

ANNOTATIE

Leeftijdsonslag en de WGBL: hoe verkeerspiloten bij KLM objectief gerechtvaardigd de deur uitvliegen

A.R. Houweling

Inleiding

Sinds de arresten *Palacios de la Villa* (HvJ EU 16 oktober 2007, C-411/05, LJN BB8540) en *Age Concern* (HvJ EU 5 maart 2009, C-388/07, LJN BH6032, AR 2009-162) wordt vrij algemeen aanvaard dat het van rechtswege beëindigen van het dienstverband wegens het bereiken van de nationaal pensioengerechtigde leeftijd (in Nederland thans nog 65 jaar) in de ogen van de Europese rechter de toets van objectieve rechtvaardiging kan doorstaan. Recent prikkelde Heemskerk de lezer van het tijdschrift *ArbeidsRecht* met de vraag of leeftijdonslag onder 65 jaar wel mogelijk is. (M. Heemskerk, 'Zet het *Lufthansa*-arrest een streep door pensioenonslag onder 65 jaar?', *ArbeidsRecht* 2012/28). Hij concludeerde dat het *Lufthansa*-arrest (ook wel bekend als het *Prigge*-arrest: HvJ EU 13 september 2011, C-447/09, AR 2011-745) het leeftijdonslag onder 65 jaar door individuele werkgevers een zware slag lijkt te hebben toegebracht. Ook Veldman vroeg zich af of het Hof van Justitie leeftijdonslag in cao's onder de nationaal vastgestelde pensioengrens zonder meer zal accepteren. Beide auteurs wezen in dit verband op de overweging van het Hof dat sociale partners het grondrecht van gelijke behandeling mogen beperken, maar daartoe wel door de lidstaten gemachtigd moeten zijn (vgl. A.G. Veldman, 'Automatisch pensioenonslag van verkeerspiloten op zestig jaar niet toegestaan', *TRA* 2011/106). In de noot bij het *Lufthansa*-arrest concludeerde Van den Berge ten slotte dat het leeftijdonslag onder 65 jaar zoals dat bij KLM wordt gehanteerd, niet langer objectief gerechtvaardigd is. De auteur wees erop dat met name niet (langer) zou zijn voldaan aan de 'noodzakelijkheidstoets'. De Hoge Raad besliste op 13 juli 2012 evenwel anders: ook leeftijdonslag onder 65 jaar is toegestaan mits sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond.

In essentie bevestigde de Hoge Raad hiermee zijn eerdere rechtspraak inzake leeftijdonslag van verkeersvliegers (HR 8 oktober 2004, LJN AP0424, NJ 2005, 117, (Van Pelt/Martinair) en HR 8 oktober 2004, LJN AP0425). Belangrijk verschil met het hier te bespreken arrest, is dat ten tijde van de eerdere arresten van de Hoge Raad de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) nog niet was geïmplementeerd, althans de zaken nog niet onder de werking van de WGBL vielen. Een tweede belangrijk verschil is dat het Hof van Justitie

vanaf 2005 een aantal belangrijke arresten heeft gewezen inzake leeftijdsontslag (HvJ EG 22 november 2005, C-144/04 (Mangold), Palacios de la Villa, a.w., Age Concern, a.w., Rosenblatt, HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09, AR 2010-831 (Rosenblatt/Oellerking Gebäudereinigungsges.), Prigge, a.w., en meer) waardoor een herbeoordeling van de onderhavige materie geen overbodige luxe leek. Opnieuw legt de Hoge Raad een toetsing van objectieve rechtvaardiging aan (interessant is te wijzen op Jacobs die in 2005 concludeerde dat de implementatie van de WGBL geen wezenlijke invloed zou moeten hebben op de relevante rechtsvraag, omdat zowel voor als na implementatie de Hoge Raad de toets van objectieve rechtvaardigingsgronden zou moeten aanleggen: A.T.J.M. Jacobs, 'Kanttekeningen bij de toelaatbaarheid van verplichte vervroegde pensionering', *ArA* 2005-1, p. 37).

De Hoge Raad schetst met dit arrest voorts een voor de rechtspraak belangrijk toetsingskader voor gerechtvaardigd leeftijdsonderscheid *onder* 65 jaar. In dit commentaar zal bij de volgende twee onderwerpen worden stilgestaan: 1. Zijn sociale partners en/of individuele werkgevers gerechtigd pensioenontslag onder 65 jaar te bedingen zonder daartoe uitdrukkelijk door de nationale wetgever te zijn gemandateerd? (par. 3); en 2. Hoe streng dient de nationale rechter de proportionaliteitstoets aan te leggen? (par. 4) Alvorens een antwoord te geven op deze vragen, zal eerst de KLM-zaak worden geschetst (par. 2).

De KLM-zaak

De KLM-werknemers waren in de periode tussen 1979 en 1991 in dienst getreden bij KLM als verkeersvlieger. Op de tussen partijen bestaande arbeidsverhouding was de cao voor KLM-vliegers op vleugelvliegtuigen van toepassing. Op grond van artikel 5.4 en 5.8 van de cao eindigde de arbeidsovereenkomst van werknemers, die op fulltime-basis werkzaam waren, van rechtswege bij het bereiken van de 56-jarige leeftijd of – bij zogeheten 'verminderde productie' – uiterlijk bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd. Werknemers hadden een verklaring voor recht gevorderd dat het in de cao gemaakte leeftijdsonderscheid niet objectief gerechtvaardigd was, zodat het op grond van de WGBL nietig moest worden verklaard. De kantonrechter wees de vordering af. Het Hof Amsterdam (8 juni 2010, LJN BM9545, AR 2010-0867) bekrachtigde het vonnis van de kantonrechter. Het had geoordeeld, dat voor het in artikel 5.4 CAO gemaakte onderscheid op grond van leeftijd een objectieve rechtvaardiging bestond als bedoeld in artikel 7 aanhef en onder c WGBL. Daartoe had het overwogen dat de met artikel 5.4 CAO te verwezenlijken doelen – te weten het bereiken van een regelmatige en voorspelbare doorstroming van verkeersvliegers tussen de rangen, kostenbeheersing en een evenwichtige personeelsopbouw (waaronder begrepen een evenwichtige verdeling van de werkgelegenheidskansen binnen de beroepsgroep) – waren aan te merken als legitieme doelen. Voorts had het hof geoordeeld dat het invoeren en handhaven van een pensioenleeftijd van 56 jaar met de mogelijkheid de pensioenleeftijd onder voorwaarden uit te stellen tot uiterlijk het bereiken van de leeftijd van 60 jaar, een passend en noodzakelijk middel vormde ter verwezenlijking van genoemde doelen. De Hoge Raad overwoog dat het hof terecht had geoordeeld dat sprake was van een objectief gerechtvaardigd leeftijdsonderscheid. Daarnaast oordeelde de Hoge Raad dat een dergelijk leeftijdsontslag niet in strijd was met artikel 7:667 BW (zie over dit vraagstuk met name: P.C. Vas Nunes, 'Ouderen

mogen gewoon doorwerken', *NJB* 2008/915, p. 1167 en M.J.M.T. Keulaerds & P.C. Vas Nunes, *Pensioenontbinding*, in: R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud* (Scholtens-bundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 111 e.v.).

Legitiem doel: nationaal of decentraal sociaal beleid?

Pensioenontslag is een vorm van direct leeftijdsonderscheid. Zowel de WGBL (artikel 7) als de Richtlijn 2000/78/EG (artikel 6) staan een direct onderscheid op grond van leeftijd toe, indien dit onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden. Er is sprake van objectieve rechtvaardiging indien sprake is van een 'legitiem doel' en de maatregel 'passend' en 'noodzakelijk' is. Uit artikel 6 lid 1 Richtlijn vloeit voort dat doelstellingen van sociaal beleid een legitiem doel vormen. Bij de beoordeling van deze doelstellingen komen lidstaten een ruime beoordelingsmarge toe (vgl. o.m. Mangold). Gedacht kan daarbij worden aan doorstroom op de arbeidsmarkt of een evenwichtige opbouw van personeel en overig beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding (zie arresten van 5 maart 2009, C-388/07 (*Age Concern England*), r.o. 46, en van 18 juni 2009, C-88/08 (*Hütter*), r.o. 41). De louter individuele beweegredenen van werkgevers, doorgaans gelegen in het verbeteren van hun concurrentiepositie en het bijstellen van loonkosten, worden niet aangemerkt als een legitieme doelen. Dat is ook wel begrijpelijk, want als dit wel het geval zou zijn dan zou een belangrijk deel van de doelstelling van de Richtlijn – te weten het beschermen van werknemers tegen leeftijdsdiscriminatie en het bevorderen van een gedifferentieerd personeelsbestand – niet worden bewerkstelligd.

Een belangrijke vraag is wie dit 'sociaal beleid' mag vaststellen. Is dat uitsluitend voorbehouden aan de lidstaten zelf of komt sociale partners ook deze bevoegdheid toe? En in hoeverre mogen sociale partners een ander, van het nationaal beleid afwijkend, sociaal beleid voeren? Voor het antwoord op deze vragen is door verschillende auteurs het Lufthansa-arrest aangehaald (zie Heemskerk 2012 en Veldman 2011). In dat arrest was sprake van verplicht ontslag van piloten bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd wegens 'gezondheidsredenen' en 'openbare veiligheid'. Deze gronden vallen niet onder legitieme doelstellingen als bedoeld in artikel 6 Richtlijn, maar mogelijk wel onder artikel 2 Richtlijn (openbare orde) en artikel 4 (functie-eisen) Richtlijn. Het Hof overwoog dat de zinsnede '*nationale wettelijke bepalingen*' in artikel 2 lid 5 Richtlijn (uitsluiting toepasselijkheid van de richtlijn op grond van openbare orde en algemeen belang of beter gezegd '*public policy-exceptie*') eng moest worden uitgelegd. Hoewel een cao-bepaling geen wettelijke bepaling is, oordeelde het Hof dat de wetgever sociale partners een mandaat kan geven om maatregelen vast te stellen. Dit mandaat moet dan wel voldoende nauwkeurig zijn om de vereisten uit de Richtlijn te waarborgen (Lufthansa-arrest, a.w., r.o. 60-63). Dit mandaat vloeit overigens ook voort uit punt 36 van de preambule van de Richtlijn. In artikel 6 Richtlijn treft men een soortgelijke zinsnede aan, te weten dat lidstaten beperkingen op het gelijkheidsbeginsel kunnen aanbrengen '*in het kader van nationale wetgeving*' als het gaat om leeftijdsonderscheid. Het ligt dan voor de hand beide zinsneden op gelijke wijze uit te leggen. Het gevolg is dan dat lidstaten sociale partners uitdrukkelijk zouden moeten mandateren en dit mandaat nauwkeurig moeten omschrijven. De algemene rechtvaardigingsgrond van artikel 7 lid 1 sub c WGBL lijkt niet aan deze eisen te

voldoen. Aan de andere kant valt ook te verdedigen dat het mandaat bij artikel 2 Richtlijn aan strengere eisen onderhavig is, dan het mandaat bij artikel 6 Richtlijn. Artikel 6 Richtlijn geeft de lidstaten een ruimere discretionaire bevoegdheid zodat ongeclausuleerde mandatering eerder voor de hand ligt dan bij de enge uitzonderingsgrond van het ‘algemeen belang’ van artikel 2 Richtlijn (zie ook HvJ EU 12 januari 2010, C-341/08, AR 2010-0042 (Petersen), r.o. 64 waarin het Hof bevestigde dat de uitzonderingsgronden van artikel 2 ‘eng’ uitgelegd moeten worden). Uit punt 36 van de preambule en het Rosenblatt-arrest vloeit ten slotte voort dat de lidstaten te allen tijde – dus ook bij en na het mandaat – de correcte naleving van de Richtlijn dienen te garanderen. Kortom, ook pensioenontslag in de cao ontkomt niet aan de toetsing van artikel 7 WGBL.

Belangrijker nog is dat sociale partners bij uitstek – zo zou ik menen – in staat zijn op decentraal niveau passend en noodzakelijk sociaal beleid te ontwikkelen en uit te voeren (leveren van maatwerk) dat ook nog eens op een zeker draagvlak kan rekenen. In zekere zin valt dit ook uit het Rosenblatt-arrest af te leiden, waarin het Hof van Justitie overwoog ‘*dat “op deze wijze, ARH” niet alleen naar behoren rekening kan worden gehouden met de globale situatie op de betrokken arbeidsmarkt, maar ook met de kenmerken van de betrokken beroepen*’ en de litigieuze bepalingen berustten op consensus tussen partijen en de daarbij betrokken generaties (Rosenblatt, r.o. 41, 50-54 e.v.). Dit maatwerk bij het formuleren van sociaal beleid past goed bij artikel 6 Richtlijn. Het ligt minder voor de hand dat sociale partners ‘het algemeen belang’ formuleren. Dat is toch primair voorbehouden aan de nationale overheid. Derhalve ligt het temeer in de rede dat artikel 2 Richtlijn een strenge mandatering vereist, terwijl dat bij artikel 6 Richtlijn niet het geval hoeft te zijn. Zowel Heemskerk als Veldman merken overigens terecht op dat het Hof van Justitie de hierboven gesignaleerde ‘nauwkeurige mandatering’ vervolgens zelf niet toetst, hetgeen doet vermoeden dat ook het Hof dit mandaat niet al te streng beoordeelt.

In r.o. 5.3 overweegt de Hoge Raad dat het legitieme doel van artikel 6 Richtlijn *niet* een nationaal overheidsdoel hoeft te zijn. Daarbij lijkt ook hij gevoelig te zijn voor dit maatwerkargument. Het is namelijk niet zonder betekenis dat de Hoge Raad benadrukt dat ruim 90% van alle verkeersvliegers is aangesloten bij VNV (de vereniging die in samenspraak met KLM de litigieuze cao-bepaling heeft vormgegeven) en dat het verplichte pensioenontslag een groot draagvlak heeft binnen de KLM-organisatie. Bovendien voorzag de cao-bepaling in zowel zwaarwegende behoeften van KLM (het kunnen beschikken over voldoende en voldoende gekwalificeerde verkeersvliegers tegen aanvaardbare loonkosten) als van werknemers (werkgelegenheid voor instromende verkeersvliegers en de verdeling van de werkgelegenheid tussen de generaties), zodat naar het oordeel van de Hoge Raad sprake is van ‘sociaal beleid’. Ik vermoed dat het Hof van Justitie dit oordeel van de Hoge Raad op gelijke wijze zal toetsen. Dat leid ik af uit het feit dat ook het Hof de rol van sociale partners (mede vanwege het grondrecht op collectief onderhandelen) serieus neemt; juist op het terrein van leeftijdsonderscheid ruimte laat voor maatwerk welk maatwerk bij uitstek door sociale partners kan worden geleverd; en ten slotte de beperkte toetsing die het Hof zelf aanlegt bij het mandaat in Rosenblatt.

Een interessante vervolgvraag is of partijen zelf – dus de individuele werkgever en de individuele werknemer – rechtsgeldig een pensioenontslagbeding kunnen overeenkomen welke *niet* is gestoeld op een cao-bepaling of een wettelijk gemandateerde bevoegdheid. Een bevestigend antwoord lijkt uit r.o. 4.3 van het KLM-arrest te volgen, alwaar de Hoge Raad overweegt dat ‘betekenis toekomt aan de omstandigheid dat dit mechanisme “pensioenontslag; ARH” op een contractuele grondslag berust. Dat biedt niet alleen werknemers en werkgevers, door middel van individuele overeenkomsten, maar ook de sociale partners, door middel van collectieve arbeidsovereenkomsten (...)’. Strikt genomen zouden deze overweging aldus kunnen uitleggen dat indien artikel 7 lid 1 sub c WGBL als grondslag voor leeftijdsontslag onder 65 jaar kan gelden, dat het mechanisme is dat individuele contractspartijen in hun rechtsrelatie kunnen toepassen. Bedacht moet evenwel worden dat de individuele rechtsrelatie tussen werknemer en werkgever wezenlijk verschilt van rechtsrelatie tussen de collectieve partijen (sociale partners) onderling. Ook de verwijzing naar de arresten Palacios en Rosenblatt bij deze overweging zijn niet verhelderend. In beide arresten verwees de wettelijke bepaling immers uitdrukkelijk naar de mogelijkheid bij cao of individuele arbeidsovereenkomst pensioenontslag overeen te komen. Het feit dat (collectieve) partijen dat vervolgens doen zegt iets over de branche en de markt waarin zij opereren. In de Nederlandse wettelijke regeling is nu juist geen sprake van een uitdrukkelijke verwijzing naar het collectief of het individu. Voor zover al betekenis moet worden toegekend aan deze ‘contractuele binding’ zou ik dat als volgt willen duiden: i. bij contractuele gebondenheid middels een cao met (zeer) representatieve vakverenigingen is de betekenis groot; ii. bij contractuele gebondenheid middels een cao met niet-representatieve vakverenigingen of een ondernemingsraad is de betekenis beperkt; en bij contractuele gebondenheid uitsluitend op individuele basis is de betekenis die aan het contractuele beding toekomt uiterst klein.

Van een strenge noodzakelijkheidstoetsing naar een redelijke belangenafweging

Indien sprake is van een legitiem doel, moet voorts nog worden getoetst of de maatregel ter verwezenlijking van dit doel passend en noodzakelijk is. Over deze toetselementen leert de Hoge Raad ons verschillende dingen. Voor wat het toetsmoment in een rechterlijke procedure van deze voorwaarden betreft, verwijs ik naar r.o. 5.6 van het arrest (dat hoeft niet *ex tunc* te zijn). Interessant voor de rechtspraktijk zijn met name ook de overwegingen inzake de proportionaliteitstoetsing in r.o. 5.8. De werknemers stelden zich op het standpunt dat uit rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat de proportionaliteitstoetsing een strenge toetsing impliceert. Indien men het Mangold-arrest uit 2005 bestudeert, dan komt men inderdaad tot deze conclusie. Onder meer Veldman heeft er in 2006 al op gewezen dat een te strenge proportionaliteitstoetsing elke vorm van ‘algemeen beleid’ onmogelijk maakt, omdat steeds het individuele geval getoetst zou moeten worden. Dat is volgens haar onwenselijk (A.G. Veldman, ‘Communautaire beschermingsbeginselen en de gevolgen voor het nationaal arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid’, *ArA* 2006-3, p. 95-96). In latere rechtspraak heeft het Hof van Justitie de scherpe randen van de proportionaliteitstoets eraf gehaald (zie A.G. Veldman, ‘Contouren van het Europese leeftijdsdiscriminatierecht’, *TRA* 2012/1. Terecht wijs zij erop dat het Hof sinds *Palacios de la Villa*, de strenge(re) proportionaliteitstoetsing van

Mangold heeft laten varen). De bewijslast is nog steeds hoog (zie Age Concern, r.o. 67) en algemene verklaringen zijn uit den boze. Anderzijds verlangt het Hof niet dat de passendheid en noodzakelijkheid voortvloeit uit statistisch onderzoek en ‘evidence based’ is. Integendeel, met name uit Fuchs en Kähler volgt dat de nationale lidstaten een ruime beoordelingsmarge toekomen bij de bewijswaardering. Het Hof overwoog toen:

‘80 Om de vereiste mate van precisie van de bewijselementen te beoordelen, dient in herinnering te worden gebracht dat de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge beschikken bij de keuze van maatregelen die zij passend achten. 81 Zo kan die keuze berusten op economische, sociale, demografische en/of budgettaire overwegingen, die niet alleen bestaande en verifieerbare gegevens inhouden, maar ook voorspellingen die van nature onjuist kunnen blijken te zijn en dus een mate van onzekerheid met zich brengen. Die maatregel kan bovendien berusten op politieke overwegingen, die vaak een afweging tussen diverse mogelijke oplossingen inhouden en op grond waarvan het verwachte resultaat evenmin zeker kan worden geacht. 82 Het staat aan de nationale rechter om de bewijswaarde van de hem voorgelegde elementen, die met name statistische gegevens kunnen omvatten, volgens het nationale recht te beoordelen. 83 Bijgevolg dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat slechts is aangetoond dat de betrokken maatregel passend en noodzakelijk is wanneer deze gelet op het nagestreefde doel niet onredelijk lijkt en gebaseerd is op gegevens waarvan de nationale rechter de bewijswaarde moet beoordelen.’ (Hof van Justitie EU 21 juli 2011, EUR C-159/10, AR 2011-0601 (Fuchs en Kähler/Land Hessen)).

Het is met name r.o. 83 die de Hoge Raad aangrijpt om de klacht van de werknemers te verwerpen. Naar het oordeel van de Hoge Raad is de betrokken maatregel passend en noodzakelijk wanneer deze gelet op het nagestreefde doel, *niet onredelijk* lijkt. In casu oordeelde het Hof Amsterdam onder meer dat niet was gebleken dat de piloten na het ontslag onvoldoende inkomensvoorzieningen genoten. Deze financiële toetsing kwam ook al voor in Palacios de la Villa en weegt voor de beoordeling van de passendheid en noodzakelijkheid zwaar. Ook hierbij lijkt het dus te gaan om een belangenafweging tussen het collectief en het individu en is een strikte op het individu toegespitst toetsing niet nodig, zoals dat na Mangold werd verdedigd. Hoewel de eindconclusie van de Hoge Raad juist voorkomt, zij wel herinnerd aan de context waarbinnen het Hof van Justitie het Fuchs- en Kähler-arrest heeft gewezen. Daarin benadrukte het Hof dat de bewijsdrempel voor de lidstaten/werkgevers hoog ligt. Kortom, het bewijs van de passendheid en noodzakelijkheid hoeft niet tot twee decimalen achter de komma precies te kloppen, maar het niet eens kunnen beredeneren van een (streef)getal zal toch echt onvoldoende (moeten) zijn.

Conclusie

Anders dan Heemskerk zet de Hoge Raad geen streep door het pensioenontslag onder 65 jaar. Integendeel, de Hoge Raad accordeert een dergelijk ontslag indien dit met sociale partners is overeengekomen en objectief gerechtvaardigd kan worden. De omstandigheid dat sommige cao's daardoor leeftijdontslag onder 65 jaar toestaan en zelfs stimuleren, terwijl de nationale overheid doorwerken na 65 jaar als sociaal beleid voert, doet aan de legitimiteit van dergelijk

leeftijdontslag niet af. In een voorkomend geval rust wel steeds op de werkgever/cao-partij/lidstaat de bewijslast dat daadwerkelijk sprake is van objectieve rechtvaardigingsgronden. Daarbij lijkt de maatstaf echter te zijn dat leeftijdsontslag onder 65 jaar passend en noodzakelijk is als het doel wordt bereikt en de gevolgen niet onredelijk zijn. Net als in eerdere rechtspraak speelt daarbij een belangrijke rol of de werknemers na het ontslag een zeker behoud van inkomen hebben (pensioenuitkering).