

ANNOTATIE

# Rechtvaardiging van discriminatie op grond van leeftijd en op grond van handicap vergeleken: gehandicapten zijn ongelijker dan ouderen

*prof. mr. dr. W.L. Roozendaal*

## Inleiding

Zoals bekend is het Europese gelijkebehandelingsrecht sinds de eeuwwisseling flink uitgebreid wat betreft het aantal discriminatiegronden. De oudste vorm van verboden discriminatie is uiteraard die op grond van geslacht, waaraan eind jaren negentig werd toegevoegd discriminatie van deeltijders en flexibele arbeid. Richtlijn 2000/78 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (de Kaderrichtlijn) breidde de bescherming tegen discriminatie uit met de gronden godsdienst en levensovertuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid. Geleidelijk wordt duidelijk dat niet op al deze gronden dezelfde afwegingen van toepassing zijn. In de onderhavige uitspraak blijkt dat een regel waarmee een oudere gehandicapte werd benadeeld, wel gerechtvaardigd was vanuit het oogpunt van leeftijdsdiscriminatie, maar niet vanuit het oogpunt van discriminatie van gehandicapten.

## De feiten

Het gaat in deze zaak om een prejudiciële vraag van de arbeidsrechter in München. Verzoeker in het hoofdgeding, Odar, was sinds 1979 in dienst bij Baxter als marketing manager. Op initiatief van Baxter is de arbeidsverhouding in 2009 tot een einde gekomen om bedrijfseconomische redenen. Op grond van het sociaal plan is Odar een vergoeding van ruim € 300.000 toegekend.

Odar was echter van mening dat hem het dubbele daarvan toekwam. Volgens hem zijn de rekenregels voor de berekening van een vergoeding in het sociaal plan in strijd met het recht

op gelijke behandeling op grond van leeftijd en het recht op gelijke behandeling op grond van handicap. Op grond van die regels wordt de hoogte van de vergoeding waarop werknemers van die onderneming recht hebben berekend volgens een standaardformule gebaseerd op het aantal dienstjaren bij de onderneming. Die maatstaf geldt echter niet onverkort voor iedereen. Voor werknemers die ouder zijn dan 54, wordt de ontslagvergoeding berekend op basis van de vroegst mogelijke pensioendatum, met dien verstande dat de vergoeding ten minste de helft bedraagt van de op grond van het aantal dienstjaren berekende vergoeding. Werknemers die, zoals Odar, een ernstige handicap hebben, hebben recht op pensionering op 60-jarige leeftijd in plaats van op 65-jarige leeftijd. De ontslagvergoeding van Odar werd dus niet alleen lager vanwege zijn leeftijd, maar ook vanwege zijn handicap.

### **Oordeel van het Hof van Justitie: leeftijd**

Het Hof behandelt eerst de vraag of het onderscheid op grond van leeftijd kan worden gerechtvaardigd. De mogelijkheid directe discriminatie op grond van leeftijd te rechtvaardigen is een stuk ruimer dan die mogelijkheid bij de meeste andere discriminatiegronden. Artikel 6 lid 1 van de richtlijn bepaalt:

‘Niettegenstaande artikel 2, lid 2, kunnen de lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd 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. (...)’.

In het vervolg van de bepaling worden voorbeelden gegeven van legitieme doelstellingen, zoals voorwaarden voor ontslag en beloning voor jongeren en oudere werknemers en werknemers met personen ten laste, teneinde hun opnemingsproces in het arbeidsproces te bevorderen en hun bescherming te verzekeren. Bij het onderzoek naar de rechtvaardiging van de regeling in het sociaal plan, onderzoekt het Hof of de doelstelling ervan binnen de in artikel 6 opgesomde doelstellingen valt.

In het geval van Odar was de litigieuze regeling vastgesteld tussen de werkgever en de ondernemingsraad in het kader van een wettelijk verplicht af te sluiten sociaal plan. Het sociaal plan zelf bevatte geen informatie over de doelstellingen van de regel, maar de Duitse regering lichtte toe dat de nationale wetgeving waarin een sociaal plan verplicht is gesteld, ten doel heeft een compensatie voor de toekomst toe te kennen, jongere werknemers te beschermen, hen te helpen bij de re-integratie in het arbeidsproces en daarbij rekening te houden met de noodzaak de beperkte financiële middelen van een sociaal plan rechtvaardig te

verdelen.

Deze doelstellingen vallen volgens het Hof binnen de legitieme doelstellingen zoals bedoeld in artikel 6 van de Richtlijn. Zij kunnen volgens het Hof, als uitzondering op het beginsel van het verbod van discriminatie op grond van leeftijd, verschillen in behandeling rechtvaardigen die verband houden met onder meer 'het creëren van bijzondere "...” arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, met inbegrip van voorwaarden voor ontslag en beloning voor jongeren, oudere werknemers "...”, teneinde hun opnemingsproces in het arbeidsproces te bevorderen, en hun bescherming te verzekeren' in de zin van artikel 6 lid 1 tweede alinea van Richtlijn 2000/78. Het Hof ziet bovendien als legitiem doel te voorkomen dat de ontslagvergoeding ten goede komt aan personen die geen nieuwe dienstbetrekking zoeken, maar een vervangingsinkomen in de vorm van een ouderdomspensioen zullen ontvangen (punt 44, zie in die zin reeds HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08, *NJ* 2011, 1, AR 2010-0832 (Andersen)). Vervolgens gaat het Hof na of de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn en of zij niet verder gaan dan noodzakelijk is om die doelstelling te verwezenlijken. Met inachtneming van de beoordelingsmarge van lidstaten en in dit geval sociale partners meent het Hof dat dit het geval is, waarbij het Hof nog verwijst naar het feit dat sociale partners een grondrecht hebben uitgeoefend bij de totstandkoming van het sociaal plan (zie in die zin ook al HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09, AR 2010-0831 (Rosenblatt) punt 67). Kort gezegd is het Hof dus van mening dat, gegeven het feit dat de middelen voor het geven van ontslagvergoedingen aan af te vloeien werknemers beperkt zijn, een met name voor jongere werknemers rechtvaardige verdeling wordt bereikt als rekening wordt gehouden met het feit dat oudere werknemers minder behoefte hebben aan een ontslagvergoeding omdat zij op termijn een ouderdomspensioen zullen ontvangen.

### **Oordeel van het Hof van Justitie: handicap**

Vervolgens constateert het Hof dat het sociaal plan ook, door rekening te houden met de vroegst mogelijk pensioendatum, indirect onderscheid op grond van handicap maakt. Van een dergelijk onderscheid is sprake, als een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een handicap in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt. Volgens artikel 2 lid 2 sub b onder i van de Richtlijn is dergelijk onderscheid verboden, tenzij het onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Eerst toetst het Hof of de vergelijking met andere personen hier wel op gaat. De vraag is of werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd naderen, zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van andere bij het sociaal plan betrokken personen. Dat is volgens het Hof het geval. Hun arbeidsverhouding wordt namelijk om dezelfde redenen en onder dezelfde

voorwaarden beëindigd. Het verschil dat ernstig gehandicapte werknemers drie jaar eerder dan niet-gehandicapte werknemers aanspraak kunnen maken op een pensioen, maakt volgens het Hof niet dat zij zich ten opzichte van deze werknemers in een bijzondere situatie bevinden. Met andere woorden, het Hof vindt het verschil in pensioenleeftijd niet relevant genoeg om te constateren dat de gevallen niet vergelijkbaar zijn.

Vervolgens wordt de legitimiteit van het doel en de geschiktheid van het middel nog eens aan de orde gesteld. Vastgesteld wordt nogmaals, dat het doel van de regeling in het sociaal plan legitiem is en het middel geschikt. Echter, onderzocht wordt ook nog of het sociaal plan verder gaat dan noodzakelijk is om de nagestreefde doelen te bereiken. Daarvoor moet deze bepaling volgens het Hof worden beschouwd in de context waarin zij is opgenomen en moet het nadeel in aanmerking worden genomen dat zij de betrokken personen kan berokkenen (r.o. 65).

Volgens Baxter en de Duitse regering wordt het nadeel van de lage ontslagvergoeding voor Odar gecompenseerd door het voordeel van de vroegere pensioendatum. Feitelijk komt dit neer op hetzelfde argument als eerder werd gehonoreerd in het geval van leeftijd in punt 44 en in het arrest Andersen. Het Hof kiest echter voor een andere benadering. Het Hof stelt dat van deze rechtvaardigingsgrond niet gezegd kan worden dat hij niets van doen heeft met discriminatie op grond van handicap. Bovendien doet een dergelijk betoog volgens het Hof afbreuk aan het nuttig effect van de nationale bepalingen waarin dit voordeel is neergelegd, en die als bestaansgrond hebben in algemene zin de bijzondere problemen en risico's waarmee ernstig gehandicapte werknemers worden geconfronteerd, in aanmerking te nemen.

De sociale partners hebben volgens het Hof mitsdien onvoldoende rekening gehouden met de bijzondere behoefte van ernstig gehandicapten. Niet alleen hebben gehandicapten veel meer moeite met het vinden van een nieuwe baan, ook hebben zij, naar verondersteld mag worden, veel meer onontkoombare financiële behoeften, die met het klimmen van de jaren alleen maar groter worden. Daarom worden de legitieme belangen van ernstig gehandicapte werknemers buitensporig aangetast, en gaan ze aldus verder dan noodzakelijk is om de door het sociaal beleid van de Duitse wetgever nagestreefde doelstellingen te bereiken (r.o. 70).

### **Differentiatie van gronden**

Bijzonder aan deze uitspraak is ten eerste het verschil in de uitkomst van de afweging als het gaat om leeftijdsdiscriminatie versus discriminatie van gehandicapten. In de Verenigde Staten differentieert het Hooggerechtshof in toetsingsintensiteit bij verschillende discriminatiegronden, waarbij ras de zwaarst getoetste grond is, geslacht, middelzwaar, en leeftijd de lichtste toets ondergaat (vgl. T. Loenen, *Gelijkheid als juridisch beginsel*, Boom Juridische uitgevers 2009, p. 50). Een dergelijk systeem is zich ook in Europa aan het

ontwikkelen. Dat is uiteraard te zien aan het feit dat de onderhavige Richtlijn veel meer uitzonderingen biedt op het verbod op discriminatie op grond van leeftijd, dan bij de meeste andere discriminatiegronden mogelijk is. Het is nu ook te zien aan deze uitspraak van het Hof van Justitie. Handicap valt, althans volgens deze uitspraak, in een veel zwaardere categorie dan leeftijd. Bij leeftijd mag het feit dat de betreffende regeling door onderhandelingen tussen de sociale partners tot stand is gekomen zwaar wegen, en zijn de eisen die aan het doel van de regeling en de geschiktheid van het middel worden gesteld niet zwaar te noemen. Bij handicap daarentegen doet het Hof een nader onderzoek naar de belangen van gehandicapte werknemers.

### **Proportionaliteitstoets in enge zin**

Ten tweede is aan deze uitspraak interessant de techniek waarvan het Hof van Justitie zich bedient bij de rechtvaardigingstoets bij dit onderzoek naar de belangen van gehandicapte werknemers. In de literatuur wordt voor het toetsingsmodel van de rechtvaardiging van discriminatie het Hof regelmatig de term proportionaliteitstoets gehanteerd. Deze toets bestaat als gezegd uit onderzoek naar de legitimiteit van het doel en de passendheid en noodzakelijkheid van het middel. Dit kan worden aangeduid als de proportionaliteitstoets 'in ruime zin'. Sinds het Mangold-arrest (HvJ EG 22 november 2005, C-144/04) heeft het Hof in uitspraken over leeftijdsdiscriminatie een element toegevoegd aan deze toets dat kan worden aangeduid als een toets aan het proportionaliteitsbeginsel of evenredigheidsbeginsel in enge zin (zie voor de aanduiding 'in engere zin' ook de Conclusie van de A-G van 6 mei 2010 bij C-499/08 (Andersen), punt 68). De term wordt al sinds begin jaren negentig gebruikt in meer algemene Europeesrechtelijke context, waar het meestal in verband wordt gebracht met het toetsen van de beleidsvrijheid van lidstaten (vgl. b.v. J.H. Jans, 'Evenredigheid revisited', *Sociaal Economisch Weekblad* 2000, 7/8, p. 270-282, die het ook aanduidt als 'evenredigheid stricto sensu'). Deze term wordt daarnaast ook gebezigd in verband met de belangenafweging die het EVRM aanlegt bij de rechtvaardiging van inbreuken op rechten op grond van bv. art. 8, 9 of 10 lid 2 EVRM (zie bv. J.H. Gerards, 'Concrete redelijkheidstoetsing en de rechtspraak van het EVRM', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht* (Alkema-bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 169-188).

Het evenredigheidsbeginsel in enge zin wordt door het Hof in Mangold aangemerkt als 'een van de algemene rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan de communautaire rechtsorde'. Op grond daarvan zijn maatregelen, zelfs wanneer zij dienen ter verwezenlijking van legitieme doelen, niet passend en noodzakelijk als zij leiden tot een excessieve inbreuk op de gerechtvaardigde aanspraken van werknemers. De betrokken lidstaat is op grond hiervan derhalve verplicht het juiste evenwicht te vinden tussen de verschillende betrokken belangen. Deze evenredigheidstoets of proportionaliteitstoets in enge zin kwam in de

gelijkebehandelingsrechtspraak tot dan toe alleen sporadisch voor bij de rechtvaardiging van uitzonderingen op het verbod van directe discriminatie op grond van geslacht (in HvJ EG 15 mei 1986, C-222-84 (Johnston), nadien ook in HvJ EG 26 oktober 1999, C-273/97 (Sirdar); HvJ EU 19 maart 2002, C-476/99 (Lommers)). Na Mangold is de extra toets vaker toegepast, steeds bij directe discriminatie op grond van leeftijd (HvJ EU 16 oktober 2007, C-411/05 (Palacios), punt 73; HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08 (Andersen), punt 32; HvJ EU 12 oktober 2012, C-45/09 (Rosenblatt); HvJ EU 18 november 2012, C-250/09 en C-298/09 (Georgiev) punt 54; HvJ EU 21 juli 2011, C-159/10 (Fuchs), punt 63 en 64). Wel heeft de toets inmiddels aan intensiteit afgenomen, zoals ook Veldman opmerkt (A.G. Veldman, 'Contouren van het Europese leeftijdsdiscriminatie recht', *TRA* 2012/4). Het Hof legt in latere uitspraken over leeftijdsdiscriminatie meer nadruk op de autonomie van lidstaten en met name sociale partners, hetgeen ook blijkt uit de onderhavige uitspraak.

Maar nu is de proportionaliteitstoets in enge zin dus ook toegepast bij indirecte discriminatie op grond van handicap. Dat gebeurt in het kader van de vraag of het middel noodzakelijk is om het doel te bereiken. Niettemin is er sprake van een typische proportionaliteitstoets in enge zin. Essentie van de proportionaliteitstoets in enge zin is dat nadat het doel van degene die onderscheid maakt en het middel waarmee dat doel kan worden bereikt in de afweging zijn betrokken, ook het belang bij het bereiken van het doel wordt afgewogen tegen het belang van de klager om niet op de betreffende wijze benadeeld te worden. Het effect van het meewegen van de belangen van de betrokken werknemers die klagen over een inbreuk op hun recht is duidelijk te zien in deze uitspraak. Bij de grond leeftijd wordt in deze uitspraak niet daadwerkelijk nagegaan hoe ingrijpend het is voor de oudere werknemers een lagere ontslagvergoeding te ontvangen. Bij de grond handicap wordt die vraag wel gesteld, en dit levert ook een bijzonder antwoord op: ook al zijn de middelen van de werkgever schaars en krijgt de gehandicapte een pensioen, toch is het onevenredig omdat de gemiddelde ernstig gehandicapte een veel grotere financiële behoefte heeft, die ook nog eens stijgt met het voortschrijden van de leeftijd. Daarom is het niet gerechtvaardigd juist gehandicapten een lagere vergoeding te geven.

Door Veldman is wel gesteld dat de evenredigheidstoets in enge zin die het Hof heeft geïntroduceerd bij leeftijdsdiscriminatie, een nadelig effect heeft voor de betrokken werknemers ten opzichte van de 'minst beperkend middel'-toets (A.G. Veldman, 'Contouren van het Europese leeftijdsdiscriminatie recht', *TRA* 2012/4). Volgens Veldman is de laatste toets strikter omdat het fundamentele recht van gelijke behandeling voorop staat. Bij de belangentoets weegt het belang niet gediscrimineerd te worden volgens haar niet mee. Naar mijn mening moet het toevoegen van de belangenafweging veeleer worden gezien als een extra kans om de belangen van de klager bij gelijke behandeling te beschermen. In dit geval

pakt het in ieder geval duidelijk positief uit voor de gehandicapte. Nadeel van de proportionaliteitstoets in enge zin is voorts, dat het ertoe kan leiden dat algemeen beleid steeds in individuele gevallen ter discussie kan worden gesteld (zie het commentaar bij HR 13 juli 2012, LJN BW3367 (KLM), *AR 2012-0662, m.nt. A.R. Houweling*; en wederom A.G. Veldman, ‘Communautaire beschermingsbeginselen en de gevolgen voor het nationaal arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid’, *ArA 2006, nr. 3, p. 95-96*). Dit zorgt ervoor dat in potentie voor generieke maatregelen met een nadelig effect op werknemers met een bepaald beschermd kenmerk, voor elke werknemer opnieuw moet (en kan) worden beoordeeld of in de omstandigheden van de klager voldaan is aan het evenredigheidsvereiste. Het Hof van Justitie kiest hier echter niet voor een belangenafweging waarin daadwerkelijk de belangen van de klager in kwestie worden onderzocht. Het gebruikt een categorale afweging, waarin veronderstellingen worden gedaan over de behoeften van gehandicapten in het algemeen. Daarmee wordt mijns inziens een werkbare invulling gegeven aan de proportionaliteitstoets in enge zin.

### **Bescherming van gehandicapten**

Bijzonder aan deze uitspraak is ten slotte dat het een van de eerste uitspraken is over de discriminatiegrond handicap. De vorige uitspraak ging over het begrip handicap, welk begrip niet automatisch zieke werknemers insloot (HvJ EU 11 juli 2006, C-13/05, Chacón Navas). De grond handicap zal voor het Hof vermoedelijk nog tot veel hoofdbreken leiden, omdat het bij deze grond bijna onmogelijk is te blijven opteren voor het model van formele gelijkheid waar het Hof doorgaans voor kiest. Gehandicapten hebben het niet alleen moeilijk op de arbeidsmarkt vanwege vooroordelen en onware stereotypen, waar formele gelijkheid bescherming tegen biedt, maar ze hebben het ook geregeld moeilijk vanwege daadwerkelijke nadelen die zij vanwege hun handicap ervaren in de concurrentiestrijd met andere, gezonde werknemers. Het bieden van bescherming tegen de gevolgen van die daadwerkelijke nadelen is gebaseerd op de gedachte van ‘substantiële’ gelijkheid. Die ‘ongelijkheidscompensatie’ is uitdrukkelijk een doelstelling van de Richtlijn (zie overweging 6; 9; 16; 20; 21) die onder andere wordt uitgewerkt in de verplichting om redelijke aanpassingen te treffen voor gehandicapten op de werkplek (art. 5). Anderzijds eist de Richtlijn niet dat iemand in dienst genomen, bevorderd, in dienst gehouden of opgeleid wordt die niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van de betreffende functie uit te voeren of om een bepaalde opleiding te volgen (overweging 17). Deze overweging is juist een uitdrukking van het streven naar formele gelijkheid.

Derhalve is het een interessante vraag in hoeverre het Hof bereid zal zijn om ten behoeve van de gehandicapten een meer substantiële benadering van gelijke behandeling te ondersteunen. Dat heeft het Hof in het geval van de grond geslacht geregeld achterwege gelaten (zie bv. HvJ

EU 19 maart 2002, C-476/99 (Lommers) en HvJ EG 11 november 1997, C-409/95 (Marschall) over positieve actie). Deze uitspraak laat in ieder geval zien dat het Hof hoge eisen stelt aan de rechtvaardiging van benadeling van gehandicapten. De vraag of het Hof ook bevoordeling van gehandicapten zou eisen of zich soepel zal opstellen bij de bevoordeling van gehandicapten (denk aan extra leeftijdsdagen), is daarmee nog niet beantwoord.

### **Gevolgen voor Nederland**

Reeds eerder was duidelijk dat het beperken van ontslagvergoedingen vanwege een naderend pensioen gerechtvaardigd kon zijn (Andersen). Dat geldt dus ook voor de wijze waarop de kantonrechtersformule rekening houdt met een naderend pensioen (Aanbeveling 3.5). Deze uitspraak maakt voorts nog eens duidelijk dat de rechtvaardiging van directe leeftijdsdiscriminatie wel moet geschieden in de context van de doelstellingen zoals (o.a.) genoemd in artikel 6 van de Richtlijn. Dit vereiste wordt niet genoemd in de Nederlandse Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd, maar artikel 7 lid 1 sub c van die wet zal wel richtlijnconform moeten worden geïnterpreteerd. Dat betekent dat een 'werkelijke behoefte van de onderneming' niet volstaat als legitiem doel (zoals het geval is bij indirecte discriminatie op grond van geslacht), maar dat gezocht moet worden naar doelen van sociaal beleid. Wel mogen die doelen ook ingeroepen worden door werkgevers en sociale partners bij het rechtvaardigen van ondernemingsbeleid of cao-bepalingen. Wat de ontslagpositie van gehandicapten betreft, bieden het toetsingskader van het Ontslagbesluit en de Aanbevelingen van de kring van kantonrechters mijns inziens voldoende ruimte om rekening te houden met de bijzondere positie van (ernstig) gehandicapten. Wel moet bedacht worden dat blijkens deze uitspraak in een sociaal plan geen verschil mag worden gemaakt tussen werknemers met een WW-uitkering of met een WIA-uitkering, voor zover dat onderscheid gehandicapten zou benadelen. Het enkele feit dat een WIA-uitkering langer kan duren rechtvaardigt blijkens deze uitspraak niet zonder meer de toekenning van een lagere ontslagvergoeding, als het gaat om ontslag van gehandicapten in de zin van de Kaderrichtlijn.