



Commissie **Gelijke** Behandeling

Advies Commissie Gelijke Behandeling inzake

Seniorenregelingen als onderdeel van leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid

CGB-advies/2006/04

30 maart 2006

Inhoudsopgave

1	Inleiding.....	3
2	Sociale partners samen.....	4
3	Opbouw advies.....	4
3.1	Het toetsingskader van de WGBL.....	5
3.1.1	Direct en indirect onderscheid.....	5
3.1.2	Objectieve rechtvaardiging.....	5
3.2	Doelstellingen van seniorenregelingen.....	6
3.2.1	Passendheid en noodzakelijkheid van seniorenregelingen.....	7
3.2.2	Beoordeling seniorenregelingen; overgangsrecht.....	7
4	WGBL en Europees recht.....	9
5	STAPPENPLAN en PLAN VAN AANPAK.....	11

1 Inleiding

In tal van CAO's en andere arbeidsvoorwaardenregelingen wordt leeftijdonderscheid gemaakt. CAO-partijen stellen de aanspraak op bepaalde arbeidsvoorwaarden dikwijls afhankelijk van de leeftijd van de werknemer. Sinds de inwerkingtreding van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) op 1 mei 2004, is het de vraag of, en in hoeverre het veelvuldig gebruik van leeftijdsgrenzen nog is toegestaan.¹

De WGBL staat direct of indirect onderscheid op grond van leeftijd in beginsel niet toe. De reden hiervoor is eerst en vooral gelegen in het *tegengaan van uitsluiting* van personen op grond van hun leeftijd. Sollicitanten die bijvoorbeeld vanwege hun leeftijd worden uitgesloten van de toegang tot een vacante functie, verdienen in beginsel bescherming.

Minder bezwaren lijken in eerste instantie te kleven aan onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden, bijvoorbeeld bij het toekennen van enkele extra vakantiedagen aan ouderen. Werknemers die nog te jong zijn om daarvan te profiteren, lijken daarmee over het algemeen weinig moeite te hebben, omdat ze verwachten daarvan te zijner tijd ook te kunnen profiteren. Toch speelt de WGBL ook op het vlak van dergelijke arbeidsvoorwaarden een rol, omdat leeftijdsafhankelijke arbeidsvoorwaarden stereotype beelden over oudere werknemers kunnen bevestigen, bijvoorbeeld dat ouderen minder geschikt zijn om bepaalde functies te (blijven) vervullen. De WGBL beoogt naast het voorkomen van uitsluiting, ook het bestrijden van vooroordelen. Bovendien kunnen dergelijke voordelen, zeker als deze ruimer van omvang zijn dan enkele extra dagen vakantie, óók tot uitsluiting leiden.² Werkgevers kunnen juist vanwege het bestaan van een verlofurenregeling om organisatorische of financiële redenen een jongere sollicitant verkiezen boven een oudere. Gedacht kan worden aan de ziekenhuissector waar het grote aantal extra verlofuren voor ouderen de kansen op een baan voor ouderen verkleint.³

Sinds 1 mei 2004 kreeg de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) verschillende seniorenregelingen⁴ ter beoordeling voorgelegd. In de eerste twee zaken over dit onderwerp ging het om het toekennen van extra vakantiedagen voor oudere werknemers. In beide gevallen moest worden nagegaan of deze maatregelen zijn toegestaan op grond van de WGBL. Het maken van leeftijdonderscheid kan immers gerechtvaardigd zijn, maar dan moeten de CAO-partijen voor het onderscheid wel goede redenen kunnen aanvoeren.⁵ Het gehanteerde leeftijdonderscheid strekte er in deze zaken onder meer toe het inzetten van ouderen te handhaven of de werkdruk voor hen te verminderen.⁶ In de daaropvolgende zaken als ook in de commentaren op de oordelen bleek het verband tussen leeftijd, werkdruk en inzetbaarheid een terugkerend thema. De vraag rees of het opnemen of handhaven van seniorenregelingen niet in alle gevallen in strijd is met de WGBL, mede gelet op een onderzoek van TNO Arbeid waarin wordt geconcludeerd dat ouderen niet per se verminderd belastbaar zijn.⁷ Voor de CGB was een en ander aanleiding aan prof. dr. W.A.M. de Lange (Universiteit van Tilburg) advies te vragen omtrent de relatie tussen belasting door functies, de belastbaarheid en de leeftijd van mensen. Dit resulteerde allereerst in een literatuurstudie, getiteld: "De wenselijkheid van het maken van onderscheid naar leeftijd" (februari 2005). Vervolgens is door prof. De Lange hieraan een nadere uitwerking gegeven in een checklist, om een concreter

¹ Overeenkomstig de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap in de zaak Royal/Copenhagen is het beginsel van gelijke behandeling ook van toepassing op bepalingen in CAO's. HvJ EG 31 mei 1995 (Royal/Copenhagen), JAR 1995,198.

² Seniorenregelingen kunnen extra verlof/vakantiedagen omvatten, variërend van enkele dagen tot weken en soms tot maanden.

³ Zie bijvoorbeeld CGB 22 maart 2005, oordeel 2005-45 en CGB 9 maart 2006, oordeel 2006-34.

⁴ Seniorenregelingen kunnen naast extra verlof/vakantiedagen, ook afbouw van arbeidsduur met behoud van (een gedeelte van) inkomen, vrijstelling van nacht- en ploegendiensten en dergelijke.

⁵ Bij de grond leeftijd kan zowel bij direct, als indirect onderscheid sprake zijn van een objectieve rechtvaardiging. Bij de persoonskenmerken die zijn opgenomen in de Algemene wet gelijke behandeling, bijvoorbeeld geslacht, ras en godsdienst, kan dat alleen in gevallen van indirect onderscheid. Voor onderscheid op grond van leeftijd kan geen objectieve rechtvaardiging worden aangevoerd wanneer sprake is van intimidatie.

⁶ CGB 24 september 2004, oordeel 2004-118 en CGB 15 november 2004, oordeel 2004-150.

⁷ TNO Arbeid heeft in opdracht van de Taskforce Ouderen en Arbeid onderzoek gedaan naar de gezondheid en inzetbaarheidbeperkingen van oudere medewerkers, dat wil zeggen medewerkers vanaf 55 jaar. De bevindingen zijn vastgelegd in een rapport: A. Nauta, M.R. de Bruin en R. Cremer, *De mythe doorbroken, gezondheid en inzetbaarheid oudere medewerkers*, Hoofddorp, 2004, (hierna: *De mythe doorbroken*).

antwoord te geven op de vraag in welke gevallen (functies, sectoren en dergelijke) er redenen zijn voor het opnemen van seniorenregelingen.

Op 26 april 2005 is een expertmeeting georganiseerd, waar prof. De Lange met verschillende stakeholders heeft gediscussieerd over de elementen van een checklist voor de beoordeling van seniorenregelingen in het kader van de WGBL. In de herfst van 2005 is het advies afgerond met een checklist. Aan de hand hiervan kunnen maatregelen voor oudere werknemers worden beoordeeld op criteria van de WGBL. Ook kan aan de hand hiervan tot ideeën worden gekomen omtrent maatregelen die uitval van oudere werknemers kunnen voorkomen, toegespitst op kenmerken van functies, die kunnen meebrengen dat de functie met de jaren zwaarder wordt. De CGB is van oordeel dat het gegeven inzicht goed betrokken kan worden bij de beoordeling van seniorenregelingen die verband houden met de belasting door functies en de belastbaarheid van werknemers.⁸

Een concept van dit advies is in januari en februari 2006 besproken met de volgende organisaties: AWWN, VNO/NCW, VNG, CNV, FNV, MKB, het ministerie van SZW en het expertisecentrum LEEFTijd, eerst en vooral om te onderzoeken of de door de CGB beschreven lijn in de praktijk hanteerbaar zou zijn. De uitkomst van de bespreking heeft geleid tot aanscherping en verheldering van een aantal passages.

2 Sociale partners samen

De CGB wil bevorderen dat sociale partners samen nadenken over – zo zij dat nog niet eerder deden - het treffen van (collectieve) maatregelen waarbij leeftijdonderscheid wordt gemaakt, en zo ja, of dit onderscheid gerechtvaardigd is. Daartoe dient het onderhavige advies, dat is toegespitst op *seniorenregelingen* in CAO's, in het bijzonder regelingen die zijn overeengekomen met het oog op de belasting door functies, de belastbaarheid van werknemers en de inzetbaarheid van ouderen. Dit is gedaan, omdat deze regelingen met regelmaat aan de CGB ter toetsing worden voorgelegd. Overigens spoort dit – wat betreft het tijdstip van verschijning en de inhoud - ook met het recent verschenen advies van de Stichting van de Arbeid waarin aanbevelingen worden gedaan ter bevordering van de arbeidsdeelname van oudere werknemers.⁹

De CGB is er zich van bewust dat mogelijk ook andere motieven aan seniorenregelingen ten grondslag kunnen liggen. Het is van belang dat sociale partners steeds het doel van leeftijdonderscheid expliciteren, om toetsing ervan in het kader van de WGBL mogelijk te maken. De toetsing van de seniorenregeling met andere motieven zal in belangrijke mate langs dezelfde lijnen geschieden als in dit advies geschetst. Ook indien er sprake is van een seniorenregeling buiten een CAO, zal de toetsing langs dezelfde lijnen geschieden.

3 Opbouw advies

Het advies is als volgt opgebouwd:

- Eerst wordt het toetsingskader van de WGBL geschetst.
- Vervolgens wordt een aantal elementen daarvan uitgewerkt, ter zake van
 - het doel dat CAO-partijen voor ogen staat met het maken van leeftijdonderscheid en
 - de passendheid en de noodzakelijkheid van het gekozen middel.

Daarbij zal op een aantal punten worden verwezen naar de checklist, behorend bij het deskundigenadvies. Aldus wordt duidelijk hoe deze checklist kan worden toegepast bij de beoordeling van de seniorenregeling.

- Ten slotte doet de CGB een oproep aan de sociale partners de komende periode te gebruiken om seniorenregelingen tegen het licht te houden. CAO-partijen die duidelijk

⁸ M. van den Bogaard, W. de Lange, W. van Poppel, *De wenselijkheid van het maken van onderscheid naar leeftijd*, Tilburg, februari 2005, inclusief de checklist (najaar 2005), is vanaf 30 maart 2006 op de website van de CGB te vinden (www.cgb.nl).

⁹ STAR, *Arbeid & leeftijd, Aanbevelingen ter bevordering van de arbeidsdeelname van ouder wordende werknemers*, Den Haag, februari 2006.

kunnen maken welk actueel en legitiem doel het gehanteerde leeftijdsonderscheid dient en hoe invulling is gegeven aan het leeftijd(sfase)bewust personeelsbeleid en welke plaats de seniorenregelingen daarin innemen, mogen erop rekenen dat de CGB hun regeling binnen die context zal toetsen.

3.1 Het toetsingskader van de WGBL

Veel voorkomende seniorenregelingen zijn het toekennen van extra verlofdagen, afbouw van arbeidsduur met behoud van (een gedeelte van) inkomen, vrijstelling van nacht- en ploegendiensten. Dat zijn arbeidsvoorwaarden als bedoeld in de WGBL.¹⁰ Voor de beoordeling van de vraag of dergelijke regelingen al dan niet strijdig zijn met de WGBL, dient allereerst te worden vastgesteld of met de regeling onderscheid wordt gemaakt op grond van leeftijd.

3.1.1 Direct en indirect onderscheid

Onder onderscheid wordt in de WGBL verstaan: direct onderscheid op grond van een bepaalde leeftijd of geboortedatum, of indirect op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dat onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft. Bij seniorenregelingen is in de meeste gevallen sprake van een directe vorm van leeftijdsonderscheid.¹¹ Het toekennen van extra verlofdagen bij een toenemend aantal dienstjaren leidt tot indirect onderscheid op grond van leeftijd. In het algemeen zullen het namelijk de oudere medewerkers zijn die de meeste dienstjaren hebben opgebouwd.¹²

3.1.2 Objectieve rechtvaardiging

Als er sprake is van leeftijdsonderscheid, dan moet worden nagegaan of de regeling 'objectief gerechtvaardigd' is, dat wil zeggen of er voor het onderscheid naar leeftijd in een bepaalde regeling een goede reden is. Of hiervan sprake is moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet:

- Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte van de organisatie, en vrij te zijn van discriminatie.
- Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn.
 - Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken.
 - Een middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel.

Pas als aan al deze voorwaarden is voldaan, levert het onderscheid geen strijd op met de gelijkebehandelingswetgeving. Tegen de achtergrond van deze bepalingen komt de CGB tot het volgende advies.

¹⁰ Vergelijk *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 3, p. 21: "Het verbod van onderscheid op het terrein van arbeidsvoorwaarden houdt in dat arbeidsvoorwaarden zoals leeftijdsvakantiedagen en seniorenverlof slechts zijn toegestaan indien er sprake is van een objectieve rechtvaardiging".

¹¹ Vergelijk *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 3, p. 17: "Een voorbeeld van het hanteren van een concrete leeftijd is (...) het toekennen van extra vakantiedagen op grond van leeftijd".

¹² *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 3, p. 33 en 34. Zie ook onder meer CGB 22 juni 2005, oordeel 2005-110.

3.2 Doelstellingen van seniorenregelingen

In het kader van toetsing van seniorenregelingen in CAO's aan de WGBL is het de taak van de CAO-partijen om doelstellingen die zij op dit moment beogen, aan te voeren.¹³ Dat blijkt in de praktijk geen sinecure. Het aan seniorenregelingen inherente leeftijdonderscheid was namelijk bij het opstellen daarvan destijds in de jaren '70 en '80, geen probleem. Deze regelingen beoogden veelal werkgelegenheid voor jongeren door ouderen plaats te laten maken. Vóór de inwerkingtreding van de WGBL per 1 mei 2004 was er nog geen sprake van een *specifiek* verbod op leeftijdonderscheid. Als er al is stilgestaan bij het doel van het onderscheid, dan zijn de beweegredenen lang niet altijd meer bekend of blijken er verschillende doelstellingen ten grondslag te liggen aan de regeling. Voorts ontbreekt vaak het inzicht of de regeling bijdraagt aan het bereiken van het doel of blijken de doelstellingen te zijn achterhaald.

Uit de vele verzoeken en vragen die aan de CGB zijn voorgelegd over seniorenregelingen, is gebleken dat in de relatie tussen leeftijd enerzijds, en belasting door functies, belastbaarheid en inzetbaarheid van oudere werknemers anderzijds als een belangrijke reden wordt gezien voor het opstellen van bijzondere regelingen ten behoeve van oudere werknemers.¹⁴ Of dit doel zwaarwegend is en of hieraan werkelijk behoefte in de desbetreffende organisatie bestaat, zal doorgaans kunnen worden vastgesteld aan de hand van het belang van de werknemer zijn arbeidzame leven gezond en wel door te brengen. Het is te respecteren dat werkgevers zich dit belang aantrekken, ook al zijn zij hiertoe al gehouden op grond van goed werkgeverschap of uit hoofde van de arbeidsomstandighedenwet.

In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat de belastbaarheid van werknemers afneemt bij het ouder worden. Volgens het deskundigenadvies geldt dat tussen de 40 en 50 jaar verouderingsverschijnselen merkbaar worden en daarna toenemen. Daarbij zij direct opgemerkt dat er per individu verschillen kunnen zijn, zoals ook de belastende factoren per sector, beroep en functie verschillen.¹⁵ Een en ander kan worden geconcretiseerd aan de hand van de tabel B behorend bij het deskundigenadvies, die voorziet in een lijst van functiekenmerken die aanleiding kunnen zijn om specifieke maatregelen voor ouderen te treffen. De bevindingen leren dat er in zijn algemeenheid aanleiding is rekening te houden met verouderingsverschijnselen.¹⁶ Gelet op het deskundigenadvies zal de CGB bij de beoordeling van de werkelijke behoefte van organisaties aan voorzieningen voor ouderen in de toekomst niet veel gewicht toekennen aan de omstandigheid dat in een concreet bedrijf geen sprake is van een enig verschil in ziekteverzuim tussen leeftijdsgroepen, vanwege het *healthy workers effect*.¹⁷

Het tegengaan van uitval van oudere werknemers zal ook onder het regime van de WGBL een legitieme doelstelling zijn voor het maken van leeftijdonderscheid in een seniorenregeling. Dat neemt niet weg dat het van belang is rekening te houden met andere initiatieven en maatregelen die belasting, belastbaarheid en inzetbaarheid die de arbeidsparticipatie van oudere werknemers positief kunnen beïnvloeden. Men denke bijvoorbeeld aan Arbo maatregelen of het tegengaan van vooroordelen over de inzetbaarheid van ouderen. Het verdient daarom aanbeveling dat sociale partners, indien zij extra verlofdagen, afbouw- en vrijstellingsregelingen ten behoeve van oudere werknemers zijn overeengekomen, dat doen in het kader van leeftijd- of leeftijdsfasebewust personeelsbeleid.¹⁸ Het resultaat zou kunnen zijn dat niet onnodig allerlei verschillen in arbeidsvoorwaarden tussen oudere en jongere collega's

¹³ Het verbod van onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden richt zich tot een ieder die daarbij betrokken is, waaronder ook de werkgever. Zie ook *Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 19 (Normadressaat)*.

¹⁴ Tabel a van het deskundigenadvies biedt een lijst van maatregelen die kunnen worden geduid als maatregelen die kunnen bijdragen aan het verlagen van de belasting, het verhogen van de belastbaarheid en het bevorderen van blijvende inzetbaarheid.

¹⁵ Van den Bogaard, De Lange & Van Poppel 2005, p. 16.

¹⁶ Van den Bogaard, De Lange & Van Poppel 2005, p. 9 en volgende. Zie CGB 24 september 2004, oordeel 2004-118 en CGB 15 november 2004, oordeel 2004-150.

¹⁷ Hierbij wijkt de Commissie enigszins af van haar eerste oordelen over seniorenregelingen, hetgeen gebaseerd was op de bevinding van TNO Arbeid dat weliswaar een overgrote groep oudere werknemers, zeker tot de leeftijd van 65 à 70 jaar, lichamelijk en geestelijk gezond is en het werk goed aan kan. De Mythe doorbroken, p. 85-89.

¹⁸ Dit sluit aan bij de afspraak tussen kabinet, werkgevers en vakbonden gemaakt tijdens de onlangs gehouden werktop omtrent het stimuleren van leeftijdsbewust personeelsbeleid om de arbeidsparticipatie van ouderen te bevorderen. Zie *Trouw*, 2 december 2005, *Top levert stages op, maar geen banen*.

ontstaan, terwijl eenvoudiger en wellicht effectievere maatregelen bijvoorbeeld in de Arbosfeer hadden kunnen worden getroffen.

3.2.1 Passendheid en noodzakelijkheid van seniorenregelingen

De vraag of met de seniorenregeling het gestelde doel wordt bereikt, zal niet altijd eenvoudig kunnen worden beantwoord. Uit het deskundigenadvies blijkt dat er weinig effectmetingen zijn die direct meten of een maatregel het beoogde effect heeft.¹⁹ Bijlage 1 van de checklist vermeldt een aantal maatregelen waarvan de effecten zijn onderzocht. Van andere maatregelen wordt in de wetenschappelijke literatuur op basis van plausibiliteit aangenomen dat ze de nadelen van een functie kunnen reduceren.

Indien de regeling passend kan worden geacht, dan moet nog worden beoordeeld of er een alternatieve regeling/maatregel is waarbij geen onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt of in ieder geval een minder bezwaarlijk onderscheid. Ook hiervoor geldt volgens het deskundigenadvies dat er nauwelijks effectmetingen zijn die direct meten of een maatregel het beoogde effect heeft. Sociale partners zijn bij uitstek in staat om gezamenlijk de weging te maken welke maatregelen het meest adequaat zijn.

De CGB onderkent dat zich ten aanzien van belastbaarheid en inzetbaarheid grote verschillen voordoen tussen individuele werknemers. De belastbaarheid van de een is nu eenmaal groter dan de belastbaarheid van de ander. Echter, uitgaande van de hiervoor beschreven algemene relatie tussen leeftijd en belastbaarheid c.q. verscheidene gezondheidsaspecten, kan het gerechtvaardigd zijn te werken met algemene maatregelen die specifiek zijn gericht op oudere werknemers. Het ligt voor de hand daarbij de mate waarin functies belastend zijn mee te laten wegen. Daarbij dient evenwel niet te snel te worden uitgegaan van een sjabloonmatige indeling van “zware” en “lichte functies”. Uit de checklist valt te constateren dat bij werk met een grote fysieke of mentale belasting eerder sprake zal zijn van een objectieve rechtvaardiging dan bij lichte functies. Hieruit mag echter niet automatisch worden afgeleid dat dit bijvoorbeeld voor kantoorfuncties niet zou kunnen gelden omdat zij in het algemeen als licht worden gezien. Bij alle functies moet dit nauwgezet worden nagegaan, ook om te voorkomen dat op deze wijze mogelijk (indirect) onderscheid naar sekse zou kunnen ontstaan en deze een objectieve rechtvaardiging behoeft.

3.2.2 Beoordeling seniorenregelingen; overgangsrecht

De CGB wil bevorderen dat de CAO-partijen, werkgevers – en werknemersorganisaties, de komende tijd méér dan voorheen samen stil staan bij de vragen die rijzen bij de beoordeling van seniorenregelingen die zijn gericht op het verkleinen van de belasting door functies en het vergroten van de belastbaarheid en inzetbaarheid van oudere werknemers. Dit kan gebeuren met behulp van de checklist van het deskundigenadvies. Ook kan gebruik worden gemaakt van instrumenten die worden voorgeschreven door de Arbeidsomstandighedenwet.

Vanzelfsprekend staat het betrokkenen vrij eigen, eventueel op het eigen bedrijf of de eigen bedrijfstak toegespitste instrumenten te hanteren.²⁰

Ook doen zich situaties voor waarbij CAO's en rechtspositieregelingen op verschillende niveaus tot stand komen, landelijke én gemeentelijke, per sector én op ondernemingsniveau. Het is zaak dat op alle niveaus afspraken ten aanzien van leeftijdsfasebewust personeelsbeleid worden gemaakt, uiteraard met verschillende diepgang of niveau van uitwerking. Op landelijk niveau zal meer de intentie en het kader van uitwerking moeten worden bepaald. Niet vrijblijvend, maar meer in de vorm van bijvoorbeeld convenanten, waarin elementen worden

¹⁹ Tabel C van het deskundigenadvies.

²⁰ Zie bijvoorbeeld: de Leeftijdsspiegel van de AWWN, samen met het Servicepunt Arbeidsmarkt MKB, met 24 vragen over inzetbaarheid naar levensfase in de organisatie (www.awvn.nl) of de FNV-notitie *Leeftijd en Werk, Bevordering arbeidsparticipatie oudere werknemers*. Zie voorts het OR Handboek Strategie & Beleid, waarin is opgenomen een Gespreksagenda Leeftijd van de hand van J. van Zijl. Zie ook het cursusprogramma van het Expertisecentrum LEEftijd (www.leeftijd.nl)

genoemd die bij de uitwerking op gemeentelijk of ondernemingsniveau moeten worden geconcretiseerd.

De CGB wil niet met het aanreiken van de hiervoor genoemde handvatten volstaan. Zij zal de beoordeling van seniorenregelingen opschorten tot na 2 december 2006²¹, mits de werkgever aannemelijk maakt dat hij – of de werkgeversorganisatie – zich *samen met* werknemersvertegenwoordiging en/of werknemersorganisaties buigt over nut en noodzaak van een collectieve seniorenregeling, bij voorkeur in het bredere kader van een leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid. Van een beoordeling vóór 2 december 2006 is alleen sprake, indien de werkgever te kennen geeft deze exercitie al te hebben gepleegd. Indien niet aannemelijk kan worden gemaakt dat deze exercitie samen met de werknemersvertegenwoordiging vóór 2 december 2006 plaatsvindt of indien duidelijk is dat dit achterwege blijft, dan vindt een beoordeling plaats over de vigerende regeling, maar deze zal mede gericht zijn op herstel van het nalaten van genoemde exercitie. Hierbij zullen alle bij de regeling betrokken partijen worden gehoord.

De CGB is van oordeel dat sociale partners enige tijd moet zijn gegund om zich te buigen over de wenselijkheid van seniorenregelingen. De vertraging die hierdoor bij de behandeling van individuele verzoeken ontstaat acht de CGB – gelet op de materie – niet onoverkomelijk. De termijn is louter een termijn van orde. De CGB zal de behandeling van verzoeken ter hand zal nemen, indien sociale partners hun beoordeling hebben afgerond.

Een en ander beïnvloedt vanzelfsprekend niet de aanspraken die belanghebbenden aan de WGBL ontleen.

De organisaties die de CGB heeft geraadpleegd bij de totstandkoming van dit advies reageerden verschillend op de termijn. Sommige verzochten op voorhand een nader uitstel, vanwege de tijd die is gemoeid met het opzetten van een CAO-kader voor het voeren van een leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid. Andere vroegen juist géén overgangstermijn in acht te nemen, om de partijen te stimuleren op de kortste termijn zich te buigen over de regelingen. De CGB acht het niet zinvol een overgangstermijn achterwege te laten, juist omdat er tot op vandaag nog vrij weinig is nagedacht over de achtergronden van seniorenregelingen, terwijl is gebleken dat er goede redenen en middelen zijn een leeftijds(fase)bewust beleid te voeren. De Commissie houdt daarom vast aan de periode tot 2 december 2006. Ook als een beleid nog niet geheel is uitgewerkt in de kring van CAO-partijen, dan nog zal het betrokkenen mogelijk moeten zijn in december 2006 te melden welke initiatieven zijn ontplooid met welk doel en met welke middelen. De desbetreffende gegevens kunnen worden gehanteerd bij de beoordeling van de bestaande regelingen. Indien blijkt dat sociale partners

- uitdrukkelijk hebben stilgestaan bij de belasting door de functies in kwestie en de belastbaarheid van werknemers en
- in kaart hebben gebracht op welke wijzen de inzetbaarheid van oudere werknemers zal worden vergroot, zo mogelijk in een breed kader, en
- tegen deze achtergrond tot de conclusie komen dat bepaalde faciliteiten alleen of in sterkere mate voor oudere werknemers beschikbaar moeten zijn,

dan acht de CGB een toets van deze regeling(en) in de context van dat brede kader op zijn plaats. De CGB meent dat voor deze wijze van (brede) beoordeling ruimte bestaat, gelet op het bijzondere karakter van de grond leeftijd. Het gaat immers niet om een bij voorbaat verdacht onderscheid zoals bijvoorbeeld op grond van ras en geslacht.²²

Als voorbeeld dient de casus van het aantal vakantiedagen. Waar het toekennen van een beperkt aantal vakantiedagen wordt gemotiveerd met een beroep op het verminderen van de belasting en het verhogen van de belastbaarheid, zal de maatregel op zichzelf genomen moeilijk passend en/of noodzakelijk kunnen worden geacht. Indien deze maatregel onderdeel is van een breder leeftijd- of leeftijdsfasebewust personeelsbeleid, dan is er minder snel aanleiding verboden leeftijds onderscheid aan te nemen, omdat de maatregel dan niet langer op zichzelf staat maar onderdeel is van een aantal maatregelen die bij elkaar wél kunnen bijdragen aan het gestelde doel. Men denke aan de combinatie van maatregelen die gericht

²¹ De datum van 2 december 2006 komt overeen met het moment dat de overgangperiode voor het verbod tot functioneel leeftijdsontslag/pensioenontslag voorbij is en ook dit verbod van kracht is (zie artikel 16 WGBL).

²² Vergelijk HR 8 oktober 2004, JAR 2004, 258, rov. 3.4.2.

zijn op het reduceren van de nadelen die verbonden zijn aan belastende functiekenmerken, zoals een gezondheidsbeleid, sociaal-medische begeleiding, het faciliteren van job-rotation, taakverbreding en taakverrijking, scholing gericht op blijvende inzetbaarheid en zo meer. Dan past een beoordeling van regelingen binnen de context van het brede beleid. Hierbij wordt ook in ogenschouw genomen het werving - en selectiebeleid van de betrokken werkgever indien er aanwijzingen zijn dat de ruimhartige verlofaanspraak oudere sollicitanten parten speelt. De toets zou ertoe kunnen leiden dat bepaalde maatregelen voor de ene categorie functies eerder op hun plaats zijn dan voor de andere categorie. Dit zou aanleiding kunnen zijn elementen van een seniorenregeling te reserveren voor die ene categorie. Mochten werkgevers en CAO-partijen de gekozen maatregelen willen invoeren voor alle functies, niettegenstaande de verschillen, dan dienen zij stil te staan bij de redenen waarom. Indien blijkt dat sociale partners hun regeling niet ten volle inhoudelijk hebben getoetst, dan kan de toetsing van de voorgelegde regeling derhalve niet in de context van een breed beleid plaatsvinden, maar op de regeling sec. Zoals vermeld kan niet met algemene argumenten worden volstaan. Aangezien het geen pas geeft leeftijdonderscheid in stand te houden terwijl de betrokken partijen zich er niet serieus van hebben vergewist waartoe het onderscheid dient en zonder dat zij zich diepgaand hebben afgevraagd in hoeverre gepaste alternatieven voor handen zijn, zal de Commissie in haar oordeel tevens aanzetten tot activiteiten op dit vlak.

4 WGBL en Europees recht

Verschillende organisaties die bij de voorbereiding zijn geraadpleegd, stelden de vraag of de voorgestelde lijn zich verdraagt met de Europese regelgeving.

De WGBL is gebaseerd op artikel 6 van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.²³ De vraag is welke ruimte deze richtlijn laat voor het treffen van regelingen ten behoeve van een bepaalde leeftijdsgroep. Artikel 6, lid 1, onder a van de richtlijn laat ruimte voor “het creëren van bijzondere voorwaarden voor toegang tot arbeid en beroepsopleiding, van bijzondere arbeidsvoorwaarden en – omstandigheden (...) voor jongeren, oudere werknemers en werknemers met personen ten laste, teneinde hun opneming in het arbeidsproces te bevorderen, en hun bescherming te verzekeren”.

Kort geleden heeft het Hof van Justitie van de EG zich voor het eerst uitgesproken over zulke bijzondere voorwaarden.²⁴ Het Hof diende Duitse wetgeving te beoordelen die de mogelijkheid ouderen voor bepaalde tijd in dienst te nemen verruimde: een werkgever kan normaliter iemand slechts voor bepaalde tijd in dienst nemen, indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat; voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een werknemer van 52 jaar of ouder behoeft geen objectieve rechtvaardiging te bestaan. De regeling had duidelijk tot doel de toetreding tot het arbeidsproces van (werkloze) oudere werknemers te bevorderen, aangezien deze laatsten slechts met veel moeite nieuw werk vinden. De legitimiteit van een dergelijk doel van algemeen belang kan redelijkerwijze niet in twijfel worden getrokken, aldus het Hof. Vervolgens moet nog worden onderzocht of de middelen voor het bereiken van dat legitieme doel passend en noodzakelijk zijn. Het Hof merkt in dat kader op dat de lidstaten in dit verband onbetwistbaar beschikken over een ruime beoordelingsvrijheid bij hun keuze van de maatregelen die geschikt zijn voor het verwezenlijken van hun doelstellingen op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid.

De regeling in kwestie kon de toets der kritiek niet doorstaan. Weliswaar beoogde de regelgever de toegang tot de arbeidsmarkt voor ouderen te vergemakkelijken, maar de regeling had als effect dat ouderen het gevaar liepen gedurende een substantieel deel van de beroepsloopbaan te worden uitgesloten van het genot van vaste dienstbetrekkingen, wat juist een essentieel onderdeel vormt van de werknemersbescherming:

²³ PB L 303, p. 16.

²⁴ HvJEG 22 november 2005, zaak C-144/04 (Mangold), rechtsoverweging 60.

“Een dergelijke wetgeving moet worden geacht verder te gaan dan passend en noodzakelijk is voor het bereiken van het nagestreefde doel, voorzover zij de leeftijd van de betrokken werknemer als enige criterium hanteert voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zonder dat is aangetoond dat de vaststelling van een leeftijdsgrens als zodanig, los van iedere andere overweging terzake van de structuur van de betrokken arbeidsmarkt en de persoonlijke situatie van de betrokkene, objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het doel, de opnemings in het arbeidsproces van oudere werkloze werknemers te bevorderen. De inachtneming van het evenredigheidsbeginsel impliceert immers dat iedere afwijking van een individueel recht zoveel mogelijk een evenwicht tot stand brengt tussen de eisen van het beginsel van gelijke behandeling en van het beoogde doel” (rechtsoverweging 65).

Het antwoord zal afhangen van de beoordeling. Zoals het Hof van Justitie EG opmerkt in zijn jongste arrest komt de lidstaten ter zake van de passendheid en de noodzakelijkheid van een voorgestelde regeling een ruime beoordelingsvrijheid toe. Als een seniorenregeling tot stand komt op de wijze die hiervoor is beschreven – dus met aandacht voor de context waarin aan oudere werknemers bepaalde arbeidsvoorwaarden worden toegekend die jongere werknemers geheel of gedeeltelijk ontberen, ingekaderd in een leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid – dan moet het ervoor worden gehouden dat ook naar Europees recht een toetsing in de context van dit brede beleid kan plaatsvinden. Er is dan immers geen sprake van vaststelling van een leeftijdsgrens als zodanig, los van iedere andere overweging terzake van de structuur van de betrokken arbeidsmarkt en de persoonlijke situatie van de betrokkene, met specifieke aandacht voor de branche en de functie, tegen de achtergrond van het uitgangspunt dat in het algemeen wel degelijk een relatie kan worden gelegd tussen leeftijd en belastbaarheid c.q. verscheidene gezondheidsaspecten. Daarbij zal kunnen meewegen dat – anders dan in de zaak Mangold, waarin de individuele rechtsbescherming van de oudere werknemer werd aangetast – in de regel sprake is van het toekennen van een voordeel aan een groep oudere werknemers, ingebed in een breder leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid. Indien het voordeel zich gaat keren tegen de oudere werknemer, bijvoorbeeld wanneer een zodanig excessief aantal verlofuren, een belemmering vormt voor de toetreding tot werk, dan wel voor het blijven bezetten van een arbeidsplek, dan zal de passendheid van de regeling twijfelachtig zijn.

5 STAPPENPLAN en PLAN VAN AANPAK

Verspreiding advies

1. CGB-advies, inclusief het deskundigenadvies met bijlagen, wordt eind maart 2006 toegezonden aan werkgevers- en werknemersorganisaties, met het verzoek het onder de aandacht van hun leden te brengen.
2. De CGB plaatst dit advies, als ook het deskundigenadvies, op haar website. Op verzoek worden de stukken toegezonden.

Overgangsregeling

3. De behandeling van verzoeken – hetzij van individuen die menen door een regeling te zijn benadeeld, hetzij van belangenorganisaties of organisaties die een eigen regeling willen laten toetsen, wordt in beginsel aangehouden tot 2 december 2006, mits de werkgever aannemelijk maakt dat hij – of een werkgeversorganisatie – zich met werknemersorganisaties zal buigen over de wenselijkheid van de seniorenregeling, in het bredere kader van een leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid.
4. Van een beoordeling vóór 2 december 2006 is alleen sprake indien de werkgever te kennen heeft gegeven deze exercitie al te hebben gepleegd, samen met de werknemersvertegenwoordiging of –organisaties. Indien de werkgever niet aannemelijk kan maken dat dit vóór 2 december 2006 genoemde exercitie plaatsheeft of indien duidelijk is dat dit achterwege blijft, dat vindt wel een beoordeling plaats, maar deze zal mede zijn gericht op herstel van het nalaten van de exercitie. Overigens zullen bij de beoordeling – wanneer deze ook plaatsheeft – in beginsel alle bij de regeling betrokken partijen worden gehoord.

Toetsing in de context van andere maatregelen

5. De CGB beoordeelt een seniorenregeling in de context van het brede leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid. Indien sociale partners tot de conclusie zijn gekomen dat bepaalde faciliteiten alleen of in sterkere mate voor oudere werknemers beschikbaar moeten zijn, dienen zij uitdrukkelijk te hebben stilgestaan bij
 - de mate van belasting door functies in kwestie,
 - de mate van belastbaarheid van werknemers en
 - de wijzen waarop de inzetbaarheid van oudere werknemers kan worden vergroot.
6. Indien een seniorenregeling is opgenomen in een andere rechtspositieregeling dan een CAO, zal de toetsing langs dezelfde lijnen plaatshebben, met toepassing van dezelfde overgangsregeling tot 2 december 2006. Bij de beoordeling zullen ook hier in beginsel alle bij de regeling betrokken partijen worden gehoord.