemburg and Lisbon. *Common Market Law Review*, 42, pp.1599-635.

Heemskerk 2006a

Heemskerk, M., 2006. De gevolgen van verboden pensioenontslag. *Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht* 12, 74.

Heemskerk 2006b

Heemskerk, M., 2006. Leeftijdscriminatie bedreigt arbeidsvoorwaarden. Hoe demonteer ik de tijdbom van leeftijdscriminatie? *Nederlands Juristenblad*, 8, pp.412-19.

Heemskerk 2009a

Heemskerk, M., 2009. *De arbeidsdeelname van oudere werknemers* (Acad. proefschrift). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Heemskerk 2009b

Heemskerk, M., 2009. Kans klein dat pensioenontslag bij 65 jaar leeftijdscriminatie is. *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 5, pp.188-89, met naschrift P.C. Vas Nunes, pp.190-91.

Heemskerk 2011

Heemskerk, M., 2011. Leidt de hogere AOW-leeftijd tot leeftijdscriminatie? *Pensioen & Praktijk*, 12, pp.15-9.

Heemskerk 2012a

Heemskerk, M., 2012. Zet het Lufthansa-arrest een streep door pensioenontslag onder 65 jaar? *ArbeidsRecht*, 6/7, 28.

Heemskerk 2012b

Heemskerk, M., 2012. Annotatie Hof van Justitie EU 13 september 2011, C-447/09, Prigge. *EHRC*, 1.

Heemskerk 2016

Heemskerk, M., 2016. Pensioenontslagbeding of pensioenopzegging? *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 7, pp.321-22.

Heemskerk 2017

Heemskerk, M., 2017. Kroniek Pensioenrecht. *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 8/9, 51.

Heemskerk 2018

Heemskerk, M., 2018. Annotatie Hof van Justitie EU 28 februari 2018, C-46/17, John. *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 91.

Heijden van der 2017

Heijden, P.F. van der, 2017. De ILO: struikelend op weg naar de 100. *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 4(36), pp.3-9.

Hervey 2000

Hervey, T., 2000. Social Solidarity – a Buttress against Internal Market Law. In: J. Shaw, eds. *Social Law and Policy in an Evolving European Union*. Oxford: Hart Publishing, pp.31-7.

Hiemstra 2013

Hiemstra, L., 2013. Van oude piloten, de dingen die voorbij gaan... De rechtsontwikkeling van het verbod op leeftijdscriminatie in de Europese en Nederlandse rechtspraak. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 1/2, pp.52-7.

Houweling 2010

Houweling, A.R., 2010. Wet tijdelijke verruiming ketenregeling tot 27 jaar: haastige spoed is zelden goed. *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 6, pp.228-33.

Howard 2006

Howard, E., 2006. The Case for a Considered Hierarchy of Discrimination Grounds in EU Law. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 13(4), pp.445-70.

Howard 2011

Howard, E., 2011. EU Equality Law: Three Recent Developments. *European Law Journal*, 17(6), pp.785-803.

Jacobs 2005

Jacobs, A.T.J.M., 2005. Kanttekeningen bij de toelaatbaarheid van verplichte vervroegde pensionering. *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 1, pp.33-47.

Jansen 2017

Jansen, N., 2017. De gelijkwaardige voorziening: geen gezeik iedereen rijk? *Tijdschrift voor Ontslagrecht*, 1(3), pp.148-54.

Janssens 2017

Janssens, K., 2017. De verschuldigdheid van de transitievergoeding bij diverse beëindigingsmodaliteiten. *Tijdschrift voor Ontslagrecht* 1(3), pp.137-47.

Jaspers 2013

Jaspers, T., 2013. Verplichte vervroegde pensionering van piloten: leeftijdsdiscriminatie? *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 12, 3.

Johnson 2003

Johnson, J., 2003. Age Discrimination and The European Union Treaty: Harvest Town Circle Limited v. Rutherford. *Business Law Review*, August/September, pp.197-200.

Keldusild 2009

Keldusild, L., 2009. Retirement under the Age Equality Legislation: The Heyday Challenge. *Business Law Review*, January, pp.2-4.

Koster 2013

Koster, M., 2013. Annotatie bij HvJ EU 6 december 2012, C-152/11, Odar. *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 19.

Krommendijk & Loth 2018

Krommendijk, J. and Loth, M., 2018. *Rechters in gesprek, verhalende annotaties*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Kuiper & Heemskerk 2007

Kuiper, S. en Heemskerk, M., 2007. Tijdsonevenredige kosten bij premieovereenkomsten verboden? *Pensioen & Praktijk*, 7/8, pp.6-8.

Laborde 2013

Laborde, J.P., 2013. 'Young versus Old' or Intergenerational Solidarity. *European Labour Law Journal*, 4(2), pp.101-18.

Leeuwen 2010

Leeuwen, A.W. van, 2010. Gelijke behandeling of verbod op discriminatie. *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 2, pp.28-31.

Lutjens & Heemskerk 2010

Lutjens, E. en Heemskerk, M., 2010. Is pensioenontslag bij 65 nog steeds geldig? *Arbeids-Recht*, 2, 8.

Macnicol 2006

Macnicol, J., 2006. *Age Discrimination: An Historical and Contemporary Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press.

Manfredi & Vickers 2009

Manfredi, S. and Vickers, L., 2009. Retirement and Age Discrimination. *Industrial Law Journal*, 38(4), pp.343-64.

Meenan 2001

Meenan, H., 2001. *Age Discrimination in Europe: a late bloomer or wall flower*. International Federation on Ageing Conference Copenhagen 2001, p.10.

Meenan 2003

Meenan, H., 2003. Age Equality after the Employment Directive. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 10(1), pp.9-38.

Mok 2010

Mok, M.R., 2010. Annotatie bij HvJ EU 12 januari 2010, C-341/08, Petersen. *Nederlandse Jurisprudentie*, 255.

Mok 2011

Mok, M.R., 2011. Annotatie bij HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09 Rosenbladt. *Nederlandse Jurisprudentie*, 2.

Mok 2012

Mok, M.R., 2012. Gelijke en ongelijke behandeling van personen van verschillende leeftijd in het recht van de EU, Sociaal Economische Wetgeving. *Tijdschrift voor Europees en Economisch recht*, 9, pp.336-44.

Mol 2010a

Mol, M. de, 2010. Küçükdeveci: Mangold revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law. *European Constitutional Law Review*, 6(2), pp.293-308.

Mol 2010b

Mol, M. de, 2010. Annotatie bij HvJ EU 19 januari 2010, C 555/07, Küçükdeveci. *EHRC*, 42.

Mol 2016

Mol, M. de, 2016. De horizontale directe werking van de grondrechten van de Europese Unie, Sociaal-Economische Wetgeving. *Tijdschrift voor Europees en Economisch recht*, 11, pp.458-71.

Möschel 2017

Möschel, M., 2017. If and when age and sexual orientation discrimination intersect: Parris. *Common Market Law Review*, 54, pp.1835-52.

Muir 2011

Muir, E., 2011. Of ages in – and edges of – EU law. *Common Market Law Review*, 48(1), pp.39-62.

Neal 2003

Neal, A.C., ed., 2003. *The changing face of European Labour Law and Social Policy, Studies in Employment and Social Policy*. Studies in Employment and Social Policy Set, 28. Deventer: Kluwer Law International.

Newdick 2006

Newdick, C., 2006. Citizenship, Free movement and Healthcare: cementing individual rights by corroding social solidarity. *Common Market Law Review*, 43, pp.1645-68.

O'Conneide 2010

O'Conneide, C., 2010. *Age Discrimination and the European Court of Justice: EU Equality Law Comes of Age*. University College London, Reader in Law.

Oosterom-Staples 2014

Oosterom Staples, H., 2014. Op het raakvlak van sociale zekerheid en migratierecht. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 20, pp.53-60.

Ottman 2008

Ottman, J., 2008. The concept of solidarity in National and European Law: The Welfare State and the European Social Model. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 1, 38.

Peers 2010

Peers, S., 2010. Supremacy, Equality and Human rights: comment on Küçükdeveci. *European Law Review*, 35(6), pp.849-56.

Pennings 2017a

Pennings, F.J.L., 2017. Een sociale pijler ook voor Nederland? *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 11, p.85.

Pennings 2017b

Pennings, F.J.L., 2017. Een Europese pijler van sociale rechten. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 9/10, pp.233-40.

Peters 2011

Peters, S.S.M., 2011. Annotatie bij HvJ EU 18 november 2010, C-250/09 en C-268/09, Georgiev. *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 25.

Rayer 2011

Rayer, C.W.G., 2011. Annotatie bij HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08, Andersen. *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 2, 19.

Rayer 2013

Rayer, C.W.G., 2013. Politiek ingegeven leeftijdsontslag Hongaarse rechters bestreden met verbod op leeftijdsdiscriminatie. *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 2, 20.

Rehbock & Dijk 2005

Rehbock, A.E.L. en Dijk, A.J. van, 2005. Overzicht gelijke behandelingswetgeving. *Arbeids-Recht*, 5, 29.

Rodgers 2011

Rodgers, L., 2011. Labour Law and the 'Public Interest': Discrimination and Beyond. *European Labour Law Journal*, 2(4), pp.302-22.

Rönmar 2014

Rönmar, M., 2014, Labour and equality Law. In: C. Barnard and S. Peers, eds., *European Union Law*. Oxford: Oxford University Press. pp.591-620.

Ross & Borgmann-Prebil 2010

Ross, M. and Borgmann-Prebil, Y., eds., 2010. *Promoting solidarity in the European Union*. Oxford: Oxford University Press.

Ruizeveld 2018

Ruizeveld, M.D., 2018. Geen transitievergoeding voor AOW-er is geen discriminatie. *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 7/8, 60.

Salazar-Xirinachs 2012

Salazar-Xirinachs, J.M., 2012. *Promoting longer life and ensuring work ability*. Ministerial Conference on Ageing, Vienna, pp.9-10.

Sargeant 2005

Sargeant, M., 2005. For Diversity, Against Discrimination: the Contradictory Approach to Age Discrimination in Employment. *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 21(4), pp.629-44.

Sargeant 2006

Sargeant, M., 2006. The Employment Equality (Age) Regulations 2006: A Legitimation of Age Discrimination in Employment. *Industrial Law Journal*, 35(3), pp.209-27.

Sargeant 2012

Sargeant, M., 2012. Justifying Age Discrimination. *Business Law Review*, 8/9, pp.204-5.

Schiek 2011

Schiek, D., 2011. Age discrimination before the ECJ – Conceptual and Theoretical Issues. *Common Market Law Review*, 48(3), pp.777-99.

Schiek 2012

Schiek, D., 2012. Enforcing EU Non-Discrimination Law: Mutual Learning between British and Italian Labour Law? *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 28(4), pp.489-512.

Schiek, Waddington & Bell 2008

Schiek, D., Waddington, L. and Bell, M., 2008. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law. *European Law Review*, 33(4), pp.610-13.

Sciarra 2010

Sciarra, S., 2010. Notions of Solidarity in Times of Economic Uncertainty. *Industrial Law Journal*, 39(3), 225.

Schlachter 2011

Schlachter, M., 2011. Mandatory Retirement and Age Discrimination under EU Law. *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 27(3), pp.287-300.

Senden 2010

Senden, L., 2010. Case C-227/04, Maria-Luise Lindorfer v. Council of the European Union, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 11 September 2007 [2007] ECR I-6767. *Common Market Law Review*, 47(2), pp.521-36.

Shaw 2003

Shaw, J.A., 2003. A Strong Europe is a Social Europe. The Federational Trust for Education and Research. Online paper 5.

Shaw & Shaw 2010

Shaw J.A. and Shaw H.J., 2010, Recent advancements in European Employment Law: Towards a Transformative Legal Formula for Preventing Workplace Ageism. *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 26(3), pp.273-94.

Stamhuis 2017

Stamhuis, J.N., 2017. Aankondiging prejudiciële vragen over leeftijdsdiscriminatie i.v.m. uitsluiting van AOW-gerechtigden van recht op transitievergoeding. *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 4, 40.

Stein 1995

Stein, P.A., 1995. Annotatie bij HR 13 januari 1995, Cottfried. *Nederlandse Jurisprudentie*, 430.

Stjernø 2005

Stjernø, S., 2005. *Solidarity in Europe: the history of an idea*. Cambridge: Cambridge University Press.

Swift 2006

Swift, J., 2006. Justifying Age Discrimination. *Industrial Law Journal*, 35(6), pp.228-44.

Swinnen 2010

Swinnen, W., 2010. The Economic Perspective in the Reasoning of the ECJ in Age Discrimination Cases. *European Labour Law Journal*, 1(2), pp.254-63.

Szyszczak 2001

Szyszczak, E., 2001. The New Paradigm for Social Policy: A Virtuous Circle. *Common Market Law Review*, 38, pp.1125-70.

Tobler 2005

Tobler, C., 2005. *Indirect Discrimination, A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*. E.M. Meijers Instituut. Antwerp-Oxford: Intersentia.

Tobler 2007

Tobler, C., 2007. Correspondence from C. Tobler, Putting Mangold in perspective: in response to Editorial comments, Horizontal direct effect – A law of diminishing coherence? *Common Market Law Review*, 44, pp.1177-83.

Treu 2001

Treu, T., 2001. A New Phase of European Social Policy: the EMU and beyond. *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 17(4), pp.461-72.

Vas Nunes 2009

Vas Nunes, P.C., 2009. Is de WGBL richtlijnconform? Kanttekeningen bij Rechtbank 's-Gravenhage 14 april 2008. *Tijdschrift voor de Arbeidsrechtpraktijk*, 2, pp.66-9.

Vas Nunes 2010

Vas Nunes, P.C., 2010. Küçükdeveci: een wake-up call. *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 4, pp.147-51.

Vas Nunes 2016

Vas Nunes, P.C., 2016. Doelgericht denken in gelijke behandelingszaken. *ArbeidsRecht*, 1, 1.

Vegter 2013

Vegter, M.S.A., 2013. Annotatie bij HvJ EU 26 september 2013, C-546/11, Toftgaard. *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 266.

Vegter 2016

Vegter, M.S.A., 2016. Annotatie bij HR 18 december 2015. *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 41.

Vegter 2017a

Vegter, M.S.A., 2017. Leeftijdscriminatie. Onderscheid in overgangsregeling van VUT naar pensioen. *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 1, 6.

Vegter 2017b

Vegter, M.S.A., 2017. Annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2017. *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 72.

Vegter 2018

Vegter, M.S.A., 2018. Transitievergoeding en AOW – prejudiciële vragen. *ArbeidsRecht*, 1, 3.

Velde 2008

Velde, A.C. van de, 2008. De Kantonrechttersformule bij 65-plussers. *ArbeidsRecht*, 4, 23.

Veldman 2008

Veldman, A.G., 2008. Gedwongen pensioenontslag geoorloofd nationaal instrument van werkgelegenheidsbeleid. *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 1, pp.77-98.

Veldman 2009

Veldman, A.G., 2009. Zijn pensioenontslag en leeftijdsgebonden bedrijfsregelingen 'Europe-Proof'. *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 11, 86.

Veldman 2010

Veldman, A.G., 2010. Annotatie bij HvJ EU 12 oktober 2010, C-341/08, Petersen. *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 3, 32.

Veldman 2011a

Veldman, A.G., 2011. Bedrijfspensioenen, geregistreerd partnerschap en het Uniebeginsel van gelijke behandeling. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 8, pp.278-83.

Veldman 2011b

Veldman, A.G., 2011. Automatisch pensioenontslag van verkeerspiloten op zestig jaar niet toegestaan (Prigge). *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 12, 106.

Veldman 2012a

Veldman, A.G., 2012. Het kip-ei-probleem van het leveren van een prima facie bewijs van discriminatie bij sollicitatie. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 10, pp.350-54.

Veldman 2012b

Veldman, A.G., 2012. Contouren van het Europese leeftijdsdiscriminatierecht. *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 1, 4.

Veldman 2014

Veldman, A.G., 2014. Leeftijdscriminatie, ontslagvergoedingen en pensioenplafonds. *Arbeidsrechtelijke Reflecties van de Vereniging voor Arbeidsrecht*, 42, pp.279-96.

Veldman 2018

Veldman, A.G., 2018. Ontzegging van een transitievergoeding aan pensioengerechtigden vormt geen leeftijdsdiscriminatie: een uitgemaakte zaak na Hoge Raad-beschikking van 20 april 2018? *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 9/10, 67.

Verslag van de Vijfde Jan Brouwer Conferentie 2009. *Solidariteit tussen de generaties onder spanning*. Haarlem: Koninklijke Hollandsche Maatschappij der Wetenschappen.

Voogsgeerd 2013

Voogsgeerd, H.H., 2013. Annotatie bij HvJ EU 6 december 2012, C-152/11. *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 3, 30.

Voogsgeerd 2014

Voogsgeerd, H.H., 2014. Kroniek Europees Arbeidsrecht 1 april 2013-1 juli 2014. *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 10, 77.

Voogsgeerd 2017

Voogsgeerd, H.H., 2017. Kroniek Europees Arbeidsrecht 1 september 2015-31 december 2016. *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 3, 28.

Vos 2009

Vos, M. de, ed., 2009. *European Union Internal Market and Labour Law: Friends or Foes?* Social Europe Series, 19. Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia 2009.

Vos 2017

Vos, E.L.H. van der, 2017. Uitsluiten transitievergoeding bij AOW-leeftijd: Europeesrechtelijk geen probleem. *Tijdschrift Recht & Arbeid*, 6/7, 60.

Waddington 2006

Waddington, L., 2006. Recent Developments and The Non-Discrimination Directives: Mangold and More. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 13(3), pp.365-73.

Waddington 2008

Waddington, L., 2008. Case C-411/05, Felix Palacios de la Villa v. Cortfiel Servicios SA, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 16 October 2007. *Common Market Law Review*, 45, pp.895-906.

Waddington 2011

Waddington, L., 2011. Future prospects for EU equality law: lessons to be learnt from the proposed Equal Treatment Directive. *European Law Review*, 36(2), pp.163-84.

Waddington & Bell 2001a

Waddington, L. and Bell, M., 2001. More Equal than others: Distinguishing European Union Equality Directives. *Common Market Law Review*, 38, pp.587-611.

Waddington & Bell 2011b

Waddington, L. and Bell, M., 2011. Exploring the Boundaries of Positive action under EU Law: A search for conceptual clarity. *Common Market Law Review*, 48, pp.1503-26.

Waddington & Hendriks 2002

Waddington, L. and Hendriks, A., 2002. The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination. *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relation*, 18(4), pp.403-27.

Waele 2013

Waele, H.C.F.J.A. de, 2013. De Commissie-Hongarijeconfrontatie, van vervroegd pensioen, leeftijdsdiscriminatie en rechterlijke onafhankelijkheid. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 6, pp.219-23.

Waele 2014

Waele, H.C.F.J.A. de, 2014. Horizontale werking van het EU-Grondrechtenhandvest: de kogel lijkt door de kerk. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 5, pp.158-64.

Waele & Kieft 2010

Waele, H.C.F.J.A. de and Kieft, I., 2010. De doorwerking van richtlijnen en algemene beginselen van EU-recht – De stand van zaken na het arrest Küçükdeveci. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 5, pp.170-78.

Wiesbrock 2013

Wiesbrock, A., 2013. Mandatory Retirement in the EU and the US: The Scope of Protection against Age Discrimination in Employment. *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relation*, 23(3), pp.305-24.

Whittle & Bell 2002

Whittle, R. and Bell, M., 2002. Between Social Policy and Union Citizenship: the Framework Directive on Equal Treatment in Employment. *European Law Review*, 27(6), pp.677-91.

Witte-Van den Haak 2010

Witte-Van den Haak, M.B. de, 2010. Annotatie bij HvJ EU 12 januari 2010, C-229/08, Wolf. *EHRC*, 40.

Wolff 2015

Wolff, D.J.B. de, 2015. Werken na de AOW-leeftijd. *ArbeidsRecht*, 1, 46.

Xuereb 2002

Xuereb, P.G., 2002. The Future of Europe: solidarity and constitutionalism: towards a solidarity model. *European Law Review*, 27(6), pp.643-62.

Zwanenburg 2015

Zwanenburg, A., 2015. Remedies voor de gediscrimineerde sollicitant. Perfect fit for the job of 'heb nog even gekeken, is niks'? *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 7, pp.12-22.

TREFWOORDENREGISTER

A

aanbevelingen 62
actief
– ouder worden 15, 18, 21, 27, 56, 59, 67, 69-71, 80, 99, 154, 185
– ouderenbeleid 86
afspiegeling 108, 128
algemeen
– kader 17, 28
– rechtsbeginsel 17
algemeen beginsel 27
– gemeenschapsrecht 31, 125
– Unierecht 30, 32, 57
Algemene Wet Gelijke Behandeling 160
anciënniteit 147, 162
AOW
– -gerechtigde 175
– -leeftijd 153, 154, 157
– -uitkering 178
arbeid(s)
– deelname 157
– en beroep 28, 30
– gelijkwaardige 23
– geschiktheid 112
– ongeschiktheid 113
– recht op 120, 121
arbeidsmarkt 15, 18, 40, 61, 83, 85, 90, 97, 100, 103, 105, 130, 133, 134, 143, 151
– algemene situatie 171, 183
– belang 97, 150
– beleid 95, 115, 189
– krapte 87, 94
– omstandigheden 19, 113, 120, 132, 151, 168, 170, 188
– positie oudere werknemers 86, 125
– situatie 163
– toegang tot 63, 126
arbeidsovereenkomst 28, 32, 41, 114, 130
– bepaalde tijd 125
– collectieve 28, 41, 114
arbeidsparticipatie 64, 89, 156

– actieve 56, 80, 87, 94, 140, 156, 185
– bevorderen 15, 40, 57, 60, 87
– ouderen 29, 66, 80, 86, 120, 140, 150, 155, 161, 170, 175
– verhoging 156
arbeidsproces 29, 144
arbeidsvoorwaarde 167

B

bedrijfsbelang 84, 97, 169
bedrijfsbeleid
– individueel 97
bedrijfspensioenregeling 175
beginsel 33
– bescherming van gewettigd vertrouwen 33
– evenredigheids 124
– non-discriminatie 17, 21, 26, 32, 73, 80, 185
– rechtszekerheid(s) 33
– rechtvaardigheids 26, 71
– solidariteit(s) 26
– subsidiariteit 28
– transparantie 50
belang
– algemeen 98, 121, 178
– algemeen arbeidsmarkt 19, 97, 150
– bedrijf(s) 169
– individueel 19
– nationaal 99
– publiek 98
– sociaal-economisch 19
– werkgever 98, 99, 128, 169
– werknemer 121, 127, 128
belangenafweging 125
beleid
– individueel bedrijf(s) 97
– nationaal werkgelegenheid(s) 90, 97
– sociaal 95, 98, 106, 107, 116, 126
– vrijheid 84

- werkgelegenheid(s) 85-87, 91, 94, 103, 120, 126
- beloning 23, 25, 37
- beoordeling(s)
 - marge 99, 106, 115
 - materiële 131
 - proces 34, 58, 119
 - vrijheid 107
- bepaling
 - cao 35
 - nationale 41
 - neutrale 38
 - wettelijke 35, 41, 105
- beroep(s)
 - bevolking 15, 64, 67, 128, 156, 185
 - bijzonder 135
 - generiek 135
 - groep 84, 96, 121, 132, 139, 151, 171, 188
 - kenmerken 134
 - loopbaan 125, 129
 - opleiding 18, 83, 85, 97
- beroepsactiviteit
 - specifieke 43
- beroepsvereiste 42, 43
 - wezenlijke en bepalende 42, 44, 45, 162
- bevoegdheid 99
- bewijs 39, 45, 108, 122
 - elementen 123
 - empirisch 122
 - opdracht 168
 - recht 49, 50
 - statistisch 39
 - waarde 123
- bewijslast 17, 40, 50, 56, 58, 168
 - bepaling 162
 - verdeling 49, 53
- bezuinigingen 97
- buiten
 - toepassing 31, 32, 48, 58
 - werking 48

C

- cao 91, 93, 103
 - bepaling 104
 - norm 164
- capaciteit
 - bijzondere 43
 - fysieke 43, 44
 - leeftijdsgebonden 43
- coherentie 116
- collectief
 - actierecht 78
 - recht 73
- collectieve onderhandeling 149

- Commissie Arbeidsparticipatie 156
- Commissie Gelijke Behandeling 168
- compensatie 178
- complementair 29, 119, 151
- concurrentie
 - positie 99
 - vermogen 98
- conjuncturele schommelingen 167
- consensus 108, 114, 128
- consistent 19
- context 73, 103, 104, 106, 107, 109, 111, 112, 114-116
- controerse 134
- criterium 125

D

- dienstverband
 - beëindiging 92
 - deeltijd/parttime 39
 - volledig/fulltime 39
- discretie 150
- discretionaire bevoegdheid 187
- discriminatie 34, 72, 88
 - directe 38
 - indirecte 38
 - op het terrein van arbeid en beroep 24
 - verbod (van) 24, 32
 - vermoeden (van) 52, 53, 55
- discriminatiegrond 24, 25
 - andere status 24, 25
 - arbeidsduur 159
 - chronische ziekte 159
 - eigendom 25
 - etnische achtergrond 27, 54
 - geboorte 24, 25, 27
 - genetische kenmerken 27
 - geslacht 24, 25, 27, 30, 39, 54, 159
 - godsdienst 24, 25, 27, 28, 37, 38
 - handicap 27, 28, 30, 35, 37, 38, 159
 - huidskleur 24, 25, 27
 - leeftijd 27, 28, 35, 37, 38, 54, 159
 - nationale of maatschappelijke afkomst 24, 25
 - (nationale) minderheid 24, 27
 - nationaliteit 35
 - politieke of andere denkbeelden 27
 - politieke overtuiging 24, 25
 - ras 24, 25, 27, 30
 - religie 27
 - seksuele gearedheid 28, 30, 37, 38
 - seksuele gerichtheid 27, 56
 - sociale achtergrond 27
 - taal 24, 25, 27
 - vermogen 27

doelstelling

- compensatie 175, 179
 - economische 23
 - legitieme 18, 40, 83, 85, 91
 - organisatorische 111
 - sociale 23, 80, 98, 106
 - werkgelegenheid(s) 16, 21, 46, 58, 63, 93, 110, 150
- doorstroming 85, 86, 91, 97, 100, 113, 130, 135, 140, 151, 169, 172, 175

E

economische

- activiteit 76, 78
- crisis 61, 156
- situatie 91, 120, 157

efficiency 97

EU-recht

- miskennis 173

Europa 2020-strategie 65, 80

Europees Jaar 15, 56, 59, 69

Europees recht

- interpretatie 34, 46, 47, 57, 122, 176, 186
- uitleg 46, 57, 122, 176, 186
- uniformiteit 19, 46, 121, 153, 189

Europees Sociaal Model 22, 26, 63

Europese

- Commissie 61, 65, 67, 110
- Economische Gemeenschap 23
- jurisprudentie 28
- mededinging 77
- mededingingsrecht 76
- Raad 25
- rechtspraak 60, 99
- richtlijn 57
- Sociale Agenda 16, 21, 46, 56, 59, 60, 63, 69, 75, 185
- Unie 48
- verdragen 22
- werkgelegenheidsdoelstelling 16, 21, 46, 58, 63, 93, 110, 150
- werkgelegenheidsrichtsnoeren 56, 62, 92

Europese pijler van sociale rechten 66

Europese Sociale Agenda 46

evenredigheidsbeginsel 124

evenwicht 126, 128

- financieel 42, 109

- generaties 95, 100, 112, 115

- werkgevers/werknemersbelangen 100

evenwichtige leeftijdsstructuur 96

F

financieel-economische crisis 85

flexibiliteit 128

fundamentele

- vrijheden 24, 126
- waarde van de Unie 72

G

gelijke

- beloning 23, 25
 - kansen 25, 30, 63, 80
- gelijke behandeling 25, 120, 124, 185

- bij arbeid en beroep 46

- op grond van leeftijd 22

- promotie 29

gelijke behandelingsrecht 16, 83, 155, 185, 189

gelijkheid 73

- vrouwen en mannen 26, 71, 72

gelijkwaardig werk 38

Gemeenschapsrecht 106

grondrecht 24, 26, 28, 78, 131, 140, 150, 185

H

Haviltex-criterium 164

herintreding 144

herplaatsingsproces 143

Hof van Justitie EU 19, 22, 57, 83, 85, 122

- jurisprudentie 28, 56

- prejudiciële procedure 47

- prejudiciële vragen 47, 48, 101, 173, 174, 190

- rol 46, 59, 150

- taak 46

- uitleg 46

- uitspraken 153

Hoge Raad 167, 175

hoogleraar 115

I

implementatie-instrument 106

indicatieve waarde 106

indiensttreding 43-45

instructie 88, 96

integratie

- economische 29

- sociale 29

International Labour Organisation 89

interne markt 76

J

jeugdwerkloosheid 89

jurisprudentie

- Europese 28

- leeftijdsdiscriminatie 83

- non-discriminatie 49

L

- leeftijd(s)
 - categorie 62
 - eis 43
 - grens 41-45, 93, 109, 133, 151, 180
 - groep 39, 61
 - limiet 41
 - maatregel 107
 - maximum 38, 44, 45, 95, 109, 111, 139, 151, 180
 - minimum 38
 - opbouw 128
 - pensioengerechtigde 36, 137, 138
 - structuur 108, 111, 139
- leeftijdscriminatie 16, 28, 34, 46, 48, 57, 92, 119, 140, 150, 185
 - bestrijding 19, 66
 - directe 38
 - inbreuk 103
 - rechtvaardiging 18, 58
- leeftijdsstructuur 111
- legitiem(e)
 - doel 35, 40, 90, 99, 103
 - doelstelling 18, 40, 85, 91
 - werkgelegenheidsbeleid 94
- legitimiteitsstoets 35
- legitimiteitsvraag 83, 112
- levensverwachting 61, 156
- lidstaten 27, 40, 71, 72, 79, 106
 - beleid 100
- limiet 94
- Lissabon-strategie 16, 64, 80
- lump of labour-theorie 89

M

- maatregel 106
 - geschikt 119
 - noodzakelijk 35, 40, 119, 139
 - passend 35, 40, 139
- Mededeling Europese Commissie 67
- Minister van Sociale Zaken 156
- misbruik 141

N

- nationaal beleid 97
- nationale
 - rechter 48, 53, 58, 89, 107, 116, 121, 123, 137, 153
 - wetgever 28
 - wetgeving 40, 84, 186
- non-discriminatiebeginsel 80, 185
 - tenuitvoerlegging 107
- notariaat 110, 137

O

- omstandigheden
 - op de arbeidsmarkt 19, 113, 120, 151, 168, 170, 188
- onderneming 76
- onderscheid 24
 - direct 160
 - indirect 38, 160
 - naar leeftijd 37
 - vermoeden van 39
- onderwijs 115
- onderzoek
 - empirisch 86, 100
- onredelijkheids criterium 127, 131
- ontslag 154
 - bedrijfseconomische omstandigheden 19
 - functioneel leeftijds 162
 - pensioen 19, 36, 84, 110, 154, 164, 165
 - vergoeding 33, 144-146, 149, 155, 175
 - verplicht pensioen 38, 85, 90, 96, 104, 114, 155
 - vervroegd pensioen 167
- ontwikkelingen
 - demografische 15, 60, 65, 80, 89, 94, 114, 130, 155, 163, 185
 - economische 103
 - sociale 103
- openbaar aanklager 96, 112, 131
- Openbaar Ministerie 137
- openbare
 - orde 41
 - veiligheid 41, 42, 172
- opzegtermijn, leeftijdsafhankelijke 32
- ouderdomspensioen
 - aanvullend 141
 - algemeen 147
 - inkomen 129, 148
 - uitkering 143, 178
 - wettelijk 129, 141, 152
- ouderenregeling 181
- overgangsmaatregel 139
- overheidssector 131

P

- participatiegraad 68
- particulier 31, 32
- pensioen
 - aanspraak 189
 - aanvullend 147
 - clause 137
 - inkomen 108, 120, 130, 137, 144, 147
 - nietigheid 137
 - ontslagbeding 164, 165
 - opbouw 142

- ouderdom(s) 141
- premie 91
- regeling 175, 182
- richtleeftijd 157, 164
- stelsel 111
- uitkering 142
- vroeg 68, 89
- wetgeving 138
- pensioengerechtigde leeftijd 137, 138
- pensioenleeftijd 66, 87, 90, 96, 110, 114, 137
 - fiscale 163
 - overeengekomen 165
 - reguliere 141, 144
 - verplichte 94, 98, 151
- pensioenstelsel
 - flexibel 87
- pensionering
 - flexibele 15, 70, 91, 168
 - gedwongen 91
 - verplichte 97, 167
- personeelsbeheer 96, 128
 - evenwichtig 92
 - flexibel 93
- personeelsopbouw 167
- piloot 168
- pluralisme 26, 71
- prepensioenregeling 182
- procedure
 - inbreuk 110
 - prejudiciële 47
 - selectie 52
 - sollicitatie 52
 - wervings 54
- procureur 112
- proportionaliteit(s) 121
 - toets 19, 35, 119, 137, 187

R

- Raad van Europa 15
- recht
 - Europees 28, 46, 57, 153
 - grond 24, 26, 78, 131, 140, 150, 185
 - op arbeid 19
 - op arbeid en beroep 27
 - op werk 144, 184
 - Unie 19, 32, 34, 46, 57, 121, 122, 153
 - universeel 24
- rechten
 - burgerlijke 24, 25
 - politieke 24, 25
 - sociaal-economische 25
- rechter
 - nationale 48, 53, 58, 89, 107, 116, 121, 123, 137, 153

- verwijzende 48, 55, 104
- rechterlijke macht 110, 137
- rechtszekerheidsbeginsel 33
- rechtvaardiging
 - objectieve 86, 125
- rechtvaardigingsgrond 80, 116, 146
 - lijst 40, 106
 - open systeem 40
 - specifieke 35
- redelijkheid en billijkheid 164
- Regeerakkoord 156
- regelgeving
 - internationale 41
- reorganisatie 140
- Richtlijn
 - 2000/43 40, 49
 - 2000/78 18, 28, 34, 48, 49, 57, 85
 - 2006/54 40, 49
 - anti-discriminatie 22
 - Bewijslast 49, 53
 - considerans 85
 - implementatie 97
 - Kader 54
 - non-discriminatie 48
 - omzetting 106
 - preambule 26, 29
 - Rassen 40, 54
 - reikwijdte 18, 34, 57
 - Sekse 54
 - werkingssfeer 34, 57
- richtlijnconform 58, 155, 176, 190
 - interpretatie 34, 48

S

- salarissysteem 167
- sector 121, 132, 135, 151, 188
- selectiecriteria 55
- senioriteit 167
- sociaal beleid 95, 98, 107, 126
- sociaal plan 148, 182
- Sociaal-Economische Raad (SER) 155
- sociale
 - bescherming 73, 79
 - partners 28, 84, 93
 - politiek 73, 94, 111
 - rechtvaardigheid 72
 - uitsluiting 72, 88
- Sociale Nota 2002 156
- solidariteit 26, 71, 73, 78
 - bevorderen 99, 154, 167, 185
 - sociale 74
 - tussen generaties 15, 18, 21, 27, 56, 59, 72, 79, 80, 90-92, 99, 154, 167, 185
 - tussen lidstaten 60, 71, 72, 79

solidariteitsbeginsel 72, 74, 76, 80, 88, 140
 – juridische definitie 73
 solidariteitsclausule 72
 sollicitatieprocedure 52
 staatsburgerschap 73
 statistieken 61
 statistisch bewijs 39
 subsidiariteitsbeginsel 28

T

tandarts 133
 tegenstrijdig 29
 toets
 – evenredigheids 42
 – legitimiteits 35, 41, 42
 – noodzakelijkheids 143, 189
 – proportionaliteits 35
 toetsing
 – individuele 177
 – marginale 122, 127, 178, 187
 toetsing(s)
 – criteria 42
 – kader 32, 34, 83
 – maatstaf 121, 135
 transitievergoeding 175, 179
 transparantie 50, 51
 trend 66

U

uitzondering(s)
 – bepaling 36, 40, 42, 84
 – leeftijdsdiscriminatie 35, 186
 – lijst 106
 – mogelijkheid 40
 – specifieke 36
 Unierecht 19, 32, 34, 57, 122
 – uniformiteit 19, 46, 121, 153

V

veiligheid
 – openbare 41, 42, 172
 – vlieg 41, 43
 verdraagzaamheid 26, 71
 verdrag
 – Amsterdam 28
 – EU-Handvest van de Grondrechten 26, 27, 34, 48, 67, 71, 74
 – EU-Verdrag 23, 26
 – EU-Werkingsverdrag 23, 56
 – Europees Sociaal Handvest 24, 25, 56, 67
 – Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) 24, 27, 48

– Gemeenschapshandvest van de Sociale Grondrechten van de Werkenden 24, 26, 67
 – ILO Conventie 111 24, 31
 – Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (BUPO) 25
 – Lissabon 26, 27
 – Universele Verklaring van de Rechten van de Mens 24, 31
 Verenigde Naties 24
 Vereniging van Nederlandse Verkeersvliegers 170
 vergrijzing 68, 69, 88, 108, 128
 verjonging 100
 verkeersvlieger 167
 vermoeden van onderscheid 39
 verplichte verzekering 78
 vervangend inkomen 142
 Vervroegde Uittredingsregeling (VUT) 154, 157
 verwijzingsbeslissing 116
 Verzamelwet SZW 2016 165
 volksgezondheid
 – bescherming 41, 93, 109, 110, 172
 volle werking 106
 voorrang 32
 vrij verkeer 73
 vroegpensioenen 68, 89

W

waarde van de Unie 72
 waarden 71
 wachtgeld 37, 141, 175
 wederzijds respect tussen volkeren 72
 werkgelegenheid(s) 18, 40, 85, 95, 97, 98, 103, 126, 170, 186
 – beleid 22, 60, 62, 83-86, 90, 91, 94, 99-101, 103, 156, 183, 186
 – doel 41, 104, 112, 121
 – doelstelling 16, 21, 46, 58, 63, 93, 109, 110, 150
 – kansen 42
 – niveau 120
 – richtsnoeren 56, 62, 92
 – verhogen 56
 werking
 – directe 32
 – horizontale 30, 32
 – rechtstreekse 32
 – verticale 30
 werkings sfeer 34
 werkloosheid 37, 61, 86, 88, 89, 91, 105, 126
 werknemersrecht 120, 152
 werkzoekenden 105

werving en selectie 43

Wet gelijke behandeling op grond van
leeftijd bij de arbeid 160, 162, 166, 183

Wet inschakeling werkzoekenden 161

Wet minimumloon en minimum vakantie-
toeslag 161

Wet Werk en Zekerheid 157, 175, 184

Wet werken na de AOW-gerechtigde leef-
tijd 154, 157, 161, 183

wetenschappelijk onderzoek 133

wetgeving

– nationale 40, 48, 84, 186

– Nederlandse 156

– Unie 32

Z

zorgbehoefte 133

CURRICULUM VITAE

Marianne Eisma studeerde Nederlands Recht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam van 1976 tot 1982. Daarna was zij achtereenvolgens werkzaam als advocaat te Haarlem en bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn te 's-Gravenhage. In 1998 maakte zij de overstap naar het bedrijfsleven. In dienst van Brunel International heeft zij enkele interim-opdrachten vervuld, ondermeer bij Interpay, VNU-Sanoma en de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Van 2002 tot 2010 was zij werkzaam bij IBM Legal Department te Amsterdam. Sinds 2010 heeft zij haar eigen advocatenkantoor in Amsterdam gespecialiseerd in Europees arbeidsrecht en pensioen, Corporate Governance en Compliance. Daarnaast is zij onafhankelijk bestuurder en toezichthouder bij pensioenfondsen en tevens bestuurder bij European Women Lawyer's Association.