

# Leeftijdsonderscheid in een sociaal plan: de laatste stand van zaken

MW. MR. C.S. KEHRER-BOT EN MW. MR. E.L.J. BRUYNINCKX

Op 1 mei 2004 is de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBLA) in werking getreden. In deze bijdrage wordt nagegaan of onze analyse van 2006<sup>1</sup> over de betekenis van de WGBLA voor seniorenregelingen in een sociaal plan moet worden genuanceerd, zulks aan de hand van recente oordelen en de in ons artikel van destijds nog niet verschenen adviezen van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) van 2007 en 2009 en de jurisprudentie van de civiele rechter en het Europese Hof van Justitie van de EG (HvJ EG).

De aandacht voor het onderwerp werd gewekt door de (eerste) oordelen van de CGB over de vraag of in strijd met de WGBLA wordt gehandeld indien in een sociaal plan aan oude(re), boventallige werknemers een andere vertrekregeling wordt aangeboden dan aan jonge(re) boventallige werknemers. Onderzocht wordt of aanleiding bestaat het in 2006 opgestelde 'stappenplan' om te komen tot een sociaal plan waarin geen ongerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt, aan te passen. Daarbij wordt onder meer aangesloten bij het advies van de CGB van 2007 inzake seniorenregelingen in een Sociaal Plan en het advies van de CGB van 2009 inzake seniorenregelingen in het algemeen.<sup>2</sup> Tot slot wordt aandacht besteed aan op handen zijnde ontwikkelingen rondom WW en AOW die van invloed zouden kunnen zijn op de uitkomst van de oordelen van de CGB en rechters over dit onderwerp.

## WGBLA

De WGBLA verbiedt het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeid, tenzij voor het onderscheid een objectieve rechtvaardiging bestaat. Bij het toetsen van (senioren)regelingen aan de WGBLA moeten twee vragen worden beantwoord: (1) maakt de regeling (direct of indirect) onderscheid naar leeftijd en (2) zo ja, kan dit onder-

scheid objectief worden gerechtvaardigd?

Bij de beantwoording van de eerste vraag is van belang dat de personen of groepen die met elkaar vergeleken worden in dienst zijn van één werkgever en zich 'in een vergelijkbare situatie' bevinden. In de praktijk kan dit nogal eens lastiger zijn dan men op het eerste oog zou denken. Het HvJ EG heeft drie keer gemeend dat geen sprake is van vergelijkbare situaties en dus geen sprake van verboden onderscheid.<sup>3</sup> In de laatste zaak daaromtrent, de Hlozek-zaak, achtte het HvJ EG een sociaal plan dat mannelijke boventalligen recht geeft op een overbruggingspensioen vanaf 55 jaar en vrouwelijke boventalligen vanaf 50 jaar, niet discriminerend omdat mannen – op basis van de stand van de algemene ervaring ten tijde van de herstructurering – in de leeftijdsgroep vanaf 50 jaar zich niet in een vergelijkbare situatie bevinden als vrouwen in die leeftijdscategorie.

Indien wel sprake is van vergelijkbare gevallen, vindt de toets of sprake is van een objectieve rechtvaardiging plaats aan de hand van een beoordeling van de vraag of sprake is van een legitiem doel, of het middel ter bereiking van dit doel passend is en of het middel ter bereiking van het doel noodzakelijk is. Deze criteria zijn van belang in het kader van de algemene uitzonderingsgrond van de objectieve rechtvaardiging opgenomen in art. 7 lid 1 sub c WGBLA. Er gelden ook twee bijzondere uitzonderingsgronden. Het verbod op onderscheid geldt niet indien het onderscheid is gebaseerd op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën voor zover dit beleid is vastgelegd bij of uit

1 Mevrouw mr. E.L.J. Bruyninckx en mevrouw mr. C.S. Kehrer-Bot, 'Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij toepassing sociaal plan', *ArbeidsRecht* 2006/42.

2 Seniorenregelingen als onderdeel van leeftijdsfase bewust personeelsbeleid, CGB-Advies/2006/4, 30 maart 2006, Leeftijdsonderscheid in sociale plannen, CGB-Advies/2007/05, 14 september 2007 en Advies Commissie Gelijke Behandeling inzake de toetsing van seniorenregelingen aan de WGBLA, CGB-Advies/2009/03, 9 maart 2009.

3 HvJ 14 september 1999, NJ 2000, 97 (Gruber), HvJ 8 juni 2004, «JAR» 2004/171 (Osterreichischer Gewerkschaftsbund) en HvJ 9 december 2004, «JAR» 2005/16 (Hlozek).

hoofde van de wet (art. 7 lid 1 sub a WGBLA). De andere bijzondere uitzondering is verwoord in art. 7 lid 1 sub b WGBLA en ziet op de beëindiging van de arbeidsverhouding in verband met het bereiken van de AOW-leeftijd.

### De eerste oordelen van de CGB

Vóór de inwerkingtreding van de WGBLA waren sociale partners zich onvoldoende bewust van de discriminerende aspecten van de door hen overeengekomen regelingen. Bij het opstellen van het sociaal plan hadden partijen voornamelijk oog voor de reorganisatie 'an sich', zonder expliciet na te denken over de gevolgen van onderscheidmakende regelingen voor de verschillende groepen werknemers. Het ging om het pakket aan maatregelen als geheel. Het doel van de afzonderlijke (en voor ouderen vaak minder gunstige) regeling was onduidelijk. Daarbij was de definitie van 'ouderen' c.q. de gehanteerde leeftijdsgrens vaak arbitrair en meestal ingegeven door financiële overwegingen. In de eerste periode na de inwerkingtreding van de WGBLA kwam de CGB dan ook vrijwel steeds tot het oordeel dat een verplichte ouderenregeling in een sociaal plan niet objectief te rechtvaardigen was.

Bij de beoordeling van een aan haar voorgelegde casus, concludeerde de CGB in 2005<sup>4</sup> – kort gezegd – dat het toepassen van een verplichte ouderenregeling in een sociaal plan voor werknemers van 55 jaar en ouder een niet objectief gerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd opleverde. Het doel van de ouderenregeling – het beschermen van de relatief slechtere arbeidsmarkt – en inkomenspositie van de oudere werknemer – werd legitiem bevonden aangezien bij de reorganisatie verschillende werknemers van 55 jaar en ouder betrokken waren. Het middel – aanvulling WW, een WW-garantie, een financiële vergoeding in geval van wijzigingen in de socialezekerheidswetten of pensioenregelingen en een inspanningsverplichting voor de werkgever om deze oudere werknemers zo lang mogelijk in dienst te houden – was in het specifieke geval van de werknemer niet passend omdat de werkgever ten aanzien van deze werknemer niet voldoende inspanningen tot het vinden van ander werk had ondernomen. Het middel was niet noodzakelijk omdat aan de betreffende oudere werknemers geen mogelijkheid werd geboden te kiezen tussen de bescherming die het sociaal plan hen als 'ouder' bood en de financieel aantrekkelijkere regeling die op de jongere werknemers van toepassing was. Het ontbreken van een keuzemogelijkheid achtte de CGB ook in 2006<sup>5</sup> nog doorslaggevend met als gevolg dat geen sprake was van een objectief gerechtvaardigd leeftijds onderscheid.

In 2006<sup>6</sup> kwam de CGB tevens tot het oordeel dat het aanbieden in een sociaal plan van een andere regeling voor werknemers van 58 jaar en ouder dan aan werknemers jonger dan 58 jaar, eveneens een niet objectief gerechtvaardigd onderscheid op grond van leeftijd opleverde. De CGB

overwoog dat de bescherming van de inkomenspositie van oudere werknemers voldoende zwaarwegend is en voorziet in een werkelijke behoefte. Hoewel de regeling van werknemers van 58 jaar en ouder uitgaat van de gedachte dat voor deze groep begeleiding van werk naar werk niet zinvol is, heeft de regeling geen discriminerend oogmerk. Er is im-

In de eerste periode na de inwerkingtreding van de WGBLA kwam de CGB dan ook vrijwel steeds tot het oordeel dat een verplichte ouderenregeling in een sociaal plan niet objectief te rechtvaardigen was

mers niet beoogd deze oudere werknemers uit te sluiten van de arbeidsmarkt (zij kregen ook een outplacementtraject aangeboden) maar juist deze werknemers in bescherming te nemen. De CGB achtte het doel dan ook legitiem. De gekozen leeftijd van 58 jaar achtte de CGB echter niet passend, nu deze leeftijd niet aansloot bij het aangedragen doel voor de gehanteerde leeftijdsgrens. De arbeidsmarktpositie in de betreffende regio verslechterde namelijk al vanaf 45 jaar. Het middel voorzag daarbij ook niet in een volledige inkomensgarantie.

Bescherming van de inkomenspositie van oudere werknemers aanvaardde de CGB in de oordelen van 2005 en 2006 op zichzelf wel als legitiem doel. De gekozen leeftijdsgrens en de voor die groep getroffen regeling moet echter wel aansluiten op de werkelijke arbeidsmarktpositie van de betreffende groep, wil het middel ter bereiking van dat doel passend worden geacht. De eerste aan haar voorgelegde regelingen achtte de CGB vaak niet rechtvaardig omdat de keuzemogelijkheid tussen de 'jongere' regeling en de regeling voor de 'ouderen' ontbrak. Daarnaast vond steeds een toetsing plaats van de gevolgen van de seniorenregeling in individuele gevallen.

### De eerste 'barsten' in de door de CGB uitgezette lijn

In het verlengde van de eerste oordelen van de CGB over seniorenregelingen in arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder de zogenoemde leeftijdsvakantiedagen, heeft W.A.M. de Lange in 2005 op verzoek van de CGB onderzoek gedaan naar de correlatie tussen leeftijd, werkdruk en inzetbaarheid van werknemers.<sup>7</sup> Aanleiding voor dit onderzoek was een aan de CGB voorgelegde zaak over het toekennen van leeftijdsvakantiedagen. In haar opdracht aan De Lange heeft de CGB verzocht een instrument te ontwikkelen waarmee de belasting van functies kan worden gemeten en op objectieve wijze een relatie kan worden gelegd met leeftijd. Hoewel de directe aanleiding voor het onderzoek dus leeftijdsvakantiedagen was, zijn de conclusies in het rapport breder uitgewerkt en hebben deze betrekking op alle vormen van seniorenregelingen. Daarbij moet worden op-

4 CGB oordelen 2005-128, 2005-129, 2005-130.

5 CGB oordeel 2006-172.

6 CGB oordelen 2006-37, 2006-38, 2006-39, 2006-40, 2006-46, 2006-47.

7 W.A.M. de Lange, De wenselijkheid van het maken van onderscheid naar leeftijd, februari 2005.

gemerkt dat in het onderzoek van De Lange geen expliciete verwijzing naar regelingen in een sociaal plan te vinden is. Vervolgens heeft de CGB in 2006 een advies uitgebracht over seniorenregelingen als onderdeel van leeftijdsfasebewust personeelsbeleid waarbij werd voortgeborduurd op het advies van De Lange.<sup>8</sup> De CGB geeft in dit advies aan dat zij bij de beoordeling van de werkelijke behoefte (in cao's) van organisaties aan voorzieningen voor ouderen,

Als de voor de gehele groep getroffen regeling redelijk wordt bevonden, kan de omstandigheid dat het in een individueel geval minder gunstig uitpakt geen verboden onderscheid opleveren

specifiek kijkt naar functiekenmerken in combinatie met maatregelen die binnen de organisatie zijn genomen met als doel de belasting, de belastbaarheid en de inzetbaarheid van oudere werknemers positief te beïnvloeden. Met dit advies werd de aanvankelijk ingezette lijn van de CGB<sup>9</sup> genuanceerd en werden leeftijdsonderscheidende regelingen in een bredere context geplaatst. De CGB acht een beoordeling van (senioren)regelingen in een bredere context op zijn plaats indien blijkt dat sociale partners:

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

Als voorbeeld dienen de zogenoemde leeftijdsvakantiedagen. Waar het toekennen van extra vakantiedagen voor oudere werknemers wordt gemotiveerd met een beroep op het verminderen van de belasting en het verhogen van de belastbaarheid, zal de maatregel op zichzelf genomen moeilijk passend en/of noodzakelijk kunnen worden geacht, aldus ook de CGB in het eerste oordeel over dit onderwerp.<sup>10</sup> Indien deze maatregel onderdeel is van een breder leeftijd- of leeftijdsfasebewust personeelsbeleid, is er echter minder snel aanleiding verboden leeftijdsonderscheid 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 zijn op het reduceren van de nadelen die verbonden zijn aan belastende functiekenmerken, zoals een gezondheidsbeleid, sociaal-

medische begeleiding, het faciliteren van *jobrotation*, taakverbreding en taakverrijking, scholing gericht op blijvende inzetbaarheid en zo meer. Dan past een beoordeling van regelingen binnen de context van het brede beleid.

Later in het jaar 2006 oordeelde de CGB in een zaak dan ook dat het niet zozeer om de afzonderlijke aspecten van de ouderenregeling in het sociaal plan gaat, maar veel meer om het pakket als geheel van de ene groep en de andere groep en de weging van die pakketten tegenover elkaar.<sup>11</sup> Dit werd in 2007 bevestigd door de Kantonrechter Arnhem<sup>12</sup> en in 2007 in een aantal oordelen van de CGB<sup>13</sup>, waarin tevens uitdrukkelijk werd overwogen dat niet een individuele, maar een collectieve vergelijking de basis moet zijn voor de vraag of in een sociaal plan leeftijds onderscheid wordt gemaakt. Als de voor de gehele groep getroffen regeling redelijk wordt bevonden, kan de omstandigheid dat het in een individueel geval minder gunstig uitpakt geen verboden onderscheid opleveren, aldus de CGB. Er kan dan hooguit sprake zijn van een evident onbillijke uitkomst die via de hardheidsclausule van het sociaal plan moet worden opgelost.

### Sociaal plan -> arbeidsvoorwaarden

De doelstelling van regelingen in een sociaal plan is over het algemeen beperkter dan de doelstellingen die werkgevers en werknemers voor ogen hebben bij het samenstellen van een arbeidsvoorwaardenpakket. Leeftijdsspecifieke regelingen in een sociaal plan strekken ertoe werknemers te compenseren voor toekomstige inkomstenderving door het verlies van de arbeidsbetrekking of verandering in de arbeidsvoorwaarden als gevolg van herplaatsing.

Uit haar in 2007 uitgebrachte advies over leeftijds onderscheid in sociale plannen<sup>14</sup>, blijkt dat de CGB rekening houdt met het bijzondere karakter van de factor leeftijd, door de leeftijdsgebonden maatregelen in hun context te beoordelen. De werkgever moet dan wel aantonen dat er redenen zijn om ten behoeve van bepaalde groepen werknemers leeftijdsspecifieke maatregelen te treffen. Tot slot zegt de CGB in dit advies met zoveel woorden dat het rekening houden met de minder goede positie van ouderen op de arbeidsmarkt (op zichzelf) een legitiem doel is voor leeftijds onderscheid. Die minder goede positie is evenwel slechts een startpunt voor de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging van het gemaakte leeftijds onderscheid. In principe kan in individuele zaken worden volstaan met een verwijzing naar die arbeidsmarktpositie.

### Leeftijdsfasebewust personeelsbeleid

Naar aanleiding van het advies van de CGB in 2007 over leeftijds onderscheid in sociale plannen is voorzichtig ge-

8 Seniorenregelingen als onderdeel van leeftijdsfasebewust personeelsbeleid, CGB-Advies/2006/4, 30 maart 2006.

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

10 CGB oordeel 2004-118, «JAR» 2004/223.

11 CGB oordeel 2006-210.

12 Ktr. Arnhem 15 juni 2007, «JAR» 2007/57.

13 CGB oordelen 2007-78, 2007-89 en 2007-182.

14 Leeftijds onderscheid in sociale plannen, CGB-Advies/2007/05, 14 september 2007.

suggereerd dat het erop lijkt dat het gemaakte onderscheid sneller objectief gerechtvaardigd zal zijn als de betreffende maatregelen onderdeel uitmaken van een breder geheel.<sup>15</sup> Het zal gemakkelijker zijn voor een werkgever om in een sociaal plan verschillende regelingen te treffen voor specifieke leeftijdsgroepen binnen zijn bedrijf als die het (logisch) gevolg zijn van of voortvloeien uit eerder gevoerd leeftijdsfasebewust personeelsbeleid. Voor deze gedachte kan steun worden gevonden in het advies van de CGB over leeftijdsonderscheid in sociale plannen<sup>16</sup>: 'De opstellers van een sociaal plan worden geroepen bij het bepalen van doel en voorzieningen in sociale plannen aan te sluiten bij de regeling van employability in cao's en aldus de regeling toe te spitsen op de kansen van ouderen op de arbeidsmarkt in plaats van de minder goede arbeidsmarktpositie van ouderen te benadrukken.'

### De ontwikkelingen die uit de adviezen en oordelen zijn voortgevloeid

De CGB biedt werkgevers gaandeweg dus steeds meer ruimte om ouderenregelingen te rechtvaardigen: het rekening houden met de slechtere arbeidsmarktpositie (wel afhankelijk van de regio<sup>17</sup> en de specifieke sector) van oudere werknemers wordt steeds aanvaard als een legitiem doel.<sup>18</sup> Die slechtere arbeidsmarktpositie van oudere werknemers is onlangs nogmaals onderschreven. Uit een publicatie van het UWV in 'UWV Kwartaal Verkenning', waarvan in *de Volkskrant* van 28 juli 2010 melding is gemaakt, blijkt dat werknemers van 55 jaar of ouder veel moeilijker dan jongere werknemers te herplaatsen zijn.<sup>19</sup> In de oordelen van de CGB, de jurisprudentie en de hiervoor genoemde adviezen van de CGB wordt rekening gehouden met de inkomensbescherming vanwege de slechtere arbeidsmarktpositie. De Kaderrichtlijn<sup>20</sup> biedt daarvoor, zoals Heemskerk<sup>21</sup> opmerkt, de ruimte. Art. 6 lid 1 onder a bepaalt dat lidstaten kunnen bepalen dat leeftijdsonderscheid gerechtvaardigd is door een legitiem doel op de arbeidsmarkt. De richtlijn geeft de bevoegdheid aan lidstaten. Volgens Heemskerk is het bepleitbaar dat Nederland die bevoegdheid heeft benut via de algemene objectieve rechtvaardigingstoets van art. 7 lid 1 sub c WGBLA. Dé kern is echter, zoals Heemskerk terecht opmerkt, dat oudere werknemers in tegenstelling

tot oudere werknemers niet of nauwelijks meer ander werk vinden. Die andere arbeidsmarktpositie zorgt voor ongelijke gevallen en die hoeven niet gelijk behandeld te worden, zoals wij aan het begin van deze bijdrage al hebben opgemerkt.

Voorts heeft de CGB sinds 2006 in meerdere oordelen overwogen dat het legitiem is om bij regelingen van inkomenszekerheid rekening te houden met sociale zekerheidsuitkeringen zoals WW en IOAW<sup>22</sup>. Een ander aspect waarmee dus rekening mag worden gehouden bij het opstellen van ouderenregelingen in een sociaal plan is de sociale zekerheids-, ontslag- en pensioenpositie van de oudere werknemer. Die positie is over het algemeen beter dan de positie van jongere werknemers die voor ontslag worden voorgedragen. Dit gegeven mag worden meegewogen bij de samenstelling van het pakket aan maatregelen voor beide groepen. Weliswaar levert die pensioenpositie of socia-

Het zal gemakkelijker zijn voor een werkgever om in een sociaal plan verschillende regelingen te treffen voor specifieke leeftijdsgroepen binnen zijn bedrijf als die het (logisch) gevolg zijn van of voortvloeien uit eerder gevoerd leeftijdsfasebewust personeelsbeleid

lezerkerheidspositie op zich geen legitieme reden voor het maken van leeftijdsonderscheid (zoals wel het geval is bij een slechtere arbeidsmarktpositie), maar het kan wel een rol spelen bij de inhoudelijke toetsing van de betreffende regeling. De gewenste keuzevrijheid tussen de seniorenregeling en de regeling voor jongere werknemers (die meestal is gebaseerd op de kantonrechtformule) die de CGB aanvankelijk dienaangaande propageerde<sup>23</sup> werd in het advies van de CGB van 2007 gelukkig wat genuanceerd: als iedereen een keuzerecht zou hebben, zou een sociaal plan niet uitvoerbaar zijn in verband met de daaraan verbonden kosten.<sup>24</sup> Het gaat erom dat de oudere werknemer wordt gecompenseerd voor de verwachte inkomstenderving tot aan zijn pensioengerechtigde leeftijd, waarbij rekening mag worden gehouden met collectieve regelingen (WW, IOAW enz.) waarop een werknemer aanspraak maakt.

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

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

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

16 Leefijdsonderscheid in sociale plannen, CGB-Advies 2007/05, 14 september 2007, p. 33.

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

18 Bijvoorbeeld CGB oordelen 2005-69, 2006-210 en 2007-5.

19 Tegenover elke 13 werkloze 55-plussers stond er in 2009 maar één die werd aangenomen. Bedrijven blijken vooral behoefte te hebben aan goed opgeleid personeel en niet te oud personeel, aldus de analyse. Echter, 22% van de werkzoekenden via het UWV is ouder dan 55 jaar, de helft van alle langdurige werklozen is 55 jaar of ouder.

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

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

22 Zie bijvoorbeeld CGB oordeel 2007-78.

23 CGB oordelen 2005-128 t/m 130.

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

wijzend naar de jurisprudentie van het HvJ EG.<sup>25</sup> Ook dit standpunt bleek aan verandering onderhevig: de CGB kent sinds 2007 belang toe aan de rol die sociale partners (niet zijnde het medezeggenschapsorgaan) spelen bij het vaststellen van een sociaal plan.<sup>26</sup> Collectieve afspraken vormen aanleiding om het gemaakte onderscheid terughoudend te toetsen. Uit een tweetal arresten van het HvJ EG kan worden afgeleid dat de Europese wet- en regelgeving voor die terughoudende toetsing ruimte biedt<sup>27</sup>, hoewel daar in de literatuur wisselend over wordt gedacht.<sup>28</sup> Betoogd kan worden dat van een marginale toetsing door de CGB (en rechter) sprake kan zijn indien sociale partners betrok-

renregelingen zoals leeftijdsvakantiedagen – en in de daarop volgende oordelen heeft de CGB haar oordelenlijn ten aanzien van seniorenregelingen uiteengezet. Dit advies van 2006 had geen betrekking op leeftijdsonderscheid in sociale plannen. In het advies van 2007 heeft de CGB wel een specifiek advies gegeven over leeftijdsonderscheid in sociale plannen.<sup>33</sup> Uitgangspunt is en blijft dat de CGB regelingen waarin leeftijdsonderscheid wordt gemaakt afzonderlijk toetst aan de criteria die zijn vastgelegd in de WGBLA.

Seniorenregelingen die deel uitmaken van een levensfasebewust personeelsbeleid worden echter, zoals hiervoor al aangegeven, op een minder strikte wijze, te weten contextueel, beoordeeld dan seniorenregelingen die niet deel uitmaken van zo'n breed personeelsbeleid. Aangezien in de praktijk bleek dat er behoefte was aan verduidelijking van de voorwaarden om contextueel te kunnen toetsen, heeft de CGB in 2009 een opvolgend advies opgesteld.<sup>34</sup> In dit advies is eerst nader uitgewerkt waaraan moet zijn voldaan, wil er sprake zijn van toetsing binnen een breed levensfasebewust personeelsbeleid. Ook wordt ingegaan op overgangsregelingen en een aantal voorgelegde alternatieve regelingen, maar die gaan het bestek van deze bijdrage te buiten en behandelen wij niet.

De CGB hanteert in het advies de ingeburgerde term 'levensfasebewust personeelsbeleid' in plaats van de volgens de CGB onjuiste term 'leeftijd(sfase)gericht personeelsbeleid', zoals gebruikt in het advies van 2006. Wat hier ook van zij, het gaat er inhoudelijk om dat het beleid gericht is op de duurzame en optimale inzetbaarheid van alle medewerkers.

### Het advies van 2009: een definitie van levensfasebewust personeelsbeleid en criteria

Waar het advies van 2006 geen definitie gaf van levensfasebewust personeelsbeleid, geeft de CGB in het advies van 2009 wel een definitie. De CGB verstaat onder levensfasebewust personeelsbeleid een beleid dat:

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

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

33 Voor een uitgebreidere bespreking van dit advies zij verwezen naar C.S. Kehrer-Bot, Jong geleerd oud gedaan: leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid, *ArbeidsRecht* 2007, 55.

34 Advies Commissie Gelijke Behandeling inzake de toetsing van seniorenregelingen aan de WGBLA, CGB-Advies/2009/03, 9 maart 2009.

### De CGB onderstreept dat een eenzijdig door een werkgever vastgesteld levensfasebewust personeelsbeleid niet kan dienen als reden voor contextuele toetsing

ken zijn bij het sociaal plan en duidelijk is dat de gestelde leeftijdsgrens (en de daarmee samenhangende regelingen) voortvloeit uit weloverwogen doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid. Daarbij is van belang dat voldoende inzicht wordt gegeven in de gevolgde gedachtegang.<sup>29</sup>

De overeenstemming met de vakbonden is van belang omdat zij impliceert dat de belangen van de betrokken werknemers zijn meegewogen en dat het resultaat in de gegeven omstandigheden voldoende is bevonden door vakbonden die de belangen van werknemers in de betreffende onderneming of in de branche vertegenwoordigen. Daarbij is van belang dat de betrokken vakbond voldoende representatief is.<sup>30</sup> De CGB verwijst in 2008 met zoveel woorden naar haar rapport uit 2007 en stelt: 'Juist voor de beoordeling van de vraag of een compensatie "redelijk" is te achten, acht de CGB de instemming van de vakbonden die partij zijn bij het sociaal plan van belang.'<sup>31</sup>

### Het meest recente advies van de CGB over seniorenregelingen: verdere nuancering

In het advies van de CGB van 2006<sup>32</sup> – dat vooral was gebaseerd op in de arbeidsvoorwaarden voorkomende senio-

25 HvJ EG 7 februari 1991, zaak C-19/89, Jur. 1991, p. I-297 (NIMZ).

26 CGB-Advies/2007/05.

27 HvJ EG 31 mei 1995, «JAR» 1995/198 (Royal Copenhagen) en HvJ EG 16 oktober 2007, «JAR» 2007/288 (Palacios).

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

29 Leefijdsonderscheid in sociale plannen, CGB-Advies/2007/05, 14 september 2007, p. 32.

30 Vgl. HR 8 juni 2007, «JAR» 2007/162 en Ktr. Haarlem 9 oktober 2006, «JAR» 2007/39, zie over representativiteit van vakbonden uitgebreider S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan CAO's', *ArbeidsRecht* 2006, 44.

31 CGB oordeel 2008-65.

32 CGB-Advies/2006/04.

CGB moedigt noodzakelijk maatwerk aan.

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

Verder dient volgens het advies van de CGB van 2009 sprake te zijn van overeenstemming tussen sociale partners over het levensfasebewust personeelsbeleid. Doorgaans zal dit plaatsvinden tussen werkgever en vakbonden maar in veel cao's zijn alleen kaders opgenomen met betrekking tot het levensfasebewust personeelsbeleid en wordt de concrete invulling overgelaten aan het ondernemingsniveau. Veelal vindt het overleg dan plaats met het medezeggenschapsorgaan. De CGB onderstreept dat een eenzijdig door een werkgever vastgesteld levensfasebewust personeelsbeleid niet kan dienen als reden voor contextuele toetsing. In dat geval zal de CGB regelingen waarin leeftijdsonderscheid wordt gemaakt zoals leeftijdsvakantiedagen en werktijdverkortingen voor oudere werknemers dus afzonderlijk en niet in onderlinge samenhang aan de criteria die zijn vastgelegd in de WGBLA toetsen. Die afzonderlijke toetsing zou naar onze mening ook moeten gelden voor een sociaal plan dat wel met sociale partners is overeengekomen indien het sociaal plan niet voortborduurt op of aansluit bij levensfasebewust personeelsbeleid dat voldoet aan de definitie die de CGB geeft in het advies van 2009 en uit het sociaal plan zelf dat beleid ook niet voortvloeit. Echter, indien het sociaal plan wel voortborduurt op of aansluit bij levensfasebewust personeelsbeleid in de organisatie en met sociale partners is overeengekomen, is er naar onze mening in ieder geval alle redenen om een in een sociaal plan opgenomen seniorenregeling, zoals een andere vertrekregeling voor jongere en oudere werknemers, contextueel te toetsen.

Dit geldt temeer indien de werkgever in kwestie tijdens de loopbaan van de boventallige werknemers veel aan de employability van de werknemer heeft gedaan zoals het bieden van regelmatige scholing.

Ook moet het levensfasebewust personeelsbeleid op een samenhangende en inzichtelijke wijze zijn vastgelegd, waarbij ook inzicht wordt gegeven in de achtergronden van het beleid, aldus het CGB-advies van 2009. Op het niveau waarop het beleid wordt vastgesteld, dient periodiek een evaluatie van dit beleid plaats te vinden en bezien te worden of het beleid moet worden aangepast. De uitkomst van die evaluatie en het daarover gevoerde overleg dient inzichtelijk te worden gemaakt. Het levensfasebewust personeelsbeleid mag geen papieren exercitie blijven, aldus de CGB. De CGB schrijft niet een bepaalde wijze van evaluatie voor. Dit wordt aan sociale partners overgelaten.

Indien minimaal aan de door de CGB in het advies van 2009 genoemde voorwaarden, die wij hiervoor uiteengezet hebben, is voldaan, is er sprake van een levensfasebewust personeelsbeleid dat als basis voor contextuele toetsing zal worden gebruikt. In dit kader gaat de CGB na of de betreffende seniorenregeling, in combinatie met andere regelingen, een serieus te nemen bijdrage levert aan het behoud van duurzame inzetbaarheid van de (oudere) werknemer. Bij de contextuele toetsing zal sneller worden aangenomen dat sprake is van een legitiem doel. Voorts zal op een lichtere of minder strikte wijze worden getoetst of sprake is van een passend en noodzakelijk middel.

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

Bezien we de adviezen van de CGB van 2007 en 2009 over respectievelijk leeftijdsonderscheid in sociale plannen en seniorenregelingen in het algemeen en de oordelen van de CGB van 2007 en daarna, dan wordt duidelijk dat vrijwel alle seniorenregelingen in een sociaal plan de toets der kritiek doorstaan. De CGB houdt daarbij, anders dan kort na

Indien minimaal aan de door de CGB in het advies van 2009 genoemde voorwaarden is voldaan, is er sprake van een levensfasebewust personeelsbeleid dat als basis voor contextuele toetsing zal worden gebruikt

inwerkingtreding van de WGBLA, inmiddels wel rekening met de sociale uitkeringen, VUT, de pensioendatum en het beschikbare budget van het sociaal plan. Indien dan is gekozen voor een regeling die het meest recht doet aan de arbeidsmarktpositie van de werknemers in de verschillende leeftijdscategorieën en die niet is gebaseerd op (louter) financiële argumenten terwijl de leeftijdsgrens is gekozen in samenspraak met sociale partners, is sprake van objectief gerechtvaardigd leeftijdsonderscheid. De CGB oordeelde in 2009 bijvoorbeeld dat een seniorenregeling vanaf 57,5 jaar

waarbij een aanvulling werd gegeven op de WW of IOAW tot aan de prepensioendatum objectief gerechtvaardigd is.<sup>35</sup> Ook een regeling in een sociaal plan waar onderscheid werd gemaakt tussen werknemers geboren in of na 1950 dan wel voor 1950 werd objectief gerechtvaardigd geacht.<sup>36</sup> De werkgever had toegelicht dat zij de eenmalige uitkering voor werknemers geboren voor 1 januari 1950 maximeert

De CGB maakt zich in verschillende adviezen sterk voor het voeren van leeftijdsfasebewust personeelbeleid maar trekt deze lijn naar onze mening nog onvoldoende door naar seniorenregelingen in een sociaal plan

tot de pensioenrichtleeftijd (61 jaar) die op hen van toepassing is, omdat zij wil voorkomen dat werknemers oneigenlijk worden verrijkt door de eenmalige uitkering. Als de uitkering niet zou worden gemaximeerd, zouden sommige werknemers in een gunstiger financiële positie komen te verkeren dan wanneer hun dienstverband niet zou zijn beëindigd vanwege een reorganisatie. Dit zou vooral voor ouderen met een lang dienstverband gelden terwijl juist deze groep vanwege een eerdere pensioenrichtleeftijd dan de jongere werknemers (65 jaar) recht heeft op een overbruggingspensioen van 70% van hun laatstverdiende loon. Daarnaast tracht de werkgever met de maximering van de eenmalige uitkering het budget dat beschikbaar is voor de reorganisatie zo eerlijk mogelijk te verdelen. De CGB acht het middel legitiem en ook geschikt om de twee genoemde elementen van het doel te behalen (tegengaan van oneigenlijk financieel voordeel en eerlijke verdeling van het budget). Verder is er volgens de CGB geen ander minder onderscheidmakend alternatief.

Waar de CGB in 2005 en 2006 nog niet (echt) rekening hield met sociale uitkeringen, pensioendatum en beschikbaar budget maar vrijwel uitsluitend bezag of de leeftijdsgrens daadwerkelijk aansloot bij de slechtere arbeidsmarktpositie van oudere werknemers, zelfs of daarvan sprake was in het individuele geval in plaats van een groep werknemers en aanvankelijk vond dat er een keuze tussen de regeling voor jongere en oudere werknemers moest zijn<sup>37</sup>, toetst de CGB seniorenregelingen in een sociaal plan inmiddels dus inderdaad genuanceerder.<sup>38</sup>

In Europees verband valt steun te vinden voor genoemde ontwikkelingen, in het bijzonder het aansluiten bij de pensioensituatie van oudere werknemers. Hoewel in het Hlozek-arrest geen discriminatie aanwezig werd geacht omdat het ging om ongelijke gevallen, kon het HvJ EG zich wel vinden in de aansluiting die de sociale partners hadden gezocht bij de wettelijke pensioenleeftijd.<sup>39</sup> Ook in het Palacios-

os-arrest oordeelde het HvJ EG de regeling niet onredelijk, onder meer omdat rekening wordt gehouden met de aanspraak van de 65-jarige werknemers op een ouderdomspensioen. Het HvJ EG geeft aan dat het van rechtswege ontbinden van een arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd onderscheid naar leeftijd oplevert, maar dat een dergelijk onderscheid gerechtvaardigd wordt door legitieme doelstellingen onder meer ten aanzien van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding.<sup>40</sup> Die doelstelling hoeft niet expliciet te worden genoemd in de regeling waarmee onderscheid wordt gemaakt. In het voorliggende geval was het doel het bestrijden van werkloosheid. De regeling komt niet onredelijk voor, temeer niet nu de regeling niet alleen uitgaat van een vaste pensioenleeftijd, maar ook rekening houdt met de aanspraak van de 65-jarige werknemers op een ouderdomspensioen. Doordat het instrument van de gedwongen pensionering toe kan worden gepast in cao's kan bovendien rekening worden gehouden met de kenmerken van de betrokken arbeidsplaatsen.

## Conclusie

Wij constateren uit de oordelen van de CGB van de afgelopen drie jaar dat – binnen de hiervoor geschetste kaders – seniorenregelingen in een sociaal plan, nadat de eerste vraag of de regeling (direct of indirect) onderscheid maakt positief is beantwoord, de toets van de objectieve rechtvaardiging over het algemeen doorstaan. Opvallend is dat de CGB in de meeste oordelen geen overwegingen wijdt aan het al dan niet voeren (of gevoerd hebben) van leeftijdsfasebewust personeelsbeleid binnen de organisatie, terwijl dit naar onze mening een belangrijk toetsingsinstrument zou moeten zijn voorafgaand aan de beoordeling van de (senioren)regelingen in het sociaal plan in het kader van de WGBLA.

De CGB maakt zich in verschillende adviezen sterk voor het voeren van leeftijdsfasebewust personeelbeleid en betreft dit in haar beoordeling van arbeidsvoorwaarden die onderscheid maken naar leeftijd (leeftijdsvakantiedagen, uitsluiting van ploegdiensten voor oudere werknemers enz.) maar trekt deze lijn naar onze mening nog onvoldoende door naar seniorenregelingen in een sociaal plan. Het voeren van leeftijdsfasebewust personeelbeleid zou een eerste toets moeten zijn voor de beoordeling van seniorenregelingen in een sociaal plan, waarbij met name gekeken zou moeten worden naar de mate waarin die regelingen aansluiten op eerder gevoerd beleid ten aanzien van die groep werknemers. Indien vast komt te staan dat die aansluiting er is, is er aanleiding om de seniorenregelingen in een sociaal plan terughoudend te toetsen: zij zijn immers een uitvloeisel van een (reeds gedurende het dienstverband) breed opgezet pakket aan maatregelen. Die terughoudende toetsing wordt nog eens versterkt indien het sociaal plan tot stand is gekomen met sociale partners, die naar alle

35 CGB oordeel 2009-13.

36 CGB oordeel 2009-99.

37 CGB oordelen 2005-128-130 en 2006-37-40, 2006-46 en 2006-47.

38 Zie ook CGB oordelen 2008-66, 2009-21, 2009-124.

39 HvJ 9 december 2004, «JAR» 2005/16 (Hlozek).

40 HvJ 16 oktober 2007, «JAR» 2007, 288 (Palacios).



waarschijnlijkheid ook betrokken zijn geweest bij het opzetten van het leeftijdsfasebewust personeelsbeleid. In deze situatie zou een toetsing op hoofdlijnen moeten kunnen volstaan.

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

### Stappenplan wordt checklist

De hiervoor genoemde ontwikkelingen geven aanleiding het eerder door ons vastgestelde stappenplan op onderdelen aan te passen.<sup>41</sup> Wij hebben ervoor gekozen het stappenplan om te zetten in een checklist, waarin de conclusies uit de ontwikkelingen als hiervoor besproken zijn verwerkt.

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

<sup>41</sup> Mevrouw mr. E.L.J. Bruyninckx en mevrouw mr. C.S. Kehrer-Bot, 'Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij toepassing sociaal plan', *ArbeidsRecht* 2006/42.

8. De getroffen regeling voor de afzonderlijke leeftijdscategorieën moet worden afgezet tegen eventuele socialezekerheids-, ontslag- en pensioenregelingen.
9. De regeling voor elke afzonderlijke leeftijdscategorie moet voldoen aan het gestelde doel en in verhouding staan tot de getroffen regeling voor (de) andere leeftijdscategorie(ën), mede in het licht van de beschikbare financiële middelen.

### Tot slot

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



#### Over de auteur

Mw. mr. C.S. Kehrer-Bot is verbonden aan Employment Law Support te Rotterdam.



#### Over de auteur

Mw. mr. E.L.J. Bruyninckx is advocaat bij AKD te Rotterdam.