



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Hoge Raad 2005-10-08

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2005). Annotation: Hoge Raad 2005-10-08. *Nederlandse Jurisprudentie*, 1063-1095. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14777>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14777>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Nr. 117

HOGE RAAD

8 oktober 2004, nr. C03/077HR

(Mrs. R. Herrmann, J.B. Fleers, A.M.J. van Buchem-Spapens, E.J. Numann, F.B. Bakels; A-G Keus; m.nt. GHvV)

RvdW 2004, 114*JOL* 2004, 504

Verplichte vervroegde pensionering (pensioenontslag) vliegers; leeftijdsdiscriminatie?; art. 1 Gr.w en art. 26 IVBPR; Richtlijn 2000/78/EG; Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid; overgangsrecht; redelijke en objectieve rechtvaardiging voor in CAO overeengekomen pensioenontslag.

Terecht heeft de rechtbank het standpunt verworpen dat de op 1 mei 2004 in werking getreden Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid – welke wet dient ter uitvoering van Richtlijn 2000/78/EG, waaraan partijen nog geen rechtstreekse aanspraken konden ontlenen, en welke wet in art. 16 voorziet in uitgestelde werking ter zake van bij arbeidsovereenkomst vóór 1 mei 2004 overeengekomen pensioenontslag – moet worden gezien als de codificatie van een op principiële gronden reeds lang voltrokken rechtsontwikkeling. Bij de beantwoording van de vraag of voor de ongelijke behandeling die kan voortvloeien uit de verplichte pensionering van vliegers op 56-jarige leeftijd (terwijl de functie van vlieger gezien het toepasselijke Besluit bewijzen van bevoegdheid voor de luchtvaart na het bereiken van de leeftijd van 60 jaar nog slechts onder een bepaalde voorwaarde kan worden vervuld) een redelijke en objectieve rechtvaardiging kan worden aangewezen, heeft de rechtbank de juiste maatstaf aangelegd, te weten of voor het gemaakte onderscheid een legitiem doel bestaat (legitimiteit), of het onderscheid voor het bereiken van dit doel passend is (doelmatigheid) en of het geboden is (proportionaliteit). Niet blijkt van een onjuiste rechtsopvatting geeft het oordeel van de rechtbank – in wier overwegingen die hebben geleid tot een bevestigende beantwoording van voormelde vraag het begrip doorstroming centraal staat, met welk begrip wordt bedoeld dat de hele opbouw van de carrière van vliegers gebaseerd is op de zekerheid dat het voor alle vliegers mogelijk zal zijn voorafgaand aan hun vroege pensionering de hoogste functietrede te bereiken – dat voor het in overeenstemming met de wens van de meerderheid van alle vliegers van Martinair bij CAO (overeengekomen met de Vereniging van Nederlandse Verkeersvliegers) gemaakte onder-

scheid een legitiem doel bestaat in de vorm van het zekerstellen van doorstroming op een regelmatige en voorspelbare wijze, zodat zowel Martinair als de vliegers weten waaraan zij toe zijn.

Uit de voor de vliegers in dienst bij de luchtvaartmaatschappij Martinair geldende CAO, die namens de vliegers is afgesloten door de Vereniging van Nederlandse Verkeersvliegers, vloeit voort dat zonder dat daartoe opzegging is vereist, de arbeidsovereenkomst met de luchtvaartmaatschappij wegens pensionering (van de werknemer) eindigt op 56-jarige of, indien de vlieger gebruik maakt van een afbouwregeling, op 58-jarige leeftijd. Aan de orde is de vraag of de desbetreffende bepaling in de CAO in strijd is met het verbod van discriminatie zoals dat in art. 1 Gr.w en art. 26 IVBPR ligt besloten.

De rechtbank heeft terecht het standpunt verworpen dat de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep en het ter uitvoering daarvan ingediende voorstel van wet 28 170 houdende gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, moeten worden gezien als de codificatie van een op principiële gronden reeds lang voltrokken rechtsontwikkeling. In de eerste plaats omdat, getuige ook de verschillende wetsontwerpen die ten tijde van de uitspraak de revue waren gepasseerd, verschil van mening mogelijk was over de gewenste invulling van de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie. In de tweede plaats omdat de wetgever ervan is uitgegaan dat genoemde wet op het gebied van pensioenontslag een wijziging inhield ten opzichte het vóór 1 mei 2004 geldende recht, die noopte tot aanpassing van (individuele en collectieve) arbeidsovereenkomsten en pensioenregelingen. Teneinde sociale partners en individuele werkgevers voldoende tijd te gunnen voor die aanpassing voorziet art.16 in een bepaling van overgangsrecht ter zake van pensioenontslag die erop neerkomt dat het in de wet neergelegde verbod van onderscheid tot 2 december 2006 niet van toepassing is op onderscheid dat betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding in verband met het bereiken van een bij arbeidsovereenkomst overeengekomen pensioengerechtigde leeftijd lager dan de AOW-gerechtigde leeftijd, mits dit vóór 1 mei 2004 is overeengekomen.

De rechtbank is terecht ervan uitgegaan dat het maken van onderscheid op grond van leeftijd in strijd kan zijn met art. 1 Grondwet en art. 26 IVBPR. Bij de beantwoording van de vraag of voor de ongelijke behandeling die uit het maken van onderscheid op grond van leeftijd kan voortvloeien een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat, heeft de rechtbank de juiste maatstaven aangelegd, te weten of voor het gemaakte onderscheid een legitiem doel bestaat (legitimiteit), of het onderscheid voor het bereiken van dit doel passend is (doelmatigheid), en of het geboden is (proportionaliteit). Ten aanzien van verkeersvliegers geldt op grond van het Besluit bewijzen van bevoegdheid

voor de luchtvaart een uitzondering op de regel dat een dienstbetrekking in het algemeen wordt beëindigd bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. De functie van vlieger kan na het bereiken van de leeftijd van 60 jaar immers nog slechts worden vervuld indien aan de voorwaarde is voldaan dat de overige van de bemanning deel uitmakende vliegers jonger zijn dan 60 jaar. Voor de beantwoording van de vraag of de overeengekomen verplichte pensioenleeftijd van 56 jaar ongeoorloofd is in het licht van de discriminatieverboden van art. 1 Grondwet en art. 26 IVBPR komt dus geen betekenis toe aan het feit dat die leeftijd ruimschoots onder 'de vooralsnog algemeen aanvaarde pensioenleeftijd van 65 jaar ligt'.

In de overwegingen die de rechtbank hebben geleid tot een bevestigend antwoord op de vraag of voor het onderhavige onderscheid naar leeftijd een redelijke en objectieve rechtvaardiging kan worden aangewezen, staat het begrip (regelmatige en zowel voor de vliegers als voor de luchtvaartmaatschappij voorspelbare) doorstroming centraal; met doorstroming wordt in deze procedure bedoeld dat de hele opbouw van de carrière van vliegers, beginnend met de kostbare opleiding en eindigend met een vroege pensionering, gebaseerd is op de zekerheid dat het voor alle vliegers mogelijk zal zijn voorafgaand aan hun vroege pensionering de hoogste functietrede te bereiken. Naar de kern genomen heeft de rechtbank met betrekking tot die zo-even genoemde vraag het volgende geoordeeld:

a) voor het, in overeenstemming met – ook thans nog – de wens van de meerderheid van alle vliegers, bij CAO gemaakte onderscheid bestaat een legitiem doel, in de vorm van het zekerstellen van doorstroming op een regelmatige en voorspelbare wijze, zodat zowel de luchtvaartmaatschappij – die aldus een basis heeft zowel voor haar personeelsbeleid als voor een evenwichtig en betaalbaar belonings- en pensioenstelsel voor deze gespecialiseerd groep werknemers – als de vliegers – wat betreft het kunnen bereiken van de hoogste functietrede – weten waaraan zij toe zijn;

b) de doorstroming kan met de verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd worden bereikt, zodat het daarin gelegen onderscheid op grond van leeftijd doelmatig is, en

c) de verplichte pensionering is proportioneel nu niet aannemelijk is geworden dat in de huidige omstandigheden enig alternatief voor het bereiken van de doorstroming voorhanden is.

Het oordeel van de rechtbank dat de doorstroming een legitiem doel voor het gemaakte onderscheid naar leeftijd oplevert geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De motiveringsklachten tegen het oordeel van de rechtbank aangaande de doelmatigheid en de proportionaliteit zijn tevergeefs voorgesteld.*

(Gr.w art. 1; IVBPR art. 26)

* Bij arrest van dezelfde datum heeft de HR in de zaak C03/133HR een soortgelijke uitspraak gedaan; red.

Gerardus Hendrikus Johannes van Pelt, te Rijsenhout, gemeente Haarlemmermeer, (en 15 anderen), eisers tot cassatie, adv. mr. R.S. Meijer, tegen

1. Martinair Holland N.V., te Haarlemmermeer, verweerster in cassatie, adv. mr. E. Grabandt,
2. De Vereniging van Nederlandse Verkeersvliegers, te Haarlemmermeer, verweerster in cassatie, adv. mr. R.A.A. Duk.

Rechtbank:

4. Beoordeling van het hoger beroep

Toetsingskader

4.1. Uit hun eerste vier grieven, gelezen in hun onderlinge samenhang en in samenhang met hun vijfde – algemeen geformuleerde – grief volgt dat de vliegers het oordeel van de kantonrechter in nagenoeg al zijn onderdelen bestrijden en dat zij in hoger beroep het geschil in zijn volle omvang aan de rechtbank willen voorleggen. In lijn met die wens zal de rechtbank het geschil aan een volledige en hernieuwde beoordeling onderwerpen.

4.2. Tussen partijen is uitvoerig gedebatteerd over de implicaties van enerzijds de Richtlijn van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (2000/78/EG) en anderzijds het thans bij de Tweede Kamer in behandeling zijnde ontwerp voor de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (nr. 28170). Gezien de in art. 18 van de Richtlijn genoemde omzettingstermijn tot tenminste 2 december 2003, kunnen werknemers in lidstaten in ieder geval op dit moment nog geen rechtstreekse aanspraken aan deze Richtlijn ontleen. Het gegeven dat ook in de ogen van de Nederlandse wetgever een nieuwe wettelijke regeling noodzakelijk is om het recht aan te passen aan de eisen die de Richtlijn stelt, impliceert voorts dat de naar huidig recht te hanteren maatstaven niet zonder meer samenvallen met de uitgangspunten van de richtlijn. Dit gegeven, gevoegd bij het feit dat – getuige ook de verschillende wetsontwerpen die inmiddels de revue hebben gepasseerd – verschil van mening mogelijk blijkt over gewenste invulling van de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie, brengt met zich mee dat de rechter ervoor zal moeten waken dat hij met zijn beslissing inzake leeftijdsdiscriminatie zijn rechtsvormende taak niet te buiten gaat. In het bijzonder zal hij zich moeten richten op het geldend recht en is het niet aan hem de mogelijk in de toekomst te hanteren criteria reeds op dit moment op een van het geldend recht afwijkende wijze in te vullen. In deze context is voorts van belang dat ook de Hoge Raad recentelijk onder meer met betrekking tot voornoemde nieuwe regelgeving heeft overwogen dat – in ieder geval ten aanzien van de 65-jarige leeftijdsgrens – geen sprake is van ontwikkelingen die nopen tot een

oordeel dat afwijkt van zijn in 1995 gegeven toetsingskader.

4.3. Gezien het voorgaande, en gezien ook het door de vliegers in de onderhavige zaak geformuleerde petitum, dient in de onderhavige zaak te worden beslist of het CAO-beding op grond waarvan de vliegers op 56-jarige leeftijd (verplicht) pensioneren in strijd is met art. 1 Gr.w en 26 IVBPR. Uit rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat niet uitgesloten is dat een op grond van leeftijd ongelijke behandeling in strijd is met (een van) deze bepalingen. Verder blijkt daaruit dat ten aanzien van de beëindiging van een dienstbetrekking op de enkele grond dat de werknemer een bepaalde leeftijd bereikt, moet worden nagegaan of daarvoor een redelijke en objectieve rechtvaardiging kan worden aangewezen.

4.4. Met betrekking tot de – volgens de vliegers – recent gewijzigde maatschappelijke opvattingen op het gebied van leeftijdsdiscriminatie geldt voorts dat in beginsel zal moeten worden beoordeeld of de CAO-afspraken ten tijde van hun totstandkoming geldig waren. Ook op die grond zal de rechter terughoudendheid moeten betrachten met betrekking tot de door de vliegers bepleite verdiscontering van allerlei ‘recente ontwikkelingen’ inzake leeftijdsdiscriminatie.

4.5. Uit de ingeroepen bepalingen blijkt niet dat daarmee beoogd is privaatrechtelijke afspraken als de thans ter toetsing voorliggende CAO-bepaling rechtstreeks nietig te verklaren. Gezien het stelsel van de wet zou het gevolg van eventuele schending van de genoemde bepalingen dan ook moeten worden vastgesteld aan de hand van de in art. 3:40 BW gegeven regeling.

Onderscheid

4.6. Het gegeven dat de CAO een expliciete leeftijd noemt waarop de vliegers pensioneren, impliceert dat de CAO een onderscheid maakt tussen vliegers die deze leeftijd wel, en vliegers die deze leeftijd niet hebben bereikt. Daarnaast impliceert het noemen van die leeftijd een onderscheid tussen werknemers (vliegers) waarvoor deze CAO geldt en andere werknemers, die veelal eerst op latere leeftijd of slechts op basis van vrijwilligheid zo vroeg pensioneren. Ten aanzien van de ongelijke behandeling die uit deze onderscheidingen kan voortvloeien dient derhalve te worden onderzocht of daarvoor een redelijke en objectieve rechtvaardiging kan worden aangewezen.

4.7. De vraag naar deze rechtvaardiging vindt zijn beantwoording aan de hand van de beoordeling van een drietal criteria, te weten of voor het gemaakte onderscheid een legitiem doel bestaat (legitimiteit) en of het onderscheid voor het bereiken van dit doel passend (doelmatigheid) en geboden is (proportionaliteit). Hoewel de onderlinge verwevenheid tussen deze criteria groot is, zal hierna vanuit deze verschillende invalshoeken onderzocht worden of het gemaakte onderscheid een voldoende rechtvaardiging kent.

Legitimiteit

4.8. Met betrekking tot de legitimatie van het gemaakte onderscheid staat voorop dat het in het onderhavige geval gaat om een collectief overeengekomen afspraak; vanuit dit perspectief gaat het er dus primair om te beoordelen of ten aanzien van beide partijen bij deze CAO (Martinair en VNV) legitieme motieven aan te wijzen zijn die het gemaakte leeftijds onderscheid rechtvaardigen. De door deze partijen aangevoerde rechtvaardigingen concentreren zich rond het begrip doorstroming, waarmee bedoeld wordt dat de hele opbouw van de carrière van vliegers – beginnend met een kostbare opleiding en eindigend met een vroege pensionering – gebaseerd is op de zekerheid dat het voor alle vliegers mogelijk zal zijn voorafgaand aan hun vroege pensionering de hoogste functietrede te bereiken.

4.9. Vanuit het perspectief van de VNV, die kan gelden als een zeer representatieve vertolker van het standpunt van een meerderheid van alle Martinairvliegers, vormt deze doorstroming inderdaad een rechtvaardiging voor hun wens vast te houden aan een vaste, lage pensioenleeftijd. Gegeven het – door de vliegers niet (voldoende gemotiveerd) betwiste – feit dat het langer bezet blijven van de hogere functies impliceert dat de promotie stagneert voor alle vliegers in lagere functies, hebben de vliegers als beroepsgroep een gerechtvaardigd belang bij hun wens dat de continuïteit van dit stelsel wordt verzekerd door vast te leggen dat vliegers in de hoogste functies op een vooraf vastgelegd moment – te weten hun 56^e verjaardag – pensioneren en aldus promotie mogelijk maken voor hun jongere collega's in lagere functies, onafhankelijk van de bereidheid van oudere vliegers om de door hen ingenomen hogere functie op te geven.

4.10. Ook vanuit het perspectief van Martinair als werkgever is de wens legitiem om met de VNV als vertegenwoordiger van de vliegers een vaste pensioenleeftijd af te spreken teneinde daarop zowel haar personeelsbeleid als een evenwichtig en betaalbaar belonings- en pensioenstelsel te kunnen baseren. Dit geldt temeer nu het gaat om een groep werknemers die gespecialiseerd werk doet waarvoor een langdurige opleiding vereist is in een arbeidsmarkt die zich kenmerkt door langdurige dienstverbanden met vaste promotiestappen en bijbehorende salarisverbeteringen. Teneinde dit stelsel in stand te laten en betaalbaar te houden heeft een werkgever als Martinair een gerechtvaardigd belang bij het verkrijgen van voorafgaande zekerheid over de vraag op welke leeftijd het dienstverband met haar werknemers eindigt. Gegeven die legitieme behoefte van Martinair om tevoren zo exact mogelijk te weten wie wanneer met pensioen gaat, is de keuze voor de leeftijd die vanouds kennelijk geldt als de meest geëigende pensioenleeftijd en die door een meerderheid van de vliegers ook thans nog als de meest wenselijke wordt ervaren, evenzeer te rechtvaardigen. Binnen het (collectief) contractuele karakter van

de ter toetsing voorliggende CAO-bepaling is aldus aan de kant van beide partijen een legitieme behoefte tot het maken van deze afspraak aan te wijzen.

4.11. Bij het toetsen van de legitimatie speelt ook een rol de vraag ten opzichte van wie het ten aanzien van de vliegers gemaakte leeftijds onderscheid wordt beoordeeld. Indien appellanten worden vergeleken met hun *jongere of oudere collega's*, is het onderscheid dat de CAO maakt slechts 'relatief': vast staat dat de lage verplichte pensioenleeftijd vanouds geldt, zowel voor jongere als (inmiddels) oudere vliegers. Volgens het huidige stelsel profiteren alle Martinairvliegers in gelijke mate van de (verplichte) doorstroming, en geldt voor alle oudere vliegers dat zij in het verleden daarvan reeds geprofiteerd hebben, behoudens wellicht de zij-instromers die echter – gelet op het bestaan van een dergelijke regeling sinds de jaren 70 – van meet af aan wisten van en rekening konden houden met een pensionering op 56-jarige leeftijd. Voor zover appellanten nog betogen dat zij desgewenst – net als veel van hun voorgangers – in aanmerking zouden moeten komen voor een individueel met hen overeen te komen 'doorvliegcontract' na hun 56^e, geldt dat een dergelijke claim niet wordt gedekt door de ingestelde vordering. Als hier al sprake zou zijn van een ongerechtvaardigd onderscheid tussen appellanten en hun oudere collega's dan zou dat immers voortvloeien uit de weigering van Martinair een aanvullende individuele afspraak te maken, hetgeen los staat van de in de onderhavige zaak gevorderde nietigverklaring van de collectief overeengekomen pensioenleeftijd. Vergelijking van de positie van appellanten met andere Martinairvliegers leidt er derhalve niet toe dat sprake is van enig niet objectief te rechtvaardigen onderscheid. Wanneer de vliegers worden vergeleken met *andere werknemers dan Martinairvliegers* kan hen worden toegegeven dat de verplichte pensioenleeftijd van 56 jaar in zoverre een onderscheid maakt dat voor het overgrote deel van alle werknemers in Nederland een dergelijk jonge (verplichte) pensioenleeftijd niet geldt. Dit onderscheid wordt echter gerechtvaardigd door enerzijds het (collectief) contractuele karakter van de gemaakte pensioenafpraak, waaruit volgt dat deze pensionering steunt op de uitdrukkelijke wens van de beroepsgroep zelf, en anderzijds de compensatie voor het onderscheid in de vorm van een loopbaaninkomen dat geheel is afgestemd op de vroege pensionering van betrokkenen. Een en ander impliceert dat ook voor het tussen appellanten en andere werknemers dan Martinairvliegers gemaakte leeftijds onderscheid een op dat onderscheid toegesneden rechtvaardiging is aan te wijzen.

4.12. In het algemeen geldt voorts dat het aanknopen bij een bepaalde – met de werknemersvertegenwoordiging overeengekomen – leeftijd juist ook een objectief criterium biedt en daardoor een waarborg kan zijn tegen een meer willekeurige beëindiging van het dienstverband

van oudere werknemers. Daarnaast is in de rechtspraak aanvaard dat de wens om een regelmatige en vlotte doorstroming van personeel te bereiken, mag meewegen ter rechtvaardiging van een gemaakt leeftijdsonderscheid. In dit kader is ook relevant het gegeven dat de hele inkomens- en pensioenopbouw juist bedoeld is om (alle) vliegers ook daadwerkelijk in staat te stellen op relatief jonge leeftijd te stoppen met werken. Hun inkomens- en pensioenopbouw biedt aldus een compensatie voor het gemaakte leeftijdsonderscheid in de vorm van een inkomen na de verplichte pensionering, zonder dat daarvoor nog een arbeidsprestatie moet worden geleverd.

4.13. De hiervoor besproken gezichtspunten, mede gezien in hun onderlinge verband en samenhang, impliceren dat voor het gemaakte onderscheid een legitiem doel – in de vorm van, kort gezegd, het zekerstellen van doorstroming op een regelmatige en voorspelbare wijze, zodat zowel werkgever als werknemer weten waar zij aan toe zijn – kan worden aangewezen.

Doelmatigheid

4.14. Het hiervoor besproken legitieme doel dat betrokkenen met de aangevochten CAO-bepaling nastreven – regelmatige en voorspelbare doorstroming – kan met de overeengekomen verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd worden bereikt. Zowel voor de individuele vliegers als voor Martinair als werkgever is het carrièreverloop van de vliegers, inclusief hun (toekomstige) inkomens- en pensioenontwikkeling, dankzij de collectief overeengekomen pensioenleeftijd van 56 jaar met een voldoende mate van zekerheid te voorspellen. Daarmee is ook aan het doelmatigheidsvereiste voldaan.

Proportionaliteit

4.15. In het licht van het partijdebat is niet aannemelijk geworden dat in de huidige omstandigheden voor het bereiken van de gewenste (en gerechtvaardigde) regelmatige en voorspelbare doorstroming enig alternatief voorhanden is. De suggestie van de vliegers de pensionering met 56 jaar te handhaven maar iedere vlieger desgewenst te laten doorvliegen zo lang hij wil of tot hij 65 jaar wordt, staat zowel aan de doorstroming als aan de voorspelbaarheid van het systeem in de weg. Gegeven het feit dat iedere doorvlieger impliceert dat alle jongere werknemers pas op de plaats moeten maken in de promotieladder, kan een dergelijke facultatieve pensionering de vereiste regelmatige en voorspelbare doorstroming juist niet garanderen.

4.16. De vliegers hebben in de onderhavige procedure nog aangevoerd dat per jaar slechts een zeer beperkt aantal vliegers gebruik zou willen maken van de eventuele mogelijkheid na hun 56^e verjaardag door te vliegen. Los van de vraag hoe deze stellingname zich verhoudt tot het gegeven dat in eerste aanleg een groep van niet minder dan 45 vliegers tewerkstelling na hun 56^e

vorderde, zou ook het vermeende zeer beperkte gebruik van die mogelijkheid afdoen aan het gerechtvaardigde verlangen van zowel de vertegenwoordiger van de vliegers (VNV) als de werkgever (Martinair) naar een regelmatige en voorspelbare doorstroming binnen het totale personeelsbestand. De waarde van het huidige systeem schuilt immers grotendeels in de zekerheid die het biedt omtrent de uiterste datum waarop het dienstverband met iedere vlieger zal eindigen. Ook bij een beperkt gebruik van eventuele doorvliegmogelijkheden zou deze zekerheid verdwijnen indien het uitgangspunt van een verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd zou worden verlaten.

Het arrest Hof Amsterdam 13 januari 2000

4.17. Ook in appel (grief IV) hebben de vliegers betoogd dat uit voornoemd, in kort geding gewezen arrest van het hof (KG 2000, 42) voortvloeit dat hun vordering voor toewijzing in aanmerking komt. Wat er ook zij van de precedentwaarde van genoemd arrest in het algemeen (mede gezien in het licht van het arrest van hetzelfde hof van 28 februari 2002, NJ 2002, 320), blijkt uit het voorgaande echter reeds dat het onderhavige geval op essentiële punten verschilt van de destijds aan het hof voorgelegde casus. Met name zij verwezen naar de arbeidsrechtelijke context (de langdurige opleiding van de vliegers, waaruit het belang van een evenwichtige en voorspelbare carrièreopbouw voortvloeit), het (collectief) contractuele karakter van de bestreden regeling en de gerechtvaardigde belangen aan de kant van Martinair en VNV bij handhaving van het gemaakte onderscheid, een en ander als hiervoor reeds uitvoerig besproken. Het verwijt aan de kantonrechter dat voornoemd arrest niet heeft geleid tot toewijzing van het gevorderde in eerste aanleg is dan ook vergeefs door de vliegers naar voren gebracht.

Conclusie

4.18. Hiervoor is gebleken dat voor het onderscheid naar leeftijd dat art. 5.2 lid 4 sub a van de CAO voor vliegers van Martinair Holland N.V. maakt, een objectieve rechtvaardiging is aan te wijzen. Daaruit volgt dat genoemde bepaling niet in strijd is met art. 1 Gr.w en/of art. 26 IVBPR, zodat de vordering van de vliegers niet voor toewijzing in aanmerking komt en het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd. Als de in het ongelijk gestelde partij zullen de vliegers worden veroordeeld in de kosten van de procedure in hoger beroep.

Partijen

4.19. Ter zitting is aan de orde gekomen dat appellant sub 1. (Van Pelt) inmiddels een betrekking elders heeft aanvaard en dat hij derhalve niet meer in deze procedure betrokken wenst te zijn. Voorts is ter zitting ten aanzien van enkele andere appellanten gedebatteerd over de vraag of zij nog belang hebben bij het in deze procedure

gevorderde. Gelet op het feit dat alle appellanten gezamenlijk Martinair en VNV in de onderhavige appelprocedure hebben betrokken, volgt uit de uitkomst van dit appel dat ook alle appellanten gezamenlijk in de kosten van de procedure veroordeeld moeten worden, zonder dat het nodig is na te gaan of zij ook thans nog belang hebben bij de door hen ingestelde vordering. (enz.)

Cassatiemiddel:

De Rechtbank heeft in haar voormelde vonnis het recht geschonden en/of wezenlijke vormen verzuimd door te overwegen en op grond daarvan te beslissen als in haar vonnis is weergegeven, zulks om de navolgende, mede in hun onderlinge samenhang te lezen redenen:

Algemene klacht

Ten onrechte en/of zonder toereikende motivering heeft de Rechtbank de beide vorderingen van de Vliegers afgewezen. Deze vorderingen hielden in:

1. een verklaring voor recht dat voor het in art. 5.2 lid 4 sub a van de CAO (jo. art. 1.1 sub g van het Pensioenreglement)¹ voor vliegers van Martinair gehanteerde leeftijdsonderscheid geen objectieve rechtvaardiging bestaat en dat deze bepaling deswege wegens strijd met art. 1 van de Gr.w jo. art. 26 van het BUPO-verdrag nietig is;
2. een gebod aan Martinair om de Vliegers ook na hun 65^{ste} verjaardag tot hun werk toe te laten op straffe van verbeurte van een dwangsom (etc.).

Deze algemene klacht wordt hieronder nader aangevuld en toegelicht.

Aanvulling en toelichting

1. Inleiding

1.1. Op grond van de door de Vliegers gewraakte bepaling van de tussen Martinair en VNV gesloten CAO eindigen hun voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten – verplicht – van rechtswege bij het bereiken van het 56^{ste} levensjaar.² De Vliegers willen met hun vorderingen niet tornen aan het recht om met 56 jaar met pensioen te gaan; zij verzetten zich tegen het verplichte karakter van een zo vroege pensionering (zie o.a. inl.dagv. § 4 en V-plta § 37 en 64).

1.2. Het voorheen op de Luchtvaartwet, thans de Wet Luchtvaart gebaseerde Besluit bewijzen van bevoegdheid voor de luchtvaart (Stb. 1999, 346; 2001, 526) kent in art. 7 een leeftijdsgrens van 60 jaar voor de bevoegdheid om op te treden als bestuurder van een luchtvaartuig tijdens verkeersvluchten, met dien verstande dat deze bevoegdheid tot het 65^{ste} jaar mag blijven worden uitgeoefend, mits de overige – bevoegde – bemanning van het luchtvaartuig jonger is dan 60 jaar (vgl. inl.dagv. § 10).

1.3. Tussen partijen staat vast, dat de litigieuze CAO-grens van 56 jaar, hoewel oorspronkelijk

gebaseerd op veiligheids- en gezondheidsgronden, dan ook reeds lang nog slechts het bevorderen van het door de VNV nagestreefde doel van 'doorstroming' dient (zie o.a. Rb. r.o.3 sub b; CvR § 6.1.1).

Deze veiligheids- en gezondheidsbelangen worden bovendien al afdoende gediend door een intensief, periodiek en gesanctioneerd stelsel van keuringen en toetsen voor de vliegers (zie o.a. inl.dagv. § 13-14).

1.4. Tussen partijen staat tevens (minst genomen veronderstellenderwijs) vast:

- i. dat andere – ook Nederlandse – luchtvaartmaatschappijen – met akkoord van de VNV – een pensioenleeftijd van 60 jaar hanteren (zie o.a. CvR § 6.3.2 jo. prod. 8; volgens M-CvD § 32 geldt bij Transavia een pensioenleeftijd van 58 jaar);
- ii. dat Martinair (en bijvoorbeeld ook KLM; MvG § 21 jo. prod. 2) vanwege de bijzonder hoge kosten van zo'n vroeg pensioen ook zelf de verplichte pensioenleeftijd wel zou willen verhogen, maar dat de VNV zich daartegen in de (CAO-)onderhandelingen steeds met klem heeft verzet (zie o.a. inl.dagv. § 16; CvR § 6.1.7 en 6.3.1 jo. prod. 6; M-CvD § 42; MvG § 20; M-MvA § 27 en VNV-MvA § 41);
- iii. dat door enkele (voorgangers van thans) eisers binnen VNV-verband al meermalen vergeefs is geprobeerd om deze lage pensioenleeftijd verhoogd te krijgen, maar dat zulks blijft afstuiten op de uit jongere vliegers bestaande meerderheid van de leden en zelfs tot een roymementsdreiging door het VNV-bestuur heeft geleid (zie o.a. inl.dagv. § 16; M-CvA § 54; CvR § 6.1.5 en 7.6 e.v. jo. prod. 10-14; MvG § 20; V-plta § 46 en 61);
- iv. dat de VNV onder meer bij Martinair op een zeer hoge organisatiegraad kan bogen (>90%) en in feite ook de enige vakbond voor vliegers in Nederland is (zie o.a. Rb. r.o.3 sub a en MvG § 20 jo. prod. 3, r.o.19).

1.5. Tussen partijen staat voorts (minst genomen veronderstellenderwijs) vast:

- i. dat Martinair gedurende de 80-er en 90-er jaren, vanwege een tekort aan geschikte 'hogere' vliegers, met veel 65-plussers individuele 'doorvliegcontracten' heeft gesloten, nog in begin 2000 commanders van elders heeft aangetrokken en in 2001 een tekort aan MD-11 co-pilots verwachtte (zie o.a. CvR § 6.2.1 e.v. jo. prod. 7B en 6.3.3; V-plta § 61 jo. prod. 5; zie ook M-CvD § 31 en VNV-CvD § 20);

1 Zie voor de tekst van de litigieuze bepalingen o.a. M-CvA § 8 en 9.

2 Voor het vonnis en het middel is niet relevant de uitzondering van art. 5.6 CAO, volgens welke een vlieger, onder zekere voorwaarden en tegen aanzienlijke offers (inl.dagv. § 4), op zijn 48^{ste} jaar kan opteren voor de zgn. verminderde productieregeling, in welk geval zijn verplichte pensioen op zijn 58^{ste} verjaardag ingaat.

- ii. dat vanaf plaats 99 op de uit 397 vliegers bestaande 'senioriteitslijst' van Martinair per mei 2000 commanders en co-pilots dooreen staan, omdat enerzijds niet alle co-pilots geschikt zijn voor een promotie tot commandant en er anderzijds ook relatief veel jonge commanders zijn, die aan een promotie van oudere co-pilots in de weg staan (zie o.a. CvR § 6.2.1-6.2.5 jo. prod. 5; M-CvD § 28; VNV-CvD § 21; V-plta § 65);
- iii. dat er relatief veel oudere instromers zijn die voor hun 56^{ste} jaar geen vol pensioen meer zullen kunnen opbouwen (zie o.a. CvR § 6.3.5 en V-plta § 52-53 en 75 jo. prod. 6; zie ook VNV-CvD § 23);
- iv. dat er in de komende jaren slechts een relatief gering aantal 56-plussers voor pensionering in aanmerking komt en dat ook daarvan slechts een gering aantal daadwerkelijk zal willen doorvliegen indien de *verplichte* pensioenleeftijd wordt verhoogd (zie o.a. CvR § 6.1.4/6; MvG § 20; V-plta § 56-57; zie voorts VNV-MvA § 40 en 45).

2. Kernstellingen van Vliegers

2.1. De litigieuze *verplichte* pensioenleeftijd van 56 jaar houdt een direct en nadelig onderscheid naar leeftijd in dat, nu het enerzijds ruimschoots onder de vooralsnog algemeen aanvaarde pensioenleeftijd van 65 jaar ligt (vgl. CRvB, AB 1994, 213 en TAR 93, 99; HR NJ 1995, 430 en NJ 2002, 622) en anderzijds niet 'objectief gerechtvaardigd' wordt door functionele belastbaarheids- of geschiktheids-eisen (vgl. § 1.2-1.3 supra), reeds daarom ongeoorloofd is in het licht van de discriminatieverboden van art. 1 Gr.w en art. 26 BUPO-verdrag. Zie o.a. inl.dagv. § 5 en 21; CvR § 1.2 en 6.1; Grief I; V-plta § 7-8, 11 en 28.

2.2. De uit hoofde van art. 13 EG-verdrag jo. art. 6 EU-verdrag op 27 november 2000 door de Raad vastgestelde zgn. Kaderrichtlijn voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (2000/78/EG; i.h.b. art. 6 jo. art. 2 lid 2) en het ter implementatie daarvan aanhangige wetsvoorstel 28170 inzake Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (i.h.b. art. 7 lid 1 sub a en b en art. 8 lid 2) laten de litigieuze *verplichte* pensioenleeftijd bij Martinair niet toe, en moeten – ook al zijn deze regelingen vooralsnog niet (effectief) in werking getreden – worden gezien als de codificatie van een op principiële gronden reeds langer voltrokken en door de zgn. 'vergrijzing' ook in sociaal-economisch opzicht noodzakelijke rechtsontwikkeling, zoals onder meer blijkt uit de toelichtingen op die beide regelingen alsmede de jurisprudentie en het overheidsbeleid in Nederland (vgl. o.a. Kamerstukken II 99/00, 27064, Bevordering arbeidsdeelname oudere werknemers resp. het terugdringen van 'FLO' voor overheidsfuncties). Zie o.a. inl.dagv. § 5-7; CvR § 2-3; MvG § 14-16 en 19; V-plta § 4.

2.3. De litigieuze *verplichte* pensioenleeftijd mist de vereiste *legitimiteit*, omdat zij per saldo

uitsluitend is gebaseerd op het te algemene, generaliserende en welhaast tautologische althans arbitraire argument van 'doorstroming' (bij een lagere pensioenleeftijd gaat het nog sneller en bij een hogere komen 'jongere' vliegers toch ook aan de beurt) (zie o.a. CvR § 6.1.3 e.v. en HvJ EG 'Rinner/Kühn' en 'Bilka'). Niet valt in te zien waarom rechtens, mede gelet op het in het arbeidsrecht belangrijke anciënniteitsbeginsel, het belang van versnelde promotie (met eerdere, hogere inkomsten) voor de 'jongere' vliegers zou moeten prevaleren boven het belang van de 'oudere' vliegers bij het door hen gewenste behoud van hun arbeid, zulks bovendien met alsdan gelijke aanspraken van de 'jongere' vliegers als die weer 'ouder' zullen zijn (zie o.a. CvR § 6.1.4 en 6.3.1; MvG § 32-33; V-plta § 42 e.v.). Voor Martinair als werkgever wordt met deze versnelde doorstroming geen werkelijke behoefte van haar eigen onderneming gediend (vgl. § 1.4 sub i en ii alsmede § 1.5 sub i en iv supra; HvJ EG 'Bilka'; CvR § 6.1; MvG § 20; V-plta § 33, 38 en 44). Dat de overgrote meerderheid van het ledenbestand van de VNV, welke uit 'jongere' vliegers bestaat, uit eigen belang een verhoging van deze 'qua functionele oorsprong allang achterhaalde' leeftijdsgrens langs 'democratische' weg kan blijven blokkeren en aldus de monopolioide VNV-inbreng in het CAO-overleg terzake kan blijven beheersen, vormt geen rechtvaardiging voor het schenden van de grondrechten (art. 1 en 19³ GW) van de minderheid van 'oudere vliegers' (vgl. § 1.4 sub iii en iv supra; met 56 jaar eventueel nog elders starten is immers, zo al mogelijk, uiterst bezwarend, zie o.a. V-plta § 35). Door Martinair en de VNV, op wie terzake de bewijslast behoort te rusten (zie art. 10 Kader-richtlijn) is niet aannemelijk gemaakt dat bij een hogere *verplichte* pensioenleeftijd de 'jongeren', voor wie die dan overigens evenzeer zou gaan gelden, de opleidingskosten niet zouden kunnen terugverdienen of dat Martinair geen daaraan aangepaste belonings- en pensioenvoorwaarden zou kunnen scheppen (zie o.a. CvR § 5.7 en 6.3.3; MvG § 20; V-plta § 12, 21 en 55 resp. 61 e.v. jo. prod. 5; zie ook § 1.5 sub i). Van een als zodanig objectief onevenwichtige leeftijdsopbouw is bij Martinair geen sprake (zie o.a. CvR § 6.1.4 e.v.; V-plta § 41 en 60).

Voorts zal bij het behoud van het *recht* op dit vroege pensioen het aantal 'ouderen' dat na zo'n verhoging van de *verplichte* pensioenleeftijd daadwerkelijk voor doorvliegen zal opteren zo gering zijn, dat hiervoor – mede gelet op het belang van late instromers met een geringe pensioenopbouw – op individuele basis goede afspraken kunnen worden gemaakt, zonder dat rechtens overwegende belangen van de 'jongere' vliegers of Martinair daardoor wezenlijk in het gedrang zullen komen (zie o.a. CvR § 6.1.6; MvG § 20 en 32; V-plta § 56-57 en 62-63 jo. prod. 6; zie ook § 1.5 sub iv).

2.4. Voor zover hierbij al – anders dan in § 2.3 supra betoogd – van een legitiem (objectief

gerechtvaardigd) onderscheid sprake zou zijn, mist het door de VNV en Martinair aangevoerde doorstromingsargument in de realiteit de vereiste *doelmatigheid*. Uit het gestelde in § 1.5 supra blijkt immers dat enerzijds de feitelijke opbouw van het vliegersbestand van Martinair zodanig is dat het zo vroeg pensioneren van het relatief geringe aantal 56-jarige vliegers niet wezenlijk zal bijdragen tot een versnelde doorstroming van de 'jongere' vliegers naar de hoogste functies en dat anderzijds het slagen van de door de VNV (en Martinair) nagestreefde doorstroming juist veeleer afhankelijk is van economisch-conjuncturele, bedrijfstechnische en persoonsgebonden factoren. Het relatief geringe aantal 'ouderen' dat daadwerkelijk van de door de Vliegers nagestreefde doorvliegmogelijkheid gebruik zal maken, vormt eens te meer geen reële bedreiging voor de inkomens- en loopbaanontwikkeling van de grote groep van 'jongere' vliegers noch voor het (eventueel in enigszins aangepaste vorm) in stand kunnen houden van een betaalbaar salaris- en pensioen-'gebouw' door Martinair.

Zie o.a. CvR § 6.1.6, 6.2 en 6.3; MvG § 23-24; V-plta § 55-68; zie ook VNV-plta p.11-12 en § 1.4 sub i en ii supra.

2.5. Indien bij de door de VNV (en vooralsnog ook Martinair) nagestreefde doorstroming – ondanks de in elk geval functioneel niet gerechtvaardigde en minst genomen zowel principieel als praktisch grote bezwaren oproepende – achterstelling van alle 56-plussers, al sprake zou zijn van een voldoende gerechtvaardigd doel en dit doel ook – ondanks het relatief kleine aantal potentiële 'doorvliegers', het relatief grote aantal jongere commanders en de vele andersoortige factoren die doorstroming (kunnen) belemmeren – voldoende effectief langs de weg van zo'n achterstelling bereikt zou kunnen worden, dan nog beantwoordt het litigieuze leeftijds onderscheid niet aan het vereiste van *proportionaliteit*. Immers, dit doel kan ook langs voor de 'oudere' vliegers minder ingrijpende en schadelijke weg bereikt worden door een betere personeels- en loopbaanplanning. In confesso is voorts, dat het hanteren van deze vroege pensioenleeftijd zowel voor Martinair als voor de vliegers, wegens de aan de financiering van pensioenpremies verbonden kosten, zeer duur is (zie o.a. CvR § 6.3.1; MvG § 20 en VNV-MvA § 41); dat andere luchtvaartmaatschappijen wel met een pensioenleeftijd van 60 jaar kunnen werken en dat ook Martinair en KLM zulks liever zouden willen (zie o.a. § 1.4 sub i en ii supra); dat het nadeel voor latere instromers met een pensioenbreuk of -tekort zeer groot is (zie § 1.5 sub iii supra en V-plta § 35 en 52-53); dat er blijkens de langdurige praktijk van doorvliegcontracten voor 56-plussers bij een structurele verhoging van de verplichte pensioenleeftijd (met behoud van het recht op zo'n vroeg pensioen) geen, althans niet door individuele regelingen te ondervangen, rechtens overwegende problemen dreigen voor de inkomens- en loopbaan-ontwikkeling van jongere vliegers resp. voor

het salaris- en pensioengebouw van Martinair (zie o.a. CvR § 6.3; MvG § 26-27 en 33; V-plta § 56-59, 69-70 en 74-77).

3. Door te oordelen als in haar vonnis is weergegeven heeft de Rechtbank de in § 1 en 2 supra weergegeven feiten, regels en stellingen miskend en aldus ten onrechte althans zonder toereikende motivering de vorderingen van de Vliegers afgewezen. Deze algemene klacht wordt hieronder nog aangevuld met meer specifieke, op afzonderlijke overwegingen betrokken klachten.

4.1. Onjuist en/of zonder nadere motivering onbegrijpelijk is het oordeel in r.o.4.4:

(a) dat volgens de Vliegers sprake zou zijn van recent gewijzigde maatschappelijke opvattingen op het gebied van leeftijdsdiscriminatie. Immers, zij hebben consequent betoogd dat het door hen in casu gedane 'anticiperende' beroep op de Kaderrichtlijn en wetsvoorstel 28170 inhoudelijk niet verder reikt dan uit het te onzent reeds geldende recht voortvloeit (zie o.a. inl.dagv. § 6-7; CvR § 2; MvG § 14-16; V-plta § 4);

(b) dat de geldigheid van de litigieuze CAO-afspraken in beginsel moet worden beoordeeld naar het tijdstip van hun totstandkoming. Voorzover de Rechtbank daarmee bedoeld zou hebben op de oorspronkelijke veiligheids- en gezondheidsratio van deze verplichte lage pensioenleeftijd, geldt dat deze al meer dan 10 jaren achterhaald is (zie § 1.2-1.3 supra) en dus ook geen maatstaf meer kan vormen voor de beslissing van dit geschil. Voorzover de Rechtbank op iets anders bedoeld zou hebben, is onduidelijk of zij daarmee ziet op de 'vroegste' dan wel op een 'latere' c.q. slechts de 'meest recente' CAO waarin deze leeftijdsgrens op grond van de 'doorstroming'-wens van de VNV is gehandhaafd. Uit de producties valt indirect af te leiden, zonder dat overigens één der partijen daarop een beroep heeft gedaan, dat de laatste CAO met Martinair pas op z'n vroegst rond eind 1999 tot stand is gekomen (zie prod. 6 bij M-CvA en prod. 4, p.2, bij VNV-CvD). Ten slotte valt niet in te zien waarom een naar geldend recht ongeoorloofd discriminerende, lage verplichte pensioenleeftijd haar gelding onverkort zou moeten blijven behouden, louter omdat zij oorspronkelijk geldig zou zijn overeengekomen (zie ook art. 16 Kaderrichtlijn).

4.2. In r.o.4.8-4.13 komt de Rechtbank onder het kopje '*legitimiteit*' tot een bevestigend antwoord op de vraag of met de litigieuze, vroege pensioenleeftijd een dit leeftijds onderscheid rechtvaardigend doel wordt gediend. Met de VNV en Martinair ziet de Rechtbank dat legitieme doel gelegen in het begrip '*doorstroming*', waarmee bedoeld wordt dat de hele opbouw van de carrière van vliegers – beginnend met een kostbare opleiding en eindigend met een vroege pensionering – gebaseerd is op zekerheid dat het voor alle vliegers mogelijk zal zijn voorafgaand aan hun vroege pensionering de hoogste functietrede te bereiken' (r.o.4.8). In het vervolg duidt de Rechtbank dit vaker aan als de gerechtvaardigde

wens c.q. belangen van de werkgever en werknemers bij zekerheid omtrent een vlotte, regelmatige en voorspelbare doorstroming van personeel.

a. Blijkens r.o. 4.9, 4.10, 4.11 en 4.12 kent de Rechtbank onmiskenbaar groot gewicht toe aan het feit dat deze verplichte, vroege pensioenleeftijd door Martinair bij CAO is overeengekomen met de VNV als de daadwerkelijke representant van de grote meerderheid der Martinairvliegers. Aldus miskent de Rechtbank, althans heeft zij voltrekt onvoldoende gerespondeerd op, het betoog van de Vliegers (vgl. § 2.1-2.3 supra; zie ook MvG § 6-7 en V-plta § 42-48), dat een (in beginsel) ongeoorloofde discriminatie van een kleine minderheid – en a fortiori waar grondrechten in het geding zijn – niet kan worden gerechtvaardigd doordat de grote meerderheid van de betreffende groep daarmee op grond van zijn eigen (voornamelijk economische) belang instemt en zulks in een CAO weet neergelegd en gehandhaafd te krijgen. Zulks klemmt temeer, indien, zoals in casu (veronderstellenderwijs) vaststaat, de betreffende werkgever – zonder daardoor zijn werkelijke, eigen ondernemingsbelang te dienen; integendeel – daarmee slechts instemt onder druk van de betreffende, feitelijk een monopolie bezittende werknemersorganisatie. Het brede draagvlak binnen deze specifieke VNV-groep mag dan ook niet verward worden met het voor de 65-jaar grens aangenomen 'brede maatschappelijke draagvlak' als bedoeld in HR NJ 1995, 430 en NJ 2002, 622).

b. In r.o. 4.9 noemt de Rechtbank deze doorstroming een *rechtvaardiging* voor de wens van de meerderheid van alle Martinairvliegers om vast te houden aan deze vaste, lage pensioenleeftijd, resp. ziet zij een *gerechtvaardigd* belang van deze beroepsgroep in het verplicht stellen van die lage pensioenleeftijd, omdat bij een op vrijwilligheid gebaseerd stelsel de promotie van jongere collega's zou (kunnen) stagneren en daarmee hun eigen pensioen(voorziening) bij 56 jaar in gevaar zou (kunnen) komen. Aldus miskent de Rechtbank het hier rechtens te hanteren criterium 'legitimitéit', omdat elke *inhoudelijke, objectieve rechtvaardiging* voor het – ten detrimente van degenen die na hun 56^{ste} jaar nog willen c.q. vanwege hun pensioentekort nog 'moeten' doorvliegen – hanteren van zo'n vroege en verplichte pensionering ontbreekt. Per saldo komt deze redenering immers neer op een *petitio principii* resp. op een gelijkstelling van 'eigen (economisch) belang' met een rechtvaardigingsgrond voor leeftijdsdiscriminatie: de enkele, door eigen belang ingegeven wens van de meerderheid van een zo vroege pensionering rechtvaardigt ook voor de daardoor financieel en/of anderszins bezwaarde minderheid het verplichte karakter ervan, omdat anders de financiële voorwaarden voor zo'n vroege pensionering voor de meerheid in het gedrang (kunnen) komen.

Bovendien miskent de Rechtbank in r.o. 4.9 dat de huidige verplichte pensionering niet alleen

voor 'vliegers in de hoogste functies' geldt, zodat bijvoorbeeld ook de niet voor promotie gekwalificeerde co-pilots met een veel lager inkomen en pensioen hierdoor gedupeerd worden.

Voorts miskent de Rechtbank hier dat het blijven bezetten van een hogere functie door één 56-plusser uiteraard niet 'voor alle vliegers in lagere functies' de gewenste promotie doet stagneren, waarbij nog komt dat dergelijke stagnatie ook het gevolg kan zijn van geheel andere factoren (vgl. § 2.4 supra).

c. Meer in het algemeen schieten r.o. 4.9 e.v. tekort, omdat daarin elke motivering ontbreekt voor de rechtvaardiging van het stellen van de vroege, verplichte pensioendatum op de 56^{ste} verjaardag in plaats van (bijvoorbeeld) op de met het in § 1.2 supra bedoelde Besluit corresponderende 60^{ste} verjaardag, hetgeen nog altijd vijf jaar korter is dan de algemeen gangbare verplichte pensioendatum. Het gegeven dat voor de 56^{ste} verjaardag een historische verklaring bestaat in de vorm van veiligheids- en gezondheidsredenen (vgl. § 1.3 supra), kan immers rechtens deze litigieuze achterstelling thans niet meer rechtvaardigen.

d. De bovenstaande kritiek geldt evenzeer voor de nadruk die de Rechtbank vaker plaatst op het voordeel voor alle betrokkenen dat de 'voorafgaande zekerheid' resp. 'voorspelbaarheid' van een vaste pensioendatum biedt, mede in de vorm van een 'objectief criterium' en een 'waarborg tegen een meer willekeurige beëindiging van het dienstverband van oudere werknemers'. Immers, die voordelen gelden net zo goed voor een hogere, verplichte pensioendatum, terwijl de Vliegers niet willen tornen aan het *recht* om bij 56 jaar te pensioneren, ook geen extra pensioenpremie voor het 'doorvliegen' verlangen (zie § 1.1 supra en V-plta § 62-63) en onweersproken hebben gesteld dat de wensen terzake van aanstaande 56-plussers tijdig op individuele basis geïnventariseerd kunnen worden (zie o.a. CvR § 6.1.6; MvG § 27; V-plta § 57-59).

e. Aan bovenstaande kritiek doet evenmin af hetgeen de Rechtbank overweegt in r.o. 4.10 en 4.12 'vanuit het perspectief van Martinair als werkgever'. Immers, ook op een hogere, vaste en verplichte pensioenleeftijd kan de werkgever zijn 'personeelsbeleid en een evenwichtige belonings- en pensioenstelsel' baseren, dat bovendien ook (zelfs veel beter) 'betaalbaar' is. Het belang bij het 'in stand laten van het huidige stelsel' resp. de strekking van de huidige 'inkomens- en pensioenopbouw om (alle) vliegers ook daadwerkelijk in staat te stellen op relatief jonge leeftijd te stoppen met werken' vormt evenmin – althans niet zonder nadere motivering in het licht van de in § 2.3 en 2.4 supra bedoelde stellingen van de Vliegers – een voldoende inhoudelijke rechtvaardiging voor het continueren van de litigieuze vroege, verplichte pensioenleeftijd, temeer nu daarmee geen eigen, objectief overwegend ondernemingsbelang van Martinair is gemoeid en zij kennelijk ook zelf (net als KLM) aan een hogere pensioenleeftijd de

voorkeur geeft, althans daartegen geen bezwaren heeft.

Hetgeen de Rechtbank in r.o.4.10 overweegt over de aard van de opleiding, het werk en het dienstverband bij Martinair mist voldoende 'bijzonderheid' om de bovenstaande kritiek te ontkrachten.

f. Ook het door de Rechtbank in r.o.4.11 en 4.12 benadrukte aspect dat de Vliegers al voorafgaand aan hun dienstverband met Martinair bekend waren met deze vroege, verplichte en vaste pensioenleeftijd en daarvan ook zelf voor hun promoties en pensioenopbouw hebben geprofiteerd, kan niet – althans niet zonder nadere motivering, die echter ontbreekt – als afdoende rechtvaardiging dienen voor het continueren van de litigieuze achterstelling. Een ongeoorloofde, discriminatoire achterstelling wordt immers niet 'relatief', laat staan blijvend, gerechtvaardigd doordat die gelijkelijk en van meet af aan met de daaraan verbonden voor- en nadelen voor de gehele betrokken groep heeft gegolden. Het afschaffen daarvan dient een zelfstandig en hoger rechtsdoel, waarvan ook de 'jongere' generatie kan profiteren, terwijl dit bovendien, zo al nodig, met compenserende maatregelen voor werkelijke gedupeerden gepaard kan gaan.

4.3. Hetgeen de Rechtbank in r.o.4.14 overweegt ten aanzien van de vervulling van het vereiste van *doelmatigheid*, is rechtens onjuist althans ontoereikend gemotiveerd. De Rechtbank oordeelt t.a.p. immers slechts dat 'het doel van regelmatige en voorspelbare doorstroming met de overeengekomen verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd kan worden bereikt'. Dit levert slechts een abstracte 'cirkelredenering' op: het doel van doorstroming kan worden bereikt door middel van doorstroming. Op de in §2.4 supra aangehaalde kritiek van de Vliegers, namelijk dat door de feitelijke opbouw van de zgn. senioriteitslijst bij Martinair en de afhankelijkheid van o.a. economische, technische en persoonlijke factoren de verplichte pensionering van alle 56-jarige vliegers slechts een uiterst beperkte bijdrage aan het doorstromings-streven kan leveren, gaat de Rechtbank met geen woord in.

4.4. In r.o.4.15 en 4.16 oordeelt de Rechtbank dat in casu ook het vereiste van proportionaliteit is vervuld. Ook dit oordeel is rechtens onjuist althans – in het licht van de in §2.5 supra gereleveerde stellingen van de Vliegers – ontoereikend gemotiveerd. In het bijzonder miskent de Rechtbank dat bij deze toetsing op proportionaliteit (ook wel aangeduid als subsidiariteit en/of noodzakelijkheid), althans in het totale kader van de toetsing op de aanwezigheid van een 'objectieve rechtvaardiging' voor een rechtstreeks tot achterstelling van ouderen leidend onderscheid, tevens de onderlinge verhouding tussen het beoogde doel, het gehanteerde middel en de nadelige consequenties voor de aldus achtergestelden op haar legitimiteit moet worden beoordeeld, mede in het licht van eventuele voor die aldus – in hun grondrechten – achtergestelden

minder ingrijpende alternatieven. De Rechtbank verabsoluteert t.a.p. echter juist (de wens van c.q. het belang bij) het 'doorstroming'-streven van de VNV (en Martinair), aangezien zij alles wat daaraan afbreuk zal of kan doen reeds daarom geheel verwerpt.

Conclusie A-G mr. Keus:

Deze zaak betreft de vraag of de CAO voor vliegers Martinair Holland N.V., voor zover deze inhoudt dat de met de vlieger gesloten arbeidsovereenkomst, zonder dat daartoe opzegging is vereist, bij 56- of 58-jarige leeftijd van de vlieger eindigt, in strijd is met het verbod van discriminatie, zoals dat in art. 1 Grondwet en art. 26 IVBPR ligt besloten¹.

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan².

Van Pelt c.s. zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als vlieger bij Martinair in dienst. Op deze arbeidsovereenkomsten is de CAO voor vliegers Martinair Holland N.V. van toepassing. Deze CAO is door VNV met Martinair overeengekomen. Uit art. 5.2 lid 4 sub a van de CAO jo art. 1 (definitie) 1 sub g van het Pensioenreglement Stichting Pensioenfonds Vliegers Martinair Holland vloeit voort dat zonder dat daartoe opzegging is vereist, de arbeidsovereenkomst met Martinair wegens pensionering (van de werknemer) eindigt per de eerste van de maand samenvallend met, dan wel eerst volgend op, de 56e verjaardag van de (gewezen) deelnemer. Art. 5.6 van de CAO jo Bijlage 25 biedt, onder bepaalde voorwaarden, de werknemer vanaf zijn 48e jaar de mogelijkheid tot verminderde productie (zijnde 80%) om op die wijze de pensioendatum uit te stellen tot maximaal het 58e jaar. Het overgrote deel, in ieder geval meer dan 90%, van alle bij Martinair werkzame vliegers, is lid van VNV. De (verplichte) pensionering op 56-jarige leeftijd maakt al sinds de jaren '70 deel uit van de arbeidsvoorwaarden voor vliegers bij Martinair; in het nog verdere verleden was deze leeftijd 55 jaar. Aan deze vervroegde pensionering lagen oorspronkelijk met

1 Bij de Hoge Raad is ook aanhangig zaak C03/133, waarin dezelfde vraag met betrekking tot een inhoudelijk gelijk beding in de CAO voor KLM-vliegers op vleugelvliegtuigen aan de orde is.

2 Zie rov.3 van het bestreden vonnis en rov.1.1 van het vonnis van de kantonrechter Haarlem van 25 april 2001.

name redenen van verkeersveiligheid en gezondheid ten grondslag, waar vliegen in het verleden een groter beroep op het (fysieke) gestel van de vliegers deed.

1.2. Tegen deze achtergrond hebben (onder meer) Van Pelt c.s.³ het onderhavige geding bij de kantonrechter Haarlem aanhangig gemaakt. Zij hebben gevorderd te verklaren voor recht dat voor het in artikel 5.2 lid 4 sub a van de CAO voor vliegers Martinair Holland N.V. gehanteerde leeftijdsonderscheid geen objectieve rechtvaardiging bestaat en dat de bepaling deswege wegens strijd met art.1 Grondwet jo art.26 IVBPR nietig is. Voorts hebben zij gevorderd Martinair te gebieden hen ook na hun 56e verjaardag tot het werk toe te laten, op straffe van verbeurte van een dwangsom.

Aan deze vorderingen hebben Van Pelt c.s. ten grondslag gelegd dat het door Martinair gehanteerde leeftijdsonderscheid is verboden op grond van de hiervoor genoemde bepalingen, terwijl een objectieve rechtvaardiging, die voldoet aan de vereisten van legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit, ontbreekt.

1.3. Martinair en VNV hebben gemotiveerd verweer gevoerd. Zij hebben onder meer aangevoerd dat voor het hanteren van de litigieuze ontslagleeftijd een objectieve rechtvaardiging bestaat, in het bijzonder op grond van het bij Martinair geldende doorstroombesleid. Zowel het pensioen- als het salarissysteem, zoals deze bij Martinair gelden, zijn op pensionering op 56- of 58-jarige leeftijd afgestemd. De arbeidsvoorwaarden zijn tot stand gekomen na jarenlang en zorgvuldig overleg tussen de sociale partners.

1.4. Bij vonnis van 25 april 2001 heeft de kantonrechter de vorderingen van Van Pelt c.s. afgewezen, kort gezegd omdat het onderscheid dat Martinair en VNV ten behoeve van de doorstroming maken, aan de vereisten van legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit voldoet.

1.5. Van Pelt c.s. hebben van het vonnis van de kantonrechter hoger beroep ingesteld. Bij vonnis van 19 november 2002 heeft de rechtbank Haarlem het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. De rechtbank overwoog daartoe in grote lijnen als volgt.

(a) Gezien de in art. 18 van Richtlijn 2000/78/EG⁴ genoemde omzettingstermijn tot tenminste 2 december 2003, kunnen werknemers in lidstaten (op 19 november 2002, de dag van de uitspraak) nog geen rechtstreekse aanspraken aan die richtlijn ontleen. Het gegeven dat ook in de ogen van de Nederlandse wetgever een nieuwe wettelijke regeling noodzakelijk is om het recht aan te passen aan de eisen die Richtlijn 2000/78/EG stelt, impliceert voorts dat de naar huidige recht te hanteren maatstaven niet zonder meer samenvallen met de uitgangspunten van die richtlijn. Dit gegeven brengt mee dat de rechter ervoor zal moeten waken dat hij met zijn beslissing inzake leeftijdsdiscriminatie zijn rechtsvormende taak te buiten gaat⁵ (rov.4.2).

(b) In de onderhavige zaak dient te worden beslist of het CAO-beding op grond waarvan de vliegers op 56-jarige leeftijd (verplicht) pensioneren met art. 1 Grondwet en art. 26 IVBPR in strijd is. Uit rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat niet uitgesloten is dat een ongelijke behandeling op grond van leeftijd met (een van) deze bepalingen in strijd is. Verder blijkt daaruit dat ten aanzien van de beëindiging van een dienstbetrekking op de enkele grond dat de werknemer een bepaalde leeftijd bereikt, moet worden nagegaan of daarvoor een redelijke en objectieve rechtvaardiging kan worden aangewezen (rov.4.3).

(c) De vraag naar deze rechtvaardiging vindt beantwoording aan de hand van een drietal criteria, te weten of voor het gemaakte onderscheid een legitiem doel bestaat (legitimiteit) en of het onderscheid voor het bereiken van dit doel passend (doelmatigheid) en geboden (proportionaliteit) is (rov.4.7).

(d) Vanuit het perspectief van de VNV, die kan gelden als een zeer representatieve vertolker van het standpunt van een meerderheid van alle Martinair-vliegers, vormt de doorstroming een rechtvaardiging voor de wens vast te houden aan een vaste, lage pensioenleeftijd (rov.4.9). Vanuit het perspectief van Martinair als werkgever is de wens met de VNV een vaste pensioenleeftijd af te spreken, teneinde daarop zowel haar personeelsbeleid als een evenwichtig en betaalbaar belonings- en pensioenstelsel te kunnen baseren, legitiem (rov.4.10).

(e) Bij het toetsen van de legitimatie speelt ook een rol ten opzichte van wie het ten aanzien van de vliegers gemaakte leeftijdsonderscheid wordt beoordeeld. Volgens het huidige stelsel profiteren alle Martinair-vliegers in gelijke mate van de (verplichte) doorstroming en geldt voor alle oudere vliegers dat zij in het verleden daarvan reeds hebben geprofiteerd. Vergelijking van de positie van Van Pelt c.s. met *andere Martinair-vliegers* leidt er derhalve niet toe dat sprake is van enig niet objectief te rechtvaardigen onderscheid. Wanneer de vliegers worden vergeleken met

3 In eerste instantie traden 40 vliegers (onder wie Van Pelt) als eisende partijen op; het hoger beroep en het beroep in cassatie werden door 16 vliegers (onder wie Van Pelt) ingesteld. In rov.4.19 van het vonnis van de rechtbank wordt overigens gewag gemaakt van het feit dat '(t)er zitting (...) aan de orde (is) gekomen dat appellant sub 1. (Van Pelt) inmiddels een betrekking elders heeft aanvaard en dat hij derhalve niet meer in deze procedure betrokken wenst te zijn' en dat 'ten aanzien van enkele andere appellanten (is) gedebatteerd over de vraag of zij nog belang hebben bij het in deze procedure gevorderde'.

4 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303, p. 16-22.

5 De rechtbank heeft overwogen dat de rechter ervoor zal moeten waken dat hij zijn rechtsvormende taak niet te buiten gaat. Ik neem aan dat de rechtbank het tegendeel heeft bedoeld; aan de term 'ervoor waken dat' komt immers de betekenis toe 'erop toezien dat het genoemde niet gebeurt'.

andere werknemers dan Martinair-vliegers kan hun worden toegegeven dat de verplichte pensioenleeftijd van 56 jaar in zoverre een onderscheid maakt dat voor het overgrote deel van alle werknemers in Nederland een dergelijke jonge (verplichte) pensioenleeftijd niet geldt. Dit onderscheid wordt echter gerechtvaardigd door enerzijds het (collectief) contractuele karakter van de gemaakte pensioenafpraak, waaruit volgt dat deze pensionering steunt op de uitdrukkelijke wens van de beroepsgroep zelf, en anderzijds de compensatie voor het onderscheid in de vorm van een loopbaaninkomen dat geheel op de vroege pensionering van de betrokkenen is afgestemd (rov.4.11).

(f) In het algemeen geldt voorts dat het aanknopen bij een bepaalde – met de werknemersvertegenwoordiging overeengekomen – leeftijd juist ook een objectief criterium biedt en daardoor een waarborg kan zijn tegen een meer willekeurige beëindiging van het dienstverband van oudere werknemers. Daarnaast is in de rechtspraak aanvaard dat de wens om een regelmatige en vlotte doorstroming van personeel te bereiken, mag meewegen ter rechtvaardiging van een gemaakt leeftijdsonderscheid. De inkomens- en pensioenopbouw biedt een compensatie voor het gemaakt leeftijdsonderscheid in de vorm van een inkomen na de verplichte pensionering, zonder dat daarvoor nog een arbeidsprestatie moet worden geleverd (rov.4.12).

(g) Aan het doelmatigheidsvereiste is voldaan omdat het legitieme doel dat betrokkenen met de aangevochten CAO-bepaling nastreven – regelmatige en voorspelbare doorstroming – met de overeengekomen verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd kan worden bereikt (rov.4.14).

(h) In het licht van het partijdebat is niet aannemelijk geworden dat in de huidige omstandigheden voor het bereiken van de gewenste (en gerechtvaardigde) regelmatige en voorspelbare doorstroming enig alternatief voorhanden is (rov.4.15-4.16).

(i) Voor het onderscheid naar leeftijd dat art. 5.2 lid 4 sub a van de CAO voor vliegers Martinair Holland N.V. maakt, is een objectieve rechtvaardiging aan te wijzen. Daaruit volgt dat die bepaling niet in strijd is met art. 1 Grondwet en/of art. 26 IVBPR, zodat de vordering van de vliegers niet voor toewijzing in aanmerking komt en het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd (rov.4.18).

1.6. Van Pelt c.s. hebben tijdig⁶ beroep in cassatie ingesteld. Martinair en VNV hebben geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun onderscheiden standpunten schriftelijk doen toelichten. Namens Martinair en VNV is gedupliceerd.

2. Inleiding

De stand van zaken met betrekking tot leeftijdsontslag tot 1 mei 2004

2.1. Op 1 mei 2004 is de Wet van 17 december 2003, houdende gelijke behandeling op grond van

leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs (Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid)⁷ in werking getreden. Vóór de inwerkingtreding van deze wet was het maken van onderscheid op grond van leeftijd in arbeidsverhoudingen echter al meermalen in de rechtspraak aan de orde.

2.2. HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430, m.nt. PAS, betrof het ontslag van een schoonmaakster gedurende haar proeftijd, uitsluitend op de grond dat tijdens die proeftijd was gebleken dat de werkneemster inmiddels de 65-jarige leeftijd had bereikt. De Hoge Raad oordeelde:

'3.4. (...) Niet uitgesloten is dat een ongelijke behandeling op grond van leeftijd in strijd is met art.1 Grondwet en art.26 IVBP. Deze bepalingen verbieden immers niet alleen discriminatie wegens de aldaar genoemde gronden, zoals bijvoorbeeld ras, geslacht en godsdienst, maar ook discriminatie op welke grond dan ook.

Anders dan het onderdeel betoogt, heeft de rechtbank zulks niet miskend. Zij is terecht ervan uitgegaan dat valt na te gaan of voor het beëindigen van de dienstbetrekking op de enkele grond dat de werknemer de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt, een redelijke en objectieve rechtvaardiging kan worden aangewezen. Zij heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Het onderdeel verlangt toetsing van dit antwoord door de Hoge Raad.'

Volgens de Hoge Raad paste in verband met dit laatste terughoudendheid, waar de regel dat een dienstbetrekking bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd van rechtswege eindigt nog steeds met de rechtsopvatting in brede lagen van de bevolking in overeenstemming was, maar nochtans onderwerp van parlementaire gedachtewisseling vormde. Bij die stand van zaken verwierp de Hoge Raad de opvatting dat de gangbare argumenten voor een dergelijk ontslag (te weten het voordeel van een zonder aanzien des persoons te hanteren objectief criterium, het voordeel van een regelmatig en vlotter verloop van het vrijkomen van arbeidsplaatsen voor jongere werknemers en het voor de – mogelijk tegen zijn zin – wegens zijn leeftijd ontslagen werknemer bestaande perspectief van een inkomen waarvoor geen arbeidsprestatie behoeft te worden geleverd) niet langer als een redelijke en objectieve rechtvaardiging van de bedoelde ontslaggrond zouden kunnen dienen.

Overigens heeft de Hoge Raad in rov.3.5 uitdrukkelijk in het midden gelaten of bij ontbreken van een objectieve en redelijke rechtvaardiging het aangeven van de daaraan te verbinden consequenties de rechtsvormende taak van de rechter niet te buiten zou gaan, gegeven de betekenis van het bereiken van de 65-jarige

⁶ Het bestreden vonnis dateert van 19 november 2002; de cassatiedagvaarding is op 19 februari 2003 uitgebracht.

⁷ Stb. 2004, 30; zie voor de inwerkingtreding Stb. 2004, 90.

leeftijd in de pensioen-, de arbeids- en de sociale verzekeringswetgeving.

2.3. Op 1 november 2002⁸ oordeelde de Hoge Raad opnieuw over de vraag of ontslag wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer een verboden leeftijdsdiscriminatie vormt. De eiseres tot cassatie had aangevoerd dat zich sinds het hiervóór (onder 2.2) genoemde arrest van 13 januari 1995 ontwikkelingen hadden voorgedaan op grond waarvan de gangbare argumenten ter rechtvaardiging van een ontslag wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd niet langer als een redelijke en objectieve rechtvaardiging konden dienen. De Hoge Raad kwam niet terug van zijn standpunt:

'3.4.2. (...) Bij deze stand van zaken is er ook thans geen aanleiding tot een minder terughoudende beoordeling dan is aanvaard in het vermelde arrest van de Hoge Raad van 13 januari 1995 en evenmin grond voor het oordeel dat een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het onvrijwillig beëindigen van de dienstbetrekking bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd niet langer bestaat. (...)'

2.4. Uit de beide arresten valt op te maken dat art. 26 IVBPR een direct werkende verdragsbepaling is⁹, die ook discriminatie op grond van leeftijd verbiedt¹⁰. Uit HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430, m.nt. PAS, valt voorts af te leiden dat deze bepaling in de arbeidsverhouding *horizontale werking* toekomt¹¹. Hierop wijst ook Stein in zijn annotatie:

'Het arrest is mede interessant door de horizontale werking, die in r.o. 3.4 aan het discriminatieverbod van art. 1 van de Grondwet en art. 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBP) wordt toegekend, ingeval het tijdens de proeftijd verleende ontslag uit discriminatie voortkomt. Dikwijls wordt aangenomen dat art. 1 van de Grondwet geen horizontale werking heeft (...) en derhalve niet ziet op privaatrechtelijke verhoudingen als waarvan hier sprake is. Anders dan P.F. van der Heijden (...) nog moest constateren, gaat de toetsing van discriminatie niet langs de indirecte weg van het goed werkgeverschap.'

Dat men slechts dan op de eisen van een goed werkgeverschap is aangewezen, indien het gaat om een onderscheid dat *niet* door de wet of een rechtstreeks werkende verdragsbepaling wordt verboden, vindt bevestiging in de onlangs berechte zaak over ongelijke beloning van (eveneens) vliegers¹²:

'3.3. (...) Bij de beoordeling van deze vraag moet worden vooropgesteld dat het in het onderhavige geval niet gaat om een onderscheid dat door de wet of een rechtstreeks werkende verdragsbepaling wordt verboden (...). In het onderhavige geval kan de vraag of sprake is van een ongeoorloofd onderscheid dan ook slechts worden beantwoord aan de hand van de eisen van goed werkgeverschap op de voet van art. 7:611 BW, in welke

bepaling de algemene eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals neergelegd in art. 6:2 en 6:248 BW voor het arbeidsrecht uitdrukking vinden. Bij de vaststelling van wat de eisen van goed werkgeverschap voor een geval als het onderhavige inhouden, moet derhalve, zoals in voormeld arrest ook is overwogen, het beginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat, 'in aanmerking worden genomen'. Dit een en ander betekent dat dit beginsel – waaraan, gelet op het feit dat het ook steun vindt in verdragsbepalingen als art. 26 IVBPR en art. 7 Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (...), een zwaar gewicht kan worden toegekend – niet doorslaggevend is, maar dat het naast andere omstandigheden van het

⁸ HR 1 november 2002, *NJ* 2002, 622.

⁹ In die zin reeds HR 2 februari 1982, *NJ* 1982, 424 en 475.

¹⁰ Art. 26 IVBPR noemt het onderscheid op grond van leeftijd niet. Het gaat derhalve om toepassing van de restcategorie 'onderscheid op welke grond dan ook'.

¹¹ Dat de horizontale werking van grondrechten geen gemeengoed is, kan bijv. worden afgeleid uit J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking (2003). Smits meent dat directe werking van grondrechten in het private rechtsverkeer de rechten van private personen te zeer zou beperken: 'Indien bijvoorbeeld elke contractspartij zich aan het gelijkheidsbeginsel zou moeten houden, is dat een te grote inbreuk op de autonomie' (p. 18, uitgebreider p. 69-92). Overigens lijkt Smits in arbeidsverhoudingen, niet zijnde betrekkingen bij privépersonen zoals nanny, tuinman etc., discriminatie niet toelaatbaar te achten en derhalve in 'publieke' arbeidsverhoudingen voor een ruime doorwerking van grondrechten te opteren (p. 77). Vermeldenswaard is ook de opvatting van V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (2002), p. 47-48. Volgens Van den Brink komt aan grondrechten (ook voor zover verankerd in Grondwet of direct werkende verdragen) binnen privaatrechtelijk kader slechts *indirecte* werking toe, doordat zij een rol spelen bij de concretisering van privaatrechtelijke begrippen zoals de eisen van een goed werkgeverschap. Volgens Van den Brink getuigt het (eerste) leeftijdsontslagarrest van de Hoge Raad *niet* noodzakelijkerwijze van een andere opvatting.

¹² HR 30 januari 2004 (Parallel Entry), *RvdW* 2004, 26, onder meer besproken door M.S.A. Vegter, *Nieuwsbrief Bb* 2004, nr. 9, p. 81-84 en D.A. Schreuder, *NbBW* 2004-4, p. 53-56.

geval moet worden betrokken in de afweging of de werkgever in de gegeven omstandigheden heeft gehandeld in strijd met de eisen van goed werkgeverschap.¹³

2.5. De Hoge Raad heeft ook moeten oordelen over de toelaatbaarheid van de uit art. 2:252 lid 4 (oud) BW voortvloeiende leeftijdsgrens van 72 jaar voor commissarissen. Ook daarbij stelde hij het volgende voorop¹⁴:

'3.3.1. (...) Niet uitgesloten is dat een ongelijke behandeling op grond van leeftijd in strijd is met art. 26 IVBPR (vgl. HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430). Of dit ten aanzien van art. 2:252 lid 4 BW het geval is, hangt af van het antwoord op de vraag of met het daarin gemaakte onderscheid een legitiem doel wordt nagestreefd en of dat onderscheid kan worden aangemerkt als een passend middel om dat doel te bereiken.'

De Hoge Raad heeft vervolgens weergegeven wat de ratio van de leeftijdsgrens is: het voordeel van het zonder aanzien des persoons hanteren van een objectief criterium, boven een stelsel waarin van geval tot geval door de vennootschap en de commissaris zou moeten worden gedebatteerd over de vraag of de commissaris bij het klimmen der jaren nog wel in staat is zijn taak naar behoren te vervullen. Te vaak deden zich in de praktijk gevallen voor waarin het wegens de persoonlijke gevoeligheden niet mogelijk bleek om de band met een bejaarde commissaris te slaken, alhoewel dit vanuit vennootschapsbelang wenselijk was. De Hoge Raad oordeelde vervolgens:

'3.3.3. Aldus heeft de wetgever op toereikende, de grenzen van de redelijkheid niet overschrijdende gronden geoordeeld dat voor het besproken onderscheid een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond bestond. Waar aldus met dit onderscheid een legitiem doel wordt nagestreefd en het kan worden aangemerkt als een passend middel om dat doel te bereiken, is het oordeel van de Rechtbank dat geen sprake is van een ongerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd als bedoeld in art. 26 IVBPR, juist. (...)'

2.6. In de genoemde arresten hanteerde de Hoge Raad het criterium van een 'objectieve en redelijke rechtvaardiging'. Naar mijn mening leidt dat inhoudelijk niet tot een andere, minder strenge toets dan de toets die voortvloeit uit bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, onder meer op het gebied van gelijke behndeling van mannen en vrouwen, en uit de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en die inhoudt dat een onderscheid eerst dan objectief is gerechtvaardigd, indien is voldaan aan de vereisten van legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit. Hoewel men geneigd is een redelijkheidstoets als een meer marginale toets op te vatten, blijkt uit de door de Hoge Raad gebruikte bewoordingen (zie daarvoor in het bijzonder het eerste van de hierboven onder 2.5

opgenomen citaten) dat in de toets zoals de Hoge Raad die uitvoert, ook de criteria van een legitiem doel en een passend middel (in welk laatste criterium naar mijn mening de criteria van doelmatigheid en proportionaliteit besloten liggen) aan de orde komen. Overigens wordt ook in Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep¹⁵ van een objectieve en redelijke rechtvaardiging gesproken, terwijl duidelijk is dat volgens die richtlijn aan de hand van de criteria legitimiteit, proportionaliteit en subsidiariteit moet worden getoetst.

2.7. De Hoge Raad heeft nog niet geoordeeld over de vraag hoe de verplichte beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van een lagere dan de 65-jarige leeftijd zich tot de algemene discriminatieverboden van art. 1 Grondwet en art. 26 IVBPR verhoudt. In de lagere rechtspraak is deze vraag een aantal malen aan de orde geweest¹⁶.

De verschillende uitspraken hebben gemeen dat het leeftijds onderscheid wordt getoetst aan het criterium van een objectieve rechtvaardiging, waarbij veelal de elementen legitimiteit, passend middel en proportionaliteit aan de orde komen.

13 G.J.J. Heerma van Voss en J.M. van Slooten, Kroniek van het sociaal recht, *NJB* 2004, p. 497-503, in het bijzonder p. 498, zien een tegenstelling tussen het oordeel van de Hoge Raad en de van regeringszijde bij de totstandkoming van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs tot uitdrukking gebrachte opvatting dat men zich ter bestrijding van een niet uitdrukkelijk bij de wet verboden discriminatie rechtstreeks op de doorwerking van in de Grondwet en internationale verdragen (art. 26 IVBPR) vervatte grondrechten kan beroepen. Of de wetgever inderdaad meer ruimte laat voor doorwerking van grondrechten dan de Hoge Raad, betwijfel ik. In het arrest van 30 januari 2004 heeft de Hoge Raad immers voorop gesteld dat het betreffende onderscheid in beloning niet door de Grondwet of een rechtstreeks werkende verdragsbepaling wordt verboden. In die situatie kan de private doorwerking van een (in de Grondwet of een rechtstreeks werkende verdragsbepaling verankerd) grondrecht uiteraard niet aan de orde zijn.

14 HR 8 mei 1998, NJ 1998, 496.

15 PbEG 2000, L 303, p. 16-22. De nieuwe Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid strekt tot implementatie

16 Beschrijvingen van de lagere rechtspraak zijn te vinden in: Y. van Gemerden, Het verbod op onderscheid op grond van leeftijd bij beëindiging van het dienstverband, *SR* 2002, p. 347-355; M. Heemskerk, Vervroegd pensioen zonder dat de arbeidsovereenkomst eindigt?, *SR* 2003, p. 297-304, in het bijzonder onder 2.3; E. Lutjens, Pensioenontslag. Het eindigen of beëindigen van de arbeidsovereenkomst bij pensionering: kan het nog?, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 217-221, in het bijzonder onder 4.

Voorts komt uit de verschillende uitspraken als gemeenschappelijke trek naar voren, dat de werkgever specifieke, op bijzondere behoeften van de betreffende onderneming berustende argumenten moet aanvoeren om een verplicht ontslag op een leeftijd, lager dan 65 jaar, te rechtvaardigen; het enkele argument dat de spankracht van werknemers boven een zekere leeftijd afneemt, zonder dat daaraan een individuele beoordeling ten grondslag ligt, wordt niet voldoende geacht¹⁷.

De literatuur biedt een gevarieerd beeld. Zo wordt wel verdedigd dat iedere vorm van onderscheid naar leeftijd in verband met het beëindigen van de arbeidsparticipatie ongewenst is¹⁸. Aan de andere kant van het spectrum vindt men degenen, die menen dat de vele wetgeving op het gebied van de gelijke behandeling tot een onaanvaardbare inperking van de individuele (contracts)vrijheid leidt. Van Gernerden is van mening dat CAO-partijen bij uitstek geschikt zijn om de voor een bepaald bedrijf of bedrijfstak geldende pensioenleeftijd vast te stellen, mits binnen een bandbreedte van 55-65 jaar en mits in een inkomensvervangend pensioen is voorzien¹⁹. Al met al kan niet worden gezegd, dat de juridische literatuur eenstemmig in een bepaalde richting wijst²⁰.

De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid

2.8. Op 1 mei 2004 is in werking getreden de Wet van 17 december 2003, houdende gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs (Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid)²¹. Met deze wet is uitvoering gegeven aan Richtlijn 2000/78/EG, voor zover deze richtlijn met betrekking tot arbeid en beroep discriminatie op grond van leeftijd verbiedt. Kern van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid wordt gevormd door art. 3, dat onder meer bepaalt dat onderscheid op grond van leeftijd bij het aangaan en het beëindigen van een arbeidsverhouding is verboden. Naar mijn mening moet het ervoor worden gehouden dat onder dit laatste ook valt het eindigen van de arbeidsovereenkomst

17 Zie bijvoorbeeld rechtbank Haarlem, sector kanton, 11 juni 2003, JAR 2003, 187, met betrekking tot de verplichte pensionering op 62-jarige leeftijd ingevolge de bij Holland Casino geldende CAO en rechtbank Amsterdam, sector kanton, 19 april 2002, JAR 2002, 173, met betrekking tot de ondernemings-CAO van ING. In de eerste zaak aanvaardde de rechtbank als rechtvaardiging dat de maatregel noodzakelijk is om doorstroming van het personeel te bevorderen, om langdurig ziekteverzuim terug te dringen en om de instroom van werknemers in de WAO te beperken; de rechtbank oordeelde dat de door de werknemer gewenste flexibele pensionering aan het vereiste van een regelmatige en voorspelbare doorstroming in de weg staat. De tweede zaak betrof de ondernemings-CAO van ING, op grond waarvan het dienstverband in beginsel eindigt in de maand dat de werknemer 62 jaar wordt. Waar deze regeling slechts steunde op het afnemen van de spankracht van oudere werknemers, zonder inhoudelijke toetsing van de concrete invulling van de taak, achtte de rechtbank een objectieve rechtvaardiging niet aanwezig. In de scheidsrechtzaak (Hof Amsterdam 13 januari 2000, JAR 2000, 42) strandde een door de KNVB gehanteerde leeftijdsgrens, gebaseerd op een veronderstelde grotere blessuregevoeligheid van oudere scheidsrechters, nu de KNVB beschikt over adequate instrumenten om de individuele geschiktheid van de scheidsrechter te beoordelen.

18 Zie bijv. G. de Wilt, Leeftijdscriminatie: Verplicht achter de geraniums?, *Arbeid Integraal* 2003, p. 9-12, in het bijzonder p. 9: 'De vraag is echter of ontslag wegens het bereiken van een bepaalde leeftijd ooit objectief gerechtvaardigd kan zijn. Naar mijn mening is dat niet het geval.'

19 Y. van Gernerden, Het verbod op onderscheid op grond van leeftijd bij beëindiging van het dienstverband, *SR* 2002, p. 347-355, in het bijzonder p. 353/354; zie voorts bijv. F.W.G. Ambagtsheer, Wanneer is verplichte pensionering leeftijdsdiscriminatie?, *ArbeidsRecht* 2003, p. 3-7, in het bijzonder p. 6/7 en R. ten Wolde, Encyclopedie van ongelijkheden, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2004-1, p. 2/3. Ten Wolde is in zijn opvatting het meest uitgesproken: 'In augustus 2002 meldde ik in dit vakblad vol schaamte dat we in Nederland een ongelijke behandeling over het hoofd hadden gezien en door Brussel op de vingers waren getikt. (...) We zijn nu ruim een jaar verder en jawel hoor, wij zijn in de afgelopen periode blij verrast met enkele nieuwe, zeldzame exemplaren: (...) en de gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid. Als we niet uitkijken is de gehele Nederlandse bevolking straks door middel van gelijkstellingen veranderd in een contrastarme en passieve mensenmassa.'

20 Zie voor een greep uit de verdere literatuur V.D.M. Smeets, Wankelt de pensioenregel door het wetsvoorstel verbod leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid?, *ArbeidsRecht* 2002, p. 40-44; E. Lutjens, Pensioenontslag. Het eindigen of beëindigen van de arbeidsovereenkomst bij pensionering: kan het nog?, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 217-221; M. Heemskerk, a.w., p. 297-304.

21 *Sth.* 2004, 30; zie voor de inwerkingtreding *Sth.* 2004, 90.

op grond van een beding als het onderhavige, zonder dat daarvoor opzegging is vereist²².

2.9. De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid kent een uitzondering op het verbod van het maken van onderscheid, neergelegd in art. 7 lid 1: het verbod geldt niet indien het onderscheid (a) is gebaseerd op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens wet, (b) betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding of van het dienstverband van een ambtenaar in verband met het bereiken van de leeftijd waarop op grond van de Algemene Ouderdomswet recht op ouderdomspensioen ontstaat, of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd, of (c) anderszins objectief is gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. In de memorie van toelichting²³ wordt benadrukt dat in iedere concrete situatie aan de hand van de omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld of van een objectieve rechtvaardiging sprake is. Het eerste lid omvat onder a en b een *niet-limitatieve* opsomming van onderscheid naar leeftijd dat volgens de regering objectief is gerechtvaardigd, zodat in die gevallen toetsing per geval achterwege kan blijven.

Op grond van art. 11 is beëindiging van de arbeidsverhouding door de werkgever in strijd met art. 3, vernietigbaar, terwijl op grond van art. 13 bedingen in strijd met de wet nietig zijn.

2.10. De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid is tot stand gekomen na intrekking van een eerder wetsvoorstel²⁴ inzake leeftijdsdiscriminatie. Tot die intrekking werd overgegaan, omdat de implementatie van Richtlijn 2000/78/EG een (verdergaande) regeling op hetzelfde terrein noodzakelijk maakte²⁵. De beëindiging van de arbeidsverhouding viel buiten de werkingssfeer van het ingetrokken wetsvoorstel. In de memorie van toelichting werd die keuze als volgt verantwoord:

'De regering neemt de signalen, onder meer van de Commissie gelijke behandeling, dat er zich knelpunten op dit terrein voordoen, serieus, maar is van mening dat eerst goed in beeld moet worden gebracht wat de eventuele consequenties zouden zijn van deze uitbreiding van het verbod van onderscheid naar leeftijd bij de arbeid. Zo worden thans in tal van wettelijke en andere regelingen, zoals in collectieve arbeidsovereenkomsten (CAO's) leeftijdscriteria in relatie tot ontslag gebruikt, die een beschermende werking voor ouderen hebben. Een uitbreiding van het verbod van onderscheid naar leeftijd zou dergelijke beschermende regelingen niet teniet mogen doen. De regering voert thans een inventarisatie uit naar dergelijke regelingen. Aan de hand van de resultaten daarvan zal worden gezien of

de werkingssfeer van de onderhavige wettelijke regeling moet worden uitgebreid.²⁶

2.11. De wetgever heeft zowel in verband met het ingetrokken wetsvoorstel 26 880 als in verband met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid onder ogen gezien dat het maken van onderscheid naar leeftijd reeds op grond van het algemene discriminatieverbod ontoelaatbaar kan zijn:

In verband met wetsvoorstel 26 880:

'Leeftijdsdiscriminatie is thans al verboden. Artikel 1 van de Grondwet en artikel 26 van het VN-verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (BUPO) bevatten bepalingen die een algemeen discriminatieverbod inhouden. De rechter betreft doorgaans met de nodige terughoudendheid de niet nader geëxpliciteerde discriminatieverboden van de Grondwet in zijn afwegingen.²⁷

In verband met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid:

'Artikel 1 van de Grondwet en artikel 26 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten bevatten bepalingen die een algemeen discriminatieverbod inhouden. Nu in het wetsvoorstel het verbod van leeftijdsdiscriminatie uit de kaderrichtlijn wordt uitgewerkt, zal ongerechtvaardigd onderscheid op grond van leeftijd effectiever kunnen worden bestreden.²⁸

22 Grapperhaus ging ervan uit dat een dergelijk einde 'van rechtswege' niet onder het verbod van art. 3 valt. Zie F.B.J. Grapperhaus, Het verbod op onderscheid op grond van leeftijd in arbeid en beroep, *Ondernemingsrecht* 2002, p. 356-363, in het bijzonder p. 362, r.k. Hij leidde dit ook af uit art. 8 lid 2 van de wet, dat bepaalt dat het verbod van onderscheid niet van toepassing is op in pensioenvoorzieningen vastgelegde toetredingsleeftijden en op pensioengerechtigde leeftijden. Inmiddels kan uit de parlementaire geschiedenis van het wetsvoorstel, in het bijzonder uit de naar aanleiding van vragen uit de Eerste Kamer door de minister gegeven toelichting op het amendement dat tot toevoeging van art. 16 heeft geleid, worden afgeleid dat de wetgever heeft bedoeld óók gevallen als het onderhavige onder het verbod te laten vallen. Van regeringszijde is uitdrukkelijk gesteld dat er geen bezwaren bestaan tegen het door de samenloop van de art. 3 en 8 mogelijke resultaat, dat de in een pensioenregeling overeengekomen pensioendatum vóór de 65-jarige leeftijd ligt en de werknemer na die pensioendatum wil blijven doorwerken; zie Eerste Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 28 170, C, p. 2 en 4. Het ligt voorts in verband met de *ratio* van het wetsvoorstel voor de hand om onder het woord 'beëindigen' tevens te verstaan het eindigen van rechtswege op grond van een in de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst voorkomend beding. In die zin E. Lutjens, a.w., p. 217-221, met naschrift F.B.J. Grapperhaus, en M. Heemskerk, a.w., p. 297-304.

23 TK 2001-2002, 28 170, nr. 3, p. 7.

24 Wetsvoorstel 26 880, Verbod tot het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij werving, selectie, scholing en bevordering bij de arbeid (Wet verbod op leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid).

25 Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 170, nr. 3, p. 2-3.

26 Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 26 880, nr. 3, p. 6.

27 Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 26 680, nr. 3, p. 6-7.

28 Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 170, nr. 3, p. 13.

Uit deze passages uit de kamerstukken blijkt niet, of de regering van oordeel was dat de beide wetsvoorstellen een verdergaande strekking hebben dan de bij de voorbereiding van die wetsvoorstellen reeds geldende, algemene discriminatieverboden.

2.12. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat tot de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid heeft geleid, wordt ingegaan op de vraag wanneer een objectieve rechtvaardiging aanwezig is. De toelichting wijst op de aan de richtlijn ontleende omschrijving volgens welke sprake moet zijn van een legitiem doel en volgens welke de gehanteerde middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk moeten zijn. Volgens de toelichting sluit de richtlijn in dit verband aan bij de criteria die in de Europese rechtspraak over objectieve rechtvaardiging van indirect onderscheid naar geslacht zijn ontwikkeld, te weten legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit²⁹. Naast de in de richtlijn opgenomen onderwerpen en gevallen bestaan er volgens de toelichting nog andere legitieme doelstellingen die aan de objectieve rechtvaardiging ten grondslag kunnen liggen, zoals zwaarwegende dienst- of bedrijfsbelangen. De memorie van toelichting geeft voorts aan dat een objectieve rechtvaardiging aanwezig kan zijn indien het stellen van een leeftijdsgrens noodzakelijk is ter bescherming van de gezondheid en de veiligheid van betrokkenen³⁰. Tijdens de parlementaire behandeling heeft de Tweede Kamer de regering herhaalde malen een verduidelijking van het begrip 'objectieve rechtvaardiging' verzocht. De regering heeft daarop – kort gezegd – geantwoord dat de begrippen legitimiteit, objectiviteit en subsidiariteit de rechter voldoende handvatten bieden om te komen tot een oordeel of een objectieve rechtvaardiging aanwezig is³¹.

Overigens is vermeldenswaard dat de richtlijn in art. 6 van 'objectief en redelijk' te rechtvaardigen spreekt, maar dat de wetgever het niet noodzakelijk vond naast de objectieve rechtvaardiging als algemene rechtvaardigingsgrond voor onderscheid naar leeftijd het vereiste van de redelijkheid in de wet neer te leggen³².

2.13. Bij de parlementaire behandeling van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid is discussie geweest over het lot van regelingen als in het onderhavige geding aan de orde: een bij CAO of individuele arbeidsovereenkomst(en) overeengekomen ontslag bij een pensioenleeftijd, *lager* dan 65 jaar. In verband daarmee is een amendement³³ ingediend, dat er aanvankelijk toe strekte dat het verbod van onderscheid naar leeftijd bij een dergelijk ontslag in het geheel niet zou gelden; het voorstel was om in verband daarmee het woord 'hogere' in art. 7 van het wetsvoorstel te schrappen. Dit amendement is later gemitigeerd, in die zin dat het strekte tot het opnemen van een overgangsbepaling, zoals thans in art. 16 vervat. Art. 16 luidt:

'Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid is tot 2 december 2006 niet van toepassing op onderscheid dat betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding of het dienstverband van een ambtenaar in verband met het bereiken van een bij arbeidsovereenkomst overeengekomen, een bij een toezegging omtrent pensioen toegezegde, of een bij regeling van een daartoe bevoegd bestuursorgaan vastgestelde pensioengerechtigde leeftijd lager dan de AOW-gerechtigde leeftijd voor zover die leeftijd voor de datum van inwerkingtreding van deze wet in de arbeidsovereenkomst, de toezegging omtrent pensioen of de regeling van het bestuursorgaan was opgenomen.'

Bij de behandeling in de Eerste Kamer³⁴ is de regering op de achtergrond van dit amendement ingegaan:

'Op dit moment komt nog veelvuldig voor dat in CAO's afspraken zijn opgenomen die inhouden dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op het moment dat de pensioengerechtigde leeftijd lager dan 65 jaar, soms ook wel spilleeftijd genoemd, wordt bereikt. Sociale partners hebben aangegeven dat men er aan hecht dat deze reeds lange tijd bestaande uitvoeringspraktijk kan worden voortgezet. Structureel is dat evenwel niet mogelijk omdat dit naar het oordeel van de regering in strijd is met Richtlijn 2000/78/EG. De discussie heeft er wel toe geleid dat tijdens de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer een amendement is aanvaard waardoor de inwerkingtreding van dit onderdeel van de wet wordt uitgesteld tot 2 december 2006 (...). Het amendement geeft de sociale partners en individuele werkgevers tot 2 december 2006 de tijd om in (individuele en collectieve) arbeidsovereenkomsten en pensioenregelingen opgenomen bepalingen, waarin aan het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd (verplicht) ontslag voor werknemers is gekoppeld, aan te passen aan het wetsvoorstel. De EG-richtlijn biedt ook de mogelijkheid van dit uitstel³⁵. Het antwoord luidt dan ook dat gedurende deze periode een werkgever een werknemer kan dwingen met pensioen en uit dienst te gaan als dit in de CAO is afgesproken.

29 Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 170, nr. 3, p. 25.

30 Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 170, nr. 3, p. 32.

31 Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 170, nr. 5, p. 14-18.

32 Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 170, nr. 3, p. 7 (vierde tekstblok).

33 Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 170, nr. 9, amendement van het lid De Grave.

34 Eerste Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 18 170, C, p. 2.

35 M. Heemskerk, a.w., p. 297-304, in het bijzonder p. 301, i.k., wijst erop dat niet geheel duidelijk is onder welke 'bijzondere omstandigheden' de implementatietermijn op de voet van art. 18 van Richtlijn 2000/78/EG kan worden verlengd met drie jaar. Kennelijk ziet de regering een bijzondere omstandigheid in het feit dat de sociale partners een langere termijn voor aanpassing nodig hebben.

Een lagere ontslagleeftijd hoeft in deze periode niet objectief gerechtvaardigd te worden. (...) Na de overgangstermijn dient een werkgever de beëindiging van de arbeidsverhouding op een leeftijd lager dan 65 jaar objectief te kunnen rechtvaardigen.'

Na ommekomst van de overgangstermijn zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld of voor een beëindiging van de arbeidsovereenkomst op een vaste pensioenleeftijd, lager dan 65 jaar, opgenomen in CAO of arbeidsovereenkomst, een objectieve rechtvaardiging aanwezig is. Ook bij de behandeling in de Eerste Kamer is niet nader ingegaan op de vraag, in welke gevallen een dergelijke objectieve rechtvaardiging aanwezig moet worden geacht, anders dan door het benadrukken van de drie (cumulatieve) toetsingscriteria van legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit.³⁶

Consequenties nieuwe wet voor het onderhavige beroep

2.14. Naar mijn mening kunnen de inmiddels in werking getreden Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en de daarvan deel uitmakende overgangsregeling in verband met het onderhavige beroep niet buiten beschouwing blijven, al was het maar omdat bij gegrondbevinding van één of meer van de klachten van het cassatiemiddel mede met inachtneming van die wet en de daarvan deel uitmakende overgangsregeling zou moeten worden beoordeeld of de door Van Pelt c.s. ingestelde vordering na verwijzing alsnog zou kunnen worden toegewezen. Zou de vordering van Van Pelt c.s., ondanks de gegrondbevinding van een of meer van hun klachten, niet kunnen worden toegewezen, dan zouden Van Pelt c.s. immers belang bij het door hen ingestelde beroep in cassatie missen. 2.15. Met art. 16, dat is geplaatst onder het kopje 'Overgangsrecht pensioenontslag', heeft de wetgever blijkens de parlementaire behandeling van het betrokken amendement *niet* beoogd de toelaatbaarheid van een pensioenontslag op een lagere dan 65-jarige leeftijd in het midden te laten, in dier voege, dat een dergelijk ontslag naar het vóór de inwerkingtreding van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid geldende recht zou moeten worden beoordeeld en dan eventueel alsnog ontoelaatbaar zou kunnen worden bevonden. De wetgever heeft onmiskenbaar bedoeld dat een dergelijk pensioenontslag, mits steunend op reeds geldende (collectieve of individuele) arbeidsovereenkomsten of pensioenregelingen, tot 2 december 2006 steeds als *toelaatbaar* zal gelden³⁷.

Hoewel de wetsgeschiedenis daarover geen uitsluitsel biedt, acht ik het anderzijds niet aannemelijk dat de wetgever met het gekozen overgangsregime van art. 16 met het voordien geldende recht heeft willen breken. Het overgangsregime reflecteert, aldus beschouwd, de opvatting van de wetgever dat, ook reeds naar het vóór de inwerkingtreding van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid

geldende recht, een pensioenontslag op lagere dan 65-jarige leeftijd in het algemeen toelaatbaar moet worden geacht.

2.16. Er is enige aanleiding voor een onderzoek naar de verenigbaarheid van de (aldus uitgelegde) overgangsbepaling met hoger recht, omdat de toelaatbaarheid van een leeftijdsontslag vóór de inwerkingtreding van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid met art. 1 Grondwet en art. 26 IVBPR in verband placht te worden gebracht. Een toetsing van de overgangsbepaling (een wet in formele zin) aan art. 1 Grondwet is in verband met art. 120 Grondwet niet aan de orde. Art. 94 Grondwet brengt echter met zich dat de overgangsbepaling geen toepassing kan vinden, als die toepassing met een ieder verbindende verdragsbepaling onverenigbaar zou zijn.

In de door mij veronderstelde opvatting van de wetgever doet strijd met art. 26 IVBPR zich niet voor, kennelijk omdat de wetgever voor het eindigen van de arbeidsverhouding wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd (ook voor zover die lager is dan 65 jaar) *a priori* een (in verband met art. 26 IVBPR vereiste) objectieve en redelijke rechtvaardiging aanwezig acht, langs de lijnen die de Hoge Raad met betrekking tot het eindigen van de arbeidsverhouding wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd heeft gevolgd. Op een door de wetgever veronderstelde conformiteit met art. 26 IVBPR (en art. 1 Grondwet) zou kunnen wijzen, dat, blijkens de hiervóór (onder 2.13) geciteerde uitspraken, van regeringszijde onmogelijk werd geacht het pensioenontslag op een lagere dan de AOW-gerechtigde leeftijd *blijvend* aan het verbod van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid te onttrekken, kennelijk niet in verband met het algemene discriminatieverbod van art. 26 IVBPR, maar in verband met de gedetailleerde voorschriften van Richtlijn 2000/78/EG.

Ook als (anders dan de wetgever kennelijk veronderstelt) het overgangsregime in beschermingsniveau van het voordien geldende recht zou verschillen, zou art. 26 IVBPR daarvoor naar mijn mening wel enige ruimte bieden. In dat verband acht ik relevant dat art. 16 het pensioenontslag niet zonder meer en in duur onbeperkt aan het verbod van leeftijdsdiscriminatie onttrekt. Art. 16 strekt er juist toe mogelijk te maken dat het pensioenontslag, zonder door de wetgever niet gewenste schade voor de sociale partners, op relatief korte termijn (uiterlijk per 2 december 2006) onder de volle werking van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid

36 Eerste Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 28 170, C, p. 9.

37 Zie in dit verband ook de tekst van art. 16: 'Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid is tot 2 december 2006 niet van toepassing op het onderscheid dat betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding (...):' De bepaling is niet toegeschreven op niet-toepasselijkheid van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, maar op niet-toepasselijkheid van het in die wet neergelegde verbod van onderscheid.

wordt gebracht. Die strekking is op zichzelf niet met art. 26 IVBPR in strijd, zeker niet waar de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid met het oog op een effectieve bestrijding van leeftijdsdiscriminatie voorzieningen bevat (zoals de op de werkgever drukkende bewijslast en de regeling van vernietigbaarheid en nietigheid) die zich niet zonder meer uit art. 26 IVBPR laten afleiden en die, aldus beschouwd, althans op relatief korte termijn ook in verband met het pensioenontslag tot een *hoger* beschermingsniveau dan uit art. 26 IVBPR voortvloeit, zullen leiden. Naar mijn mening zou de juist als overgang naar een (méér dan) verdragsconform regime bedoelde regeling van art. 16 een toets aan art. 26 IVBPR ook om die reden kunnen doorstaan.

Overigens is het de vraag of het bij de gegeven stand van zaken nog wel aan de *nationale* rechter is te oordelen dat art. 16 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid met hoger recht (art. 26 IVBPR) in strijd is. De materie van leeftijdsdiscriminatie in arbeidsverhoudingen is, wat men zou kunnen noemen, geëuropeïseerd³⁸. De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid strekt tot implementatie van Richtlijn 2000/78/EG, terwijl (althans in de opvatting van de nationale wetgever) ook de overgangsbepaling van art. 16 op die richtlijn (en de daarin voorziene mogelijkheid van uitgestelde implementatie³⁹) steunt. De nationale rechter zal zich naar mijn mening moeten onthouden van ieder oordeel dat de ongeldigheid van (art. 18, tweede alinea, van) Richtlijn 2000/78/EG impliceert, omdat in het constitutionele bestel van de Europese Unie het oordeel over de ongeldigheid van handelingen van de instellingen met uitsluiting van de nationale rechter aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is voorbehouden⁴⁰. Alhoewel men het standpunt zou kunnen innemen dat de in art. 18, tweede alinea, van Richtlijn 2000/78/EG vervatte mogelijkheid van een uitgestelde implementatie de lidstaten geen vrijbrief geeft voor schendingen van hoger recht, meen ik dat de toelaatbaarheid van art. 16 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en de toelaatbaarheid van art. 18, tweede alinea, van Richtlijn 2000/78/EG toch moeilijk los kunnen worden gezien. Als uit hoger (en ook boven die richtlijn prevalerend) recht⁴¹ voortvloeit dat het verbod van leeftijdsdiscriminatie onverwijld moet worden geëffectueerd, zie ik niet in hoe met dat hogere recht is te verenigen dat de communautaire wetgever de lidstaten (al is het dan slechts binnen de communautaire verhoudingen) een (verder) uitsstel van implementatie van de (communautaire) bepalingen met betrekking tot discriminatie op grond van leeftijd toestaat⁴². Naar ik meen zou de nationale rechter art. 16 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid niet wegens strijd met art. 26 IVBPR onverbindend mogen oordelen, zonder zich tenminste van het oordeel van het Hof van Justitie van de Europese

Gemeenschappen over de geldigheid van art. 18 van Richtlijn 2000/78/EG (en over het verband tussen die bepaling en art. 16 van de nationale wet) te hebben vergewist.

2.17. In het geval dat (anders dan de wetgever kennelijk veronderstelt) het overgangsregime in beschermingsniveau van het voordien geldende recht verschilt, zou de relatie tussen art. 16 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en Richtlijn 2000/78/EG intussen niet geheel probleemloos zijn. In het bijzonder zou men zich dan kunnen afvragen of art. 16 niet een door art. 8 lid 2 van de richtlijn verboden 'verlaging van het in de lidstaten reeds bestaande niveau van bescherming tegen discriminatie op de door de richtlijn bestreken terreinen' vormt. In dat verband zou echter weer relevant kunnen zijn dat de bepaling het pensioenontslag niet zonder meer en in duur onbeperkt aan het verbod van leeftijdsdiscriminatie onttrekt, maar er juist toe strekt mogelijk te maken dat op zekere termijn een *hoger* dan het aanvankelijke beschermingsniveau wordt gerealiseerd. Wat overigens van dit laatste zij, naar ik meen kan in een geschil als het onderhavige (waarin Van Pelt c.s. géén aanspraken jegens de overheid pretenderen) niet op grond van strijd met bepalingen van de richtlijn aan art. 16 van de nationale wet worden voorbijgegaan. Aan de richtlijn komt immers geen 'horizontale' directe werking toe en de overgangsbepaling van art. 16 laat zich naar mijn mening evenmin door richtlijnconforme interpretatie 'weginterpreteren'.

2.18. In verband met de betekenis van art. 16 voor het onderhavige beroep rijst vervolgens een – wat men zou kunnen noemen – overgangsrechtelijke vraag van de tweede orde: op welke situaties is de overgangsbepaling wél en op welke situaties is de overgangsbepaling niet van toepassing?

De vordering van Van Pelt c.s. berust op de

38 Ik ontleen de term aan de recente bundel opstellen Europeanisering van het Nederlands recht, aangeboden aan mr. W.E. Haak (2004).

39 Zie art. 18, tweede alinea, van de richtlijn, volgens welke bepaling de lidstaten, teneinde met bijzondere omstandigheden rekening te houden, indien nodig kunnen beschikken over drie extra jaren vanaf 2 december 2003 om de bepalingen met betrekking tot discriminatie op grond van leeftijd uit te voeren.

40 In die zin HvJ EG 22 oktober 1987, zaak 314/85, NJ 1989, 728.

41 In dit verband is nog van belang dat grondrechten, voortvloeiend uit internationale verdragen zoals het IVBPR, als het ware door het communautaire recht zijn geabsorbeerd – zo men wil: geëuropeïseerd – en als bestanddeel van de binnen de communautaire rechtsorde geldende, algemene rechtsbeginselen tot gelding worden gebracht. Zie in dit verband Kapteyn/VerLoren van Themaat, Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen (2003), p. 351-358. Vgl. ook art. 6 EU-Verdrag.

42 Uit de tekst van art. 18, tweede alinea, van de richtlijn lijkt voort te vloeien dat de Raad ervan uitgeaat dat de lidstaat die van de extra periode gebruik maakt, eerst tijdens die extra periode (...) maatregelen (...) neemt om discriminatie op grond van leeftijd (...) aan te pakken'.

door hen veronderstelde nietigheid van een bepaling van de CAO voor vliegers Martinair Holland B.V., ook voor zover zij ertoe strekt dat Martinair hen (als sequeel van die nietigheid) ook na hun 56e verjaardag tot het werk zal toelaten. Naar de heersende opvatting moet de geldigheid of nietigheid van een overeenkomst naar het tijdstip van totstandkoming worden beoordeeld⁴³. Art. 16 sluit daarbij echter in zoverre niet aan, dat op grond van die bepaling het verbod van onderscheid tot 2 december 2006 niet van toepassing is op het beëindigen van een arbeidsverhouding in verband met het bereiken van een bij arbeidsovereenkomst overeengekomen pensioengerechtigde leeftijd lager dan de AOW-gerechtigde leeftijd, 'voorzover die leeftijd voor de datum van inwerkingtreding van deze wet in de arbeidsovereenkomst (...) was opgenomen'. Het verbod geldt dus niet in verband met een vóór 1 mei 2004 overeengekomen pensioenleeftijd, en juist wel in verband met een lagere dan de AOW-gerechtigde leeftijd, die ná 1 mei 2004 is overeengekomen. Dat strookt ook met de bedoeling van de wetgever om de sociale partners en individuele werkgevers tot 2 december 2006 de tijd te geven om reeds bestaande (individuele en collectieve) arbeidsovereenkomsten en pensioenregelingen aan te passen. Dat, ondanks de door de wetgever (althans per 1 mei 2004) gewilde toelaatbaarheid van pensioenontslag tot (uiterlijk) 2 december 2006, de daaraan ten grondslag liggende (en voor 1 mei 2004 van kracht geworden) bepalingen in bestaande (individuele en collectieve) arbeidsovereenkomsten en pensioenregelingen toch als nietig zouden moeten worden aangemerkt, ligt bij die stand van zaken niet voor de hand.

2.19. Alhoewel ik, uitgaande van verbindendheid van art. 16 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, meen dat die bepaling zich verzet tegen toewijzing van de vordering van Van Pelt c.s., voor zover die vordering op een eindigen van de arbeidsverhouding tussen 1 mei 2004 en 2 december 2006 op grond van een reeds vóór 1 mei 2004 geldende CAO-bepaling betrekking heeft, kunnen daaraan géén consequenties worden verbonden ten aanzien van de ontvankelijkheid van Van Pelt c.s. in het door hen ingestelde beroep in cassatie. In de eerste plaats moet worden bedacht dat het overgangsregime een onmiddellijk einde neemt met het van kracht worden van een *nieuwe* (collectieve) arbeidsovereenkomst na 1 mei 2004; op dit (voorshands onzekere) moment kan in het onderhavige geding in cassatie niet worden geanticipeerd. In de tweede plaats laat zich uit de stukken⁴⁴ afleiden dat de bij de procedure betrokken vliegers zich niet steeds in eenzelfde situatie bevinden: voor sommigen geldt dat zij de litigieuze pensioenleeftijd al voor 1 mei 2004 hebben bereikt (en dat hun dienstverband dus ook al vóór die datum, buiten het formele bereik van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, is geëindigd)⁴⁵, sommigen zullen (gemeten naar de

huidige stand van zaken) de pensioengerechtigde leeftijd eerst (geruime tijd) na ommekomst van de wettelijke overgangstermijn tot (uiterlijk) 2 december 2006 (soms pas in 2020!) bereiken⁴⁶, terwijl (wederom gemeten naar de huidige stand van zaken) slechts voor een enkeling een leeftijdsontslag in de overgangperiode tussen 1 mei 2004 en 2 december 2006 dreigt⁴⁷. In de derde plaats meen ik dat het geding in cassatie zich niet goed leent voor een beoordeling van het belang van Van Pelt c.s. bij de gevraagde verklaring voor recht in het licht van de nieuwe wet en de daarvan deel uitmakende overgangsregeling, zeker niet nu een uitleg van de vordering van Van Pelt c.s., in het bijzonder in verband met de vraag op welke versie van de CAO de gevraagde verklaring voor recht betrekking zou moeten hebben, aan de feitenrechter is voorbehouden.

Niettemin acht ik de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en de daarvan deel uitmakende overgangsregeling van belang, omdat daaruit als standpunt van de wetgever blijkt dat een pensioenontslag, berustend op vóór 1 mei 2004 geldende bepalingen, toelaatbaar moet worden geacht en dat dit naar het voordien geldende recht niet anders was.

Het litigieuze leeftijdsontslag

2.20. In verband met de vraag hoe het litigieuze leeftijdsontslag, de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en haar overgangsregeling 'weggedacht', moet worden beoordeeld, plaats ik nog de volgende kanttekeningen.

2.21. De Hoge Raad heeft in zijn rechtspraak over het ontslag op 65-jarige leeftijd aanvaard dat een zekere *terughoudendheid* bij de toetsing daarvan past, gelet op het brede maatschappelijke draagvlak dat daarvoor nog zou bestaan. Men kan zich de vraag stellen of een pensioenontslag op 56- of 58-jarige leeftijd op eenzelfde draagvlak kan rekenen.

Voor het bestaan van een dergelijk draagvlak pleit, dat, naar in de geschiedenis van totstandkoming van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en de daarvan deel uitmakende (en met algemene stemmen aan-

43 Losbladige vermogensrecht (Van Kooten), aant. 11 op art. 3:40.

44 Zie in het bijzonder de senioriteitslijst, overgelegd als prod. 5 bij de conclusie van repliek.

45 Eiser tot cassatie onder 1 (die zijn dienstverband volgens de stukken overigens op 55-jarige leeftijd heeft beëindigd; zie de pleitnotities in appel mr. Ambagtsheer onder 18 en de pleitnota in appel mrs. Molenaar en Tegelaar, p. 1 en 24), alsmede de eisers tot cassatie onder 3, 5, 6, 7, 10 en 11 (de eiser tot cassatie onder 4 heb ik op de genoemde lijst niet kunnen terugvinden).

46 Eisers tot cassatie onder 8, 12, 13, 14, 15 en 16 (de eiser tot cassatie onder 4 heb ik op de genoemde lijst niet kunnen terugvinden).

47 Eisers tot cassatie onder 2 en 9 (de eiser tot cassatie onder 4 heb ik op de genoemde lijst niet kunnen terugvinden).

vaarde⁴⁸) overgangsregeling ligt besloten, de wetgever de opvatting lijkt te zijn toegedaan dat een pensioenontslag op een lagere dan de 65-jarige leeftijd naar het vóór 1 mei 2004 geldende recht niet op problemen stuitte en dat een dergelijk ontslag (ook) onder vigeur van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid *a priori* toelaatbaar moet worden geacht, en wel tot het uiterste moment waarop Richtlijn 2000/78/EG zulks (in de visie van de wetgever) toelaat. Waar men moet aanknopen bij de maatschappelijke opvattingen, ligt het (minst genomen) voor de hand aan het oordeel van de wetgever veel gewicht toe te kennen⁴⁹.

Voor het bestaan van een dergelijk draagvlak pleit voorts, dat, waar de door de Hoge Raad in het arrest van 13 januari 1995 bedoelde 'rechtsopvatting van brede lagen van de bevolking' omtrent de toelaatbaarheid van een ontslag op 65-jarige leeftijd althans mede is ingegeven door de algemene perceptie dat juist op die leeftijd inkomen waarvoor geen arbeidsprestatie behoeft te worden geleverd, beschikbaar komt (het is in dit verband niet zonder betekenis dat de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid van de AOW-gerechtigde in plaats van de 65-jarige leeftijd spreekt), een afwijkende rechtsopvatting omtrent de toelaatbaarheid van ontslag wegens het bereiken van een andere dan de 65-jarige pensioenleeftijd in zoverre niet voor de hand ligt⁵⁰.

Ook echter als moet worden aangenomen dat ontslag wegens het bereiken van een lagere dan de 65-jarige pensioenleeftijd niet op een zelfde maatschappelijk draagvlak als het ontslag wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd kan rekenen, meen ik dat er goede argumenten zijn om bij de toetsing van een leeftijdsontslag als het onderhavige terughoudendheid te betrachten.

2.22. Allereerst wordt vrij algemeen aangenomen dat het maken van onderscheid op grond van leeftijd niet zonder meer op één lijn kan worden gesteld met het maken van onderscheid op grond van kenmerken als ras, geloof, geslacht en politieke gezindheid. In art. 26 IVBPR wordt leeftijd in de (niet-limitatieve) opsomming niet genoemd. Leeftijd is een in de maatschappij geaccepteerd ordeningscriterium en vervult een belangrijke rol waar het gaat om verworven rechten als de bescherming van jongeren en het garanderen van een arbeidsvrij inkomen aan ouderen. Leeftijd is bovendien geen onveranderlijk persoonskenmerk: wie nu oud is, was eens jong. Indien in verband met een bepaalde maatregel, zoals in het onderhavige geval het doorstromingsbeleid, bepaalde voordelen voor jongeren aan bepaalde nadelen voor ouderen gepaard gaan, dan geldt in het algemeen (en althans bij een voldoende bestendigheid van de betrokken maatregel) dat de oudere personen die nu door de maatregel worden getroffen, daarvan eens de vruchten hebben geplukt. Van een bij voorbaat suspect onderscheid, zoals het onder-

scheid naar geslacht, geloof, ras etc. is géén sprake⁵¹.

2.23. Hoewel een leeftijdsontslag op een pensioenleeftijd, lager dan 65 jaar, wellicht niet kan steunen op een even breed maatschappelijk draagvlak als volgens de Hoge Raad nog altijd voor een beëindiging van het arbeidsproces op de AOW-gerechtigde leeftijd bestaat, geldt voorts dat maatschappelijke opvattingen niettemin een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of een dergelijk leeftijdsontslag is gerechtvaardigd⁵². In dat verband is het naar mijn mening niet zonder betekenis dat een regeling met betrekking tot leeftijdsontslag door de sociale partners na collectieve onderhandelingen is overeengekomen en kennelijk aan de wens van een meerderheid van de betrokken werkgevers en werknemers voldoet. Voorts valt niet te ontkennen dat er nog steeds een maatschappelijke tendens is om op een

48 Tweede Kamer, Stemmingen, 23 september 2003, TK 4, 4-178.

49 Vgl. in dit verband V. van den Brink, Tijd en goede zeden in het burgerlijk recht, BW-krant Jaarboek 16, p. 27-43, in het bijzonder p. 38/39: 'Waar de inhoud van de goede zeden (mede) afhankelijk lijkt van het maatschappelijk draagvlak, is de wetgever van nature veel beter in staat vanuit een bepaalde consensus algemene normen te ontwikkelen. (...) Het ligt dus voor de hand dat de rechter afstemt op door de wetgever geïnitieerde ontwikkelingen.'

50 Dat er geen aanleiding is met het oog op het draagvlak voor een leeftijdsontslag, gekoppeld aan het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, te onderscheiden, al naar gelang die leeftijd 65 jaar of lager zou zijn, wordt ook betoogd door R. ten Wolde, Encyclopedie van ongelijkheden, TPV 2004, p. 2/3, in het bijzonder p. 3: 'Kan de overheid eigenlijk wel een uitspraak doen dat het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd objectief te rechtvaardigen is en een vroegere leeftijd niet? Is dat ook geen discriminatie? Discriminatie tussen wettelijke en niet-wettelijke, collectieve stelsels? Is het argument dat 65 jaar kan rekenen op een groot maatschappelijk draagvlak wel voldoende, zeker in een tijd waarin de overheid om andere redenen die leeftijds grens niet meer absoluut vindt? Er bestaat toch geen algemeen aanvaarde, vaste pensioenleeftijd!'

51 Zie bijv. A.T.J.M. Jacobs, Leeftijdsdiscriminatie in de arbeid, in: Arbeid en discriminatie (1992), p. 181-198, in het bijzonder p. 183-184. A.M. Gerritsen, Onderscheid naar leeftijd in het arbeidsrecht (1994), relateert de veel genoemde redenen waarom onderscheid naar leeftijd minder ernstig zou zijn dan op andere gronden. Zie in het bijzonder hoofdstuk 6. Naar mijn mening doen de door haar genoemde argumenten geen afbreuk aan het feit, dat het gaat om een fundamenteel ander onderscheid dan een bij voorbaat verdacht onderscheid als dat op grond van ras, levensovertuiging etc.

52 Zie ook A.W. Heringa, De toelaatbaarheid van leeftijds-onderscheid: constitutionele en verdragsrechtelijke aspecten, in: Leeftijdscriteria in het arbeidsbestel, Alphen a.d. Rijn (1990), p. 53-65, in het bijzonder p. 58, en in dezelfde bundel A.C.B.W. Doup, Leeftijdscriteria in het arbeidsbestel, een juridische terreinverkenning, p. 92-110, in het bijzonder p. 98.

lagere dan de 65-jarige leeftijd uit het arbeidsproces te treden⁵³.

2.24. Bij het voorgaande sluit aan dat, naar in het hiervóór (onder 2.4) genoemde arrest van 30 januari 2004 (Parallel Entry) ligt besloten, ook in verband met het uit internationale verdragen voortvloeiende recht op vrijheid van collectieve onderhandelingen over de arbeidsvoorwaarden aanleiding bestaat een regeling die na dergelijke onderhandelingen is totstandgekomen, met een zekere terughoudendheid aan algemene beginselen als het gelijkheidsbeginsel te toetsen⁵⁴. Wat betreft het onderhavige geval betreft kan daarbij nog worden gewezen op de hoge organisatiegraad⁵⁵ van de bij de CAO betrokken werknemers.

2.25. Ten slotte hecht ik eraan nog eens te benadrukken dat de rechtspraak van de Hoge Raad over de toelaatbaarheid van een leeftijdsontslag bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd naar mijn mening niet aldus mag worden opgevat dat het bestaan van een breed maatschappelijk draagvlak de *rechtvaardiging* voor het aldus gemaakte leeftijdsonderscheid vormt. Het bestaan van een breed maatschappelijk draagvlak geeft volgens de Hoge Raad slechts aanleiding tot *terughoudendheid* bij de uit te voeren toetsing. De rechtvaardigingsgronden die de Hoge Raad bij de toetsing van de toelaatbaarheid van een ontslag wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd in aanmerking heeft genomen, zijn (i) de objectiviteit van een vaste ontslagleeftijd, (ii) de *doorstroming* als gevolg van ontslag op een vaste leeftijd en (iii) het beschikbaar komen van *arbeidsloos inkomen*. Het gegeven van een vaste ontslagleeftijd, zonder aanzien des persoons, en de koppeling van het ontslag aan het beschikbaar komen van *arbeidsloos inkomen*, zijn inherent aan ontslag wegens het bereiken van de pensioenleeftijd, ongeacht welke die pensioenleeftijd is. Dat die beide aspecten, die door de Hoge Raad als gronden voor een redelijke en objectieve rechtvaardiging van een ontslag op 65-jarige leeftijd zijn geaccepteerd, bij een lagere pensioenleeftijd niet in gelijke mate aan een redelijke en objectieve rechtvaardiging zouden kunnen bijdragen, valt dan ook niet in te zien, ook niet als zou moeten worden aangenomen dat de toetsing van een ontslag wegens het bereiken van een lagere dan de 65-jarige pensioenleeftijd in verband met een minder breed maatschappelijk draagvlak daarvoor, minder terughoudend en meer indringend zou moeten zijn. Wat de derde rechtvaardigingsgrond (het doorstromingsargument) betreft, teken ik aan dat het debat in de feitelijke instanties zich juist op de validiteit en de betekenis van dat argument heeft toegespitst.

Relevante publiekrechtelijke regelgeving

2.26. In verband met de beoordeling van de toelaatbaarheid van het litigieuze leeftijdsontslag is ten slotte van belang dat de geschiktheid van de (oudere) vlieger voorwerp is van publiekrechtelijke regelgeving. Op grond van het Besluit bewijzen van bevoegdheid voor de luchtvaart

moet de individuele geschiktheid van de vlieger regelmatig worden getest⁵⁶. Voorts stelt dit besluit een leeftijdsgrens van 60 jaar aan de bevoegdheid als bestuurder van een luchtvaartuig tijdens verkeersvluchten te fungeren, met dien verstande, dat deze bevoegdheid tot het bereiken van de 65-jarige leeftijd kan worden uitgeoefend, mits de overige aanwezige bemanning – voorzien van het bewijs van bevoegdheid om het luchtvaartuig te besturen – jonger is dan 60 jaar. Deze regeling impliceert derhalve dat na het bereiken van de 60-jarige leeftijd de functie van vlieger slechts onder beperkingen kan worden uitgeoefend.

Geschiktheidsargumenten hebben in het door partijen gevoerde debat geen rol gespeeld. In het licht van de publiekrechtelijke regelgeving is dat ook begrijpelijk. Overigens rijst in verband met die publiekrechtelijke regelgeving nog wel de vraag of het reëel is om (zoals Van Pelt c.s. hebben gedaan) de bestreden ontslagleeftijd aan de 65-jarige leeftijd te spiegelen.

3. *Bespreking van het cassatiemiddel*

3.1. Van Pelt c.s. bestrijden het vonnis van de rechtbank met één middel van cassatie, dat verschillende klachten bevat. Ik zal die klachten ook wel als onderdelen aanduiden en daarbij de in de cassatiedagvaarding gehanteerde nummering volgen.

3.2. Het middel opent met een algemene klacht (p. 3 van de cassatiedagvaarding), aangevuld en toegelicht met een inleiding (onder 1-1.5) en een weergave van de kernstellingen van Van Pelt c.s. (onder 2-2.5), en uitmondend in de stelling (onder 3) dat de rechtbank, door te oordelen zoals zij heeft gedaan, de weergegeven feiten, regels en stellingen heeft miskend en aldus ten onrechte althans zonder toereikende motivering de vorderingen van Van Pelt c.s. heeft afgewezen. Het middel werkt niet uit welke aspecten van het bestreden vonnis met welke feiten, regels en stellingen in strijd zijn en om welke redenen de bedoelde strijd zich zou voordoen. Ook tussen rechts- en motiveringsklachten wordt slechts in algemene zin onderscheiden, zodat onduidelijk is

⁵³ De opvatting dat ouderen langer zouden kunnen (en moeten) doorwerken wordt niet steeds met enthousiasme begroet. Zie bijvoorbeeld het NRC Handelsblad van 10 maart 2004 (voorblad), dat melding maakt van een zekere vrees bij oudere werknemers en OR-leden dat de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid ertoe zal leiden dat veel regelingen die ertoe strekken ouderen te ontzien, op de helling gaan.

⁵⁴ Ook de supranationale rechtspraak vertoont een dergelijke tendens. Uit EG-rechtspraak over gelijke behandeling van mannen en vrouwen blijkt dat het feit dat een beding in een collectieve arbeidsovereenkomst is opgenomen, een rol kan spelen bij de beoordeling of een objectieve rechtvaardiging voor het maken van (indirect) onderscheid voorhanden is. Zie HvJ EG 31 mei 1995, NJ 1996, 67 (Royal Copenhagen).

⁵⁵ In cassatie staat onbestreden vast dat meer dan 90% van de vliegers bij Martinair is aangesloten bij de VNV (rov. 3 onder a van het bestreden vonnis).

⁵⁶ Dit volgt o.a. uit art. 30 van het Besluit bewijzen van bevoegdheid voor de luchtvaart (Stb. 1999, 346, 2001, 526).

of wordt geklaagd dat de rechtbank op de in de 'aanvulling en toelichting' gereleveerde stellingen ten onrechte in het geheel niet, dan wel onvoldoende gemotiveerd, dan wel vanuit een onjuiste rechtsopvatting heeft gerespondeerd. Met betrekking tot de daarin vervatte algemene klacht (die in wezen uitnodigt tot een volledige heroverweging van het debat in de feitelijke instanties) mist het middel voldoende bepaaldheid en precisie⁵⁷ en kan het in zoverre al om die reden niet tot cassatie leiden.

3.3. *Onderdeel 4.1 onder a* richt zich tegen rov.4.4, voor zover daarin besloten ligt dat de rechtbank Van Pelt c.s. als standpunt heeft toegeschreven dat de maatschappelijke opvattingen op het gebied van leeftijdsdiscriminatie recent zouden zijn gewijzigd. Daartegen voert het onderdeel aan dat Van Pelt c.s. weliswaar een 'anticiperend' beroep op Richtlijn 2000/78/EG en (het toenmalige) wetsvoorstel 28 170 hebben gedaan, maar daarbij steeds hebben aangevoerd dat dit beroep niet verder reikt dan reeds uit de het (ten tijde van dat beroep) geldende recht voortvloeit.

Bij de beoordeling van het onderdeel stel ik voorop dat rov.4.4 uitmondt in de door Van Pelt c.s. in cassatie op zichzelf niet bestreden opvatting dat 'de rechter terughoudendheid (zal) moeten betrachten met betrekking tot de (...) verdiscontering van allerlei recente ontwikkelingen inzake leeftijdsdiscriminatie'. Tot die ontwikkelingen heeft de rechtbank blijkens de in cassatie evenmin bestreden rov.4.2 mede Richtlijn 2000/78/EG en het daarop gebaseerde wetsvoorstel 28 170 gerekend:

'4.2. (...) Het gegeven dat ook in de ogen van de Nederlandse wetgever een nieuwe wettelijke regeling noodzakelijk is om het recht aan te passen aan de eisen die de Richtlijn stelt, impliceert voorts dat de naar huidig recht te hanteren maatstaven niet zonder meer samenvallen met de uitgangspunten van de richtlijn. (...)'

Tegen deze achtergrond is het naar mijn mening niet onjuist en niet onbegrijpelijk dat de rechtbank de stellingen van Van Pelt c.s. (in het bijzonder voor zover die betrekking hadden op de Richtlijn en het daarop gebaseerde wetsvoorstel) mede als een beroep op recent gewijzigde maatschappelijke opvattingen heeft opgevat, hoezeer ook Van Pelt c.s. de Richtlijn en het daarop gebaseerde wetsvoorstel als codificatie van reeds geldend recht hebben voorgesteld.

Overigens rijst de vraag naar het belang van Van Pelt c.s. bij de klacht van het onderdeel. Ook in de benadering van de rechtbank staat immers niets eraan in de weg dat het litigieuze leeftijdsontslag aan het reeds geldende recht wordt getoetst, waarbij men hooguit van mening zou kunnen verschillen over de vraag of – zoals Van Pelt c.s. hebben verdedigd – de Richtlijn en het daarop gebaseerde wetsvoorstel inderdaad niet verder dan dat geldende recht reiken.

3.4. *Onderdeel 4.1 onder b* klaagt over het in

rov.4.4 vervatte oordeel dat de geldigheid van de litigieuze CAO-afspraken in beginsel moet worden beoordeeld naar het tijdstip van hun totstandkoming. Het onderdeel klaagt erover dat onduidelijk is op welk tijdstip de rechtbank doelt: het tijdstip waarop de afspraak voor het eerst in de CAO werd opgenomen, dan wel de meest recente CAO waarin de leeftijdsgrens is gehandhaafd. Het onderdeel betoogt voorts dat niet valt in te zien waarom een naar geldend recht ongeoorloofd discriminerende, lage pensioenleeftijd haar gelding onverkort zou moeten behouden, louter omdat zij oorspronkelijk geldig zou zijn overeengekomen.

3.5. Bij de beoordeling van het onderdeel kan voorop staan dat de bestreden opvatting slechts tot het oordeel leidt, dat er aanleiding is terughoudendheid te betrachten met betrekking tot het verdisconteren van recente ontwikkelingen inzake leeftijdsdiscriminatie. Dit oordeel is in cassatie op zichzelf niet bestreden, en wordt bovendien reeds (zelfstandig) gedragen door hetgeen de rechtbank in rov.4.2 (in cassatie eveneens onbestreden) over de grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter heeft overwogen. Bij die stand van zaken faalt de klacht bij gebrek aan belang.

3.6. Voor zover aan het onderdeel ten grondslag is gelegd dat de rechtbank met het oordeel in rov.4.4 'dat in beginsel zal moeten worden beoordeeld of de CAO-afspraken ten tijde van hun totstandkoming geldig waren' zou hebben gerefereerd aan de oorspronkelijke veiligheids- en gezondheidsratio van de verplichte lage pensioenleeftijd, meen ik dat het onderdeel feitelijke grondslag mist. Ik lees het bestreden oordeel aldus dat de rechtbank heeft gedoeld op de afspraken in de CAO, op de gelding waarvan de gevraagde voorzieningen beogen in te grijpen.

Zou mijn lezing juist zijn, dan mist ook de klacht dat onduidelijk is of de rechtbank het oog heeft gehad op de 'vroegste', een 'latere' dan wel de 'meest recente' CAO waarin de litigieuze leeftijdsgrens is verankerd, feitelijke grondslag. Naar mijn mening vloeit uit het bestreden vonnis met voldoende duidelijkheid voort dat aan de hand van het gevorderde moet worden beoordeeld welke (naar periode van gelding te onderscheiden) CAO in aanmerking moet worden genomen.

Het bestreden oordeel van de rechtbank houdt niet meer in dan dat *in beginsel* zal moeten worden beoordeeld of de CAO-afspraken ten tijde van hun totstandkoming geldig waren. Dit oordeel sluit geenszins uit dat onder omstandigheden een ander toetsingsmoment kan zijn aangewezen en impliceert evenmin dat een lage verplichte pensioenleeftijd die oorspronkelijk geldig is overeengekomen, *om die reden* van behoud van

⁵⁷ Vgl. HR 16 mei 1997, *NJ* 2000, 1, m.nt. CJHB, rov.5.3-5.4, waarin een enigszins vergelijkbare klacht aan de orde was. Volgens de Hoge Raad ontbeerde de klacht de van een cassatiemiddel te vergen bepaaldheid en precisie.

haar onverkorte gelding zou zijn verzekerd. Ook hetgeen Van Pelt c.s. in de laatste alinea van het onderdeel (overigens onder verwijzing naar art. 16 van de door de rechtbank juist niet inroepbaar geachte Richtlijn 2000/78/EG) hebben aangevoerd, kan daarom niet aan het bestreden oordeel afdoen.

3.7. *Onderdeel 4.2* is gericht tegen de rov.4.8-4.13, waarin de rechtbank de legitimiteit van de door Martinair en VNV nagestreefde doeleinden heeft beoordeeld.

3.8. *Onderdeel 4.2 onder a* klaagt over de betekenis die de rechtbank in de rov.4.9-4.12 heeft toegekend aan de omstandigheid dat de litigieuze pensioenleeftijd bij CAO is overeengekomen, waarbij VNV de grote meerderheid van de Martinair-vliegers representeerde. Daarmee is de rechtbank voorbijgegaan aan, of heeft althans onvoldoende gerespondeerd op het betoog van Van Pelt c.s. dat een in beginsel ongeoorloofde leeftijdsdiscriminatie van een kleine minderheid niet kan worden gerechtvaardigd doordat een grote meerderheid binnen dezelfde groep van werknemers daarmee op grond van het eigen (voornamelijk) economische belang heeft ingestemd en dit onderscheid in een CAO heeft weten te verankeren. Zulks klemt volgens het onderdeel temeer, als de werkgever slechts onder druk en zonder zijn eigen ondernemingsbelang te dienen, daarmee instemt. Voorts mag volgens het onderdeel het brede draagvlak binnen de specifieke VNV-groep niet worden verward met het voor de 65-jaar grens aangenomen 'brede maatschappelijke draagvlak' als bedoeld in HR NJ 1995, 430 en NJ 2002, 622.

Naar ik meen heeft de rechtbank met de bestreden overwegingen niet bedoeld dat het litigieuze leeftijdsonderscheid reeds zou worden gerechtvaardigd door de getalsmatige verhoudingen van de vliegers die daarvoor en die daartegen zijn. De bestreden overwegingen moeten veeleer aldus worden verstaan, dat in de visie van de rechtbank voor- en nadelen van het (op een breed draagvlak steunende) doorstromingsbeleid onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en dat evenmin kan worden onderscheiden tussen een bevoordeelde en een benadeelde groep, nu men, gedurende zijn carrièreverloop, zowel de voordelen als de daarmee samenhangende nadelen van het aangevochten doorstromingsbeleid deels achtig wordt (zie voor dit laatste in het bijzonder rov.4.11). Voor zover het onderdeel van een andere opvatting uitgaat, mist het naar mijn mening feitelijke grondslag.

Ik deel intussen niet de opvatting dat in casu (veronderstellenderwijs) vaststaat dat de werkgever niet een eigen ondernemingsbelang zou dienen. Kennelijk is in de visie van de rechtbank dat eigen belang van Martinair gelegen in de motieven, die de rechtbank in rov.4.10 legitiem heeft geoordeeld.

Evenmin deel ik de opvatting dat de rechtbank in de bestreden rechtsoverwegingen het draagvlak binnen VNV ontoelaatbaar met het brede maat-

schappelijke draagvlak zoals bedoeld in de arresten van de Hoge Raad van 13 januari 1995, NJ 1995, 430, m.nt. PAS, en 1 november 2002, NJ 2002, 622, zou hebben verward. Ik stel in dit verband voorop dat het in de beide arresten bedoelde, brede maatschappelijke draagvlak niet de eigenlijke, daarin aangenomen rechtvaardiging van het betrokken onderscheid vormt, maar slechts aanleiding tot rechterlijke terughoudendheid bij de toetsing van dat onderscheid geeft. Als de rechtbank al een vergelijkbare betekenis zou hebben toegekend aan het brede draagvlak binnen de beroepsgroep die bij de CAO is betrokken, zou ik menen dat dit niet onterecht is. Onder verwijzing naar hetgeen ik daarover al eerder heb opgemerkt (zie hiervoor onder 2.23-2.24), volsta ik hier met de signalering van een zekere tendens in de rechtspraak om een regeling die na collectieve onderhandelingen is tot stand gebracht, niet dan met terughoudendheid aan algemene beginselen zoals het gelijkheidsbeginsel te toetsen⁵⁸.

3.9. *Onderdeel 4.2 onder b* klaagt dat de rechtbank, door in rov.4.9 te spreken van een rechtvaardiging voor de wens van een meerderheid van de Martinair-vliegers vast te houden aan een vaste, lage pensioenleeftijd en van een *gerechtvaardigd* belang bij hun wens dat de continuïteit van het op doorstroming gerichte stelsel wordt verzekerd, het hier rechtens te hanteren criterium 'legitimiteit' heeft miskend, omdat elke inhoudelijke, objectieve rechtvaardiging voor het hanteren van een vroege en verplichte pensionering ontbreekt. De klacht strekt ten betoge dat de enkele, door eigen belang ingegeven wens van de meerderheid van een vroege pensionering het verplichte karakter daarvan voor de daardoor financieel en/of anderszins bezwaarde minderheid niet kan rechtvaardigen.

Het onderdeel stelt de door de rechtbank gevolgde gedachtegang niet correct voor, waar de rechtbank het legitieme doel vanuit het perspectief van VNV niet gelegen acht in de (door eigen belang bepaalde) wensen van een meerderheid waarvoor de (andersluidende) wensen van een minderheid zouden moeten wijken, maar in de door de beroepsgroep als zodanig gemaakte keuze voor een bepaald loopbaanverloop, waarbij zich, ten aanzien van de daaraan verbonden voordelen en nadelen, niet in absolute zin tussen een bevoordeelde meerderheid en een benadeelde minderheid laat onderscheiden. Naar de rechtbank in rov.4.11 heeft benadrukt, is immers hooguit sprake van een wisselend perspectief, waardoor men, na als jongere vlieger de voordelen van het op doorstroming gerichte

⁵⁸ HR 30 januari 2004 (Parallel Entry), RvdW 2004, 26. Uit EG-rechtspraak over gelijke behandeling van mannen en vrouwen blijkt dat het feit dat een beding in een collectieve arbeidsovereenkomst is opgenomen, een rol kan spelen bij de beoordeling of een objectieve rechtvaardiging voor het maken van (indirect) onderscheid voorhanden is. Zie HvJ EG 31 mei 1995, NJ 1996, 67 (Royal Copenhagen).

stelsel te hebben genoten, op latere leeftijd met de onlosmakelijk daaraan verbonden vroege (en door sommigen als bezwarend ervaren) pensionering te worden geconfronteerd. Door aan te nemen dat een dergelijke, door een bepaalde beroepsgroep gemaakte keuze voor een bepaald loopbaanverloop als legitiem doel kan gelden, heeft de rechtbank mijns inziens niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven; evenmin is haar oordeel dienaangaande onbegrijpelijk.

De effecten van de verplichte pensionering voor vliegers die niet de hoogste functies hebben bereikt (onderdeel 4.2 onder b, voorlaatste alinea) en de mate waarin het aanblijven van een 56-plusser in een hogere functie de doorstroming stagneert (onderdeel 4.2 onder b, laatste alinea) betreffen niet de legitimiteit, maar de doelmatigheid en de proportionaliteit van het litigieuze pensioenontslag en kunnen daarom niet met vrucht worden aangevoerd tegen rov.4.9, waarin slechts de legitimiteit aan de orde is.

3.10. *Onderdeel 4.2 onder c* betreft het ontbreken van een rechtvaardiging van de keuze voor een pensioenleeftijd van 56 jaar, in plaats van (bijvoorbeeld) 60 jaar, welke laatste leeftijd met die van het Besluit bewijzen van bevoegdheid voor de luchtvaart zou hebben gecorrespondeerd. De door de rechtbank (in rov.3 onder b) gegeven historische verklaring van de leeftijd van 56 jaar kan thans geen rechtvaardiging van het litigieuze leeftijds onderscheid meer vormen, aldus het onderdeel.

Het onderdeel verwijst niet naar passages in de stukken van de feitelijke instanties waaruit blijkt dat Van Pelt c.s. ter discussie hebben gesteld welke leeftijdsgrens voor het realiseren van de door Martinair en VNV gewenste doorstroming noodzakelijk moet worden geacht. In dat licht kan de rechtbank mijns inziens dan ook niet worden verweten de door de Martinair gehanteerde leeftijdsgrens niet met die van bijvoorbeeld 60 jaar te hebben vergeleken.

Overigens meen ik dat de vraag welke leeftijdsgrens passend en noodzakelijk is niet de legitimiteit van een verplichte pensionering op een lagere dan de 65-jarige leeftijd raakt, maar de doelmatigheid en de proportionaliteit daarvan. Doelmatigheid en proportionaliteit zijn echter niet aan de orde in de op de legitimiteit betrekking hebbende rechtsoverwegingen (de rov.9 e.v.) waartegen de klacht zich richt (de doelmatigheid en de proportionaliteit zijn aan de orde in rov.4.10 respectievelijk 4.15-4.16).

Ook subonderdeel 4.2 onder c kan daarom niet tot cassatie leiden.

3.11. *Onderdeel 4.2 onder d* bouwt kennelijk op subonderdeel 4.2 onder c voort, waar het ten betoge strekt dat door de rechtbank relevant geachte aspecten van de gehanteerde, verplichte pensioenleeftijd, te weten voorafgaande zekerheid (rov.4.10), voorspelbaarheid (de rov.4.10 en 4.13) en de objectiviteit van een door leeftijd geboden criterium dat een waarborg kan zijn tegen een meer willekeurige beëindiging van het dienstver-

band van oudere werknemers, evenzeer geldt voor een hogere, verplichte pensioendatum. Voorts lijkt het onderdeel de relevantie van de bedoelde aspecten voor de keuze van de gehanteerde verplichte pensioenleeftijd te willen relativeren, waar het erop wijst dat Van Pelt c.s. niet willen tornen aan het *recht* van pensionering op 56-jarige leeftijd, dat geen extra pensioenpremie voor het 'doorvliegen' wordt verlangd en dat ook een inventarisatie van individuele wensen voorafgaande zekerheid en voorspelbaarheid kan bieden.

Ook hier geldt dat tegen de overwegingen van de rechtbank met betrekking tot de legitimiteit van de gehanteerde verplichte pensioenleeftijd argumenten worden aangevoerd, die niet de legitimiteit, maar de doelmatigheid en proportionaliteit van die pensioenleeftijd raken. Ook onderdeel 4.2 onder d kan daarom niet tot cassatie leiden.

3.12. *Onderdeel 4.2 onder e* is gericht tegen hetgeen de rechtbank in de rov.4.10 en 4.12 'vanuit het perspectief van Martinair als werkgever' heeft overwogen.

Voor zover het onderdeel klaagt dat de werkgever een (betaalbaar) personeelsbeleid en evenwichtig belonings- en pensioenstelsel óók op een hogere, vaste en verplichte pensioenleeftijd kan baseren, ziet het eraan voorbij dat het met die klacht doelmatigheid en proportionaliteit van de litigieuze regeling aan de orde stelt, terwijl de bestreden overwegingen de legitimiteit van het daarmee nagestreefde doel betreffen.

Voor zover het onderdeel klaagt dat het belang van Martinair bij het instandhouden van het huidige stelsel geen inhoudelijke rechtvaardiging oplevert, refereert het kennelijk aan rov.4.10, derde volzin. Daarin heeft de rechtbank, na te hebben herinnerd aan de bijzonderheden van de functie ('gespecialiseerd werk (...) waarvoor een langdurige opleiding vereist is') en van het betrokken segment van de arbeidsmarkt ('die zich kenmerkt door langdurige dienstverbanden met vaste promotiestappen en bijbehorende salarisverbeteringen'), gewezen op de behoefte van 'een werkgever als Martinair' aan voorafgaande zekerheid over de vraag op welke leeftijd van de werknemer het dienstverband eindigt. Alhoewel de derde volzin aanvangt met de woorden '(t)eneinde dit stelsel in stand te laten en betaalbaar te houden', lees ik daarin niet dat in de benadering van de rechtbank handhaving van de status quo (het huidige stelsel) de in aanmerking te nemen doelstelling van Martinair zou zijn. Naar mijn mening heeft de rechtbank, na in de eerste volzin van rov.4.10 reeds de legitimiteit van de inzet van Martinair te hebben vastgesteld, in de tweede en derde volzin (waarvan de tweede volzin opent met: 'Dit geldt temeer (...)') benadrukt dat die inzet ook beantwoordt aan de (uit het karakter van de *functie* en van het betrokken segment van de *arbeidsmarkt* voortvloeiende) behoefte van 'een' werkgever als Martinair aan voorafgaande zekerheid over het tijdstip van

uittreden van zijn werknemers. Voor zover het onderdeel van een andere lezing uitgaat, mist het feitelijke grondslag.

Voor zover het onderdeel klaagt dat de strekking van de huidige inkomens- en pensioenopbouw om (alle) vliegers ook daadwerkelijk in staat te stellen op relatief jonge leeftijd te stoppen met werken, evenmin een inhoudelijke rechtvaardiging aan de zijde van Martinair oplevert, miskent het dat de rechtbank in rov. 4.12 (tegen de derde volzin waarvan het onderdeel in zoverre kennelijk is gericht) geenszins heeft overwogen dat dit laatste anders zou zijn. Voor zover rov. 4.12 (overigens zonder daarbij tussen het werknemers- en het werkgeversperspectief te onderscheiden) op de inhoudelijke rechtvaardiging van een gemaakt leeftijdsonderscheid betrekking heeft, gaat het daarin slechts om de (reeds in de rechtspraak aanvaarde) betekenis van (i) de *objectiviteit* van een door leeftijd bepaald criterium (eerste volzin), (ii) het bevorderen van een regelmatige en vlotte *doorstroming* (tweede volzin) en (iii) de in de inkomens- en pensioenopbouw gelegen compensatie in de vorm van een *arbeidsloos inkomen* na de verplichte pensionering (de derde en vierde volzin, die – mede blijkens het woordje ‘aldus’ in de vierde volzin – in onderling verband moeten worden beschouwd).

Waar de beide laatste klachten feitelijke grondslag missen, geldt dat naar mijn mening evenzeer voor het onderdeel, voor zover dit die klachten kracht bijzet⁵⁹ met de stelling dat met de (veronderstelde) belangen van Martinair ‘geen eigen, objectief overwegend ondernemingsbelang van Martinair is gemoeid en zij kennelijk ook zelf (net als KLM) aan een hogere pensioenleeftijd de voorkeur geeft, althans daartegen geen bezwaren heeft’. Overigens teken ik bij die stelling aan dat niet valt in te zien waarom het ondernemingsbelang niet mede het belang van het bij de onderneming betrokken personeel zou kunnen omvatten en waarom niet in elk geval een ondernemingsbelang zou kunnen zijn gelegen in het verzoenen van de uitkomsten van collectieve onderhandelingen met de behoefte aan een evenwichtig en betaalbaar belonings- en pensioenstelsel en de behoefte aan voorafgaande zekerheid over de vraag op welke leeftijd het dienstverband van de werknemers eindigt, een en ander zoals bedoeld in rov. 4.10 van het bestreden vonnis.

De klacht dat hetgeen de rechtbank in rov. 4.10 over de aard van de opleiding, het werk en het dienstverband heeft overwogen, voldoende ‘bijzonderheid’ mist om de kritiek van Van Pelt c.s. te ontkrachten, treft reeds vanwege het falen van de eerdere klachten evenmin doel. Overigens is hetgeen de rechtbank in rov. 4.10 over de aard van de opleiding, het werk en het dienstverband heeft overwogen kennelijk niet als ‘bijzonder’ bedoeld, maar als indicatie van de randvoorwaarden die in het algemeen (voor ‘een werkgever als Martinair’) uit de aard van de functie en het

betrokken segment van de arbeidsmarkt voortvloeien.

3.13. *Onderdeel 4.2 onder f* is gericht tegen de in de rov. 4.11 en 4.12 door de rechtbank gevolgde gedachtegang, volgens welke het belonings- en pensioenstelsel, met alle daaraan verbonden voor- en nadelen, voor de gehele betrokken groep heeft gegolden en dat in beginsel alle vliegers die voor- en nadelen gelijkelijk deelachtig worden. Volgens het onderdeel rechtvaardigt zulks niet (althans niet zonder nadere motivering) het continueren van een ongeoorloofde, discriminatoire achterstelling, met het afschaffen waarvan een zelfstandig en hoger rechtsdoel is gediend.

De bestreden overwegingen moeten naar mijn mening aldus worden verstaan, dat niet kan worden onderscheiden tussen een bevoordeelde en een benadeelde groep, nu men, gedurende zijn carrièreverloop, zowel de voordelen als de daarmee samenhangende nadelen van het aangevochten uittreedbeleid deelachtig wordt. In zoverre is in de gedachtegang van de rechtbank van een *achterstelling* (laat staan van een in beginsel ongeoorloofde, discriminatoire achterstelling die rechtvaardiging behoeft) geen sprake. Het onderdeel, dat van een andere opvatting uitgaat, mist mijns inziens feitelijke grondslag.

3.14. *Onderdeel 4.3* is gericht tegen hetgeen de rechtbank in rov. 4.14 onder het hoofdje ‘doelmatigheid’ heeft overwogen. De rechtbank heeft in de bestreden overweging geoordeeld dat het legitieme doel van een regelmatige en voorspelbare doorstroming met de overeengekomen verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd kan worden bereikt en dat, dankzij de collectief overeengekomen pensioenleeftijd van 56 jaar, het carrièreverloop van de vliegers zowel voor de individuele vliegers als voor Martinair met een voldoende mate van zekerheid is te voorspellen. Onder weergave van de relevante passage van rov. 4.14, in welke weergave de onderstreping van het woordje ‘kan’ is toegevoegd (‘(...) dat “het doel van regelmatige en voorspelbare doorstroming met de overeengekomen verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd *kan* worden bereikt”’), betoogt het onderdeel dat de rechtbank zich aan een abstracte cirkelredenering heeft schuldig gemaakt: het doel van doorstroming kan worden bereikt door middel van doorstroming. Voorts stelt het onderdeel aan de orde dat de rechtbank niet is ingegaan op de stellingen waarmee Van Pelt c.s. de omvang van de bijdrage van de verplichte pensioenleeftijd aan de beoogde doorstroming ter discussie hebben gesteld.

Ik kan Van Pelt c.s. niet volgen in hun opvatting dat in de gedachtegang van de rechtbank van een cirkelredenering sprake zou zijn. De rechtbank heeft tussen het *middel* van een verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd en het daarmee nagestreefde *doel* van doorstroming onderscheiden en heeft geoordeeld dat het nagestreefde doel met het beoogde middel kan

⁵⁹ De betrokken bijzin opent met ‘temeer nu (...)’.

worden bereikt. Als in de opvatting van Van Pelt c.s. besloten zou liggen dat doorstroming zozeer inherent is aan een verplichte pensioenleeftijd van 56 jaar dat zich niet tussen middel en doel laat onderscheiden, is dat naar mijn mening niet een argument tegen, maar juist een argument vóór de door de rechtbank vastgestelde doelmatigheid.

Dat discussie mogelijk is over de exacte omvang waarin de verplichte pensioenleeftijd van 56 jaar aan de beoogde doorstroming bijdraagt (in §2.4 van de cassatiedagvaarding, waarnaar het onderdeel teruggrijpt, worden de betrokken stellingen van Van Pelt c.s. aldus samengevat dat 'het zo vroeg pensioneren van het relatief geringe aantal 56-jarige vliegers niet wezenlijk zal bijdragen tot een versnelde doorstroming van de "jongere" vliegers naar de hoogste functies') en dat ook andere factoren de (snelheid van) doorstroming bepalen (in §2.4 van de cassatiedagvaarding worden de betrokken stellingen van Van Pelt c.s. aldus samengevat dat 'de (...) nagestreefde doorstroming juist veeleer afhankelijk is van economisch-conjuncturele, bedrijfs-technische en persoonsgebonden factoren') doet naar het oordeel van de rechtbank kennelijk niet af aan het gegeven dat een verplichte, vroege pensioenleeftijd tot doorstroming leidt en dat in die zin aan de doelmatigheidseis is voldaan. Ik acht dat onderdeel onjuist noch onbegrijpelijk. Dat bij een 'smalle' top van de personeels-pyramide een vervroeging van de uittreding (vooral) aan de basis van de pyramide niet tot een exact gelijke versnelling van het tempo waarin men naar een hogere functie doorschuift zal leiden en dat ook andere (veelal incidentele) factoren (zoals een aanpassing van de activiteiten van de onderneming en de omvang van het personeelsbestand in verband met economisch-conjuncturele ontwikkelingen) de (snelheid van de) doorstroming mede bepalen, doet niet af aan de betekenis van een (constante) factor als een vroege pensionering, die voorspelbaar en voortdurend tot het (vervroegd) openvallen van (door jongere vliegers in te nemen) plaatsen leidt. In verband met dit laatste wijs ik overigens op de vaststelling in rov.4.9, waarin de rechtbank heeft gesproken van 'het - door de vliegers niet (voldoende gemotiveerd) betwiste - feit dat het langer bezet blijven van de hogere functies impliceert dat de promotie stagneert voor alle vliegers in lagere functies', tegen welke rechts-overweging - in zoverre - geen klacht is gericht. 3.15. *Onderdeel 4.4* is gericht tegen de rov.4.15 en 4.16, waarin de rechtbank de proportionaliteit van het verplichte ontslag op 56-jarige leeftijd heeft besproken. Ik begrijp het onderdeel aldus dat Van Pelt c.s. daarmee in het bijzonder klagen, dat, waar de proportionaliteitstoets een afweging veronderstelt van het beoogde doel, het gehanteerde middel en de nadelige consequenties daarvan voor de achtergestelde groep, een en ander in het licht van mogelijk minder ingrijpende alternatieven, de rechtbank aan het beoogde doel een bij voorbaat doorslaggevend

gewicht heeft toegekend en dit doel reeds daarom boven alles wat daaraan afbreuk zou (kunnen) doen, heeft laten prevaleren.

Bij de beoordeling van de klacht stel ik voorop dat de rechtbank, na in de rov.4.11 en 4.12 de voor de oudere vlieger aan de verplichte pensioenleeftijd van 56 jaar verbonden bezwaren reeds te hebben gerelativeerd (zo heeft de rechtbank gewezen op de compensatie in de vorm van een loopbaaninkomen dat geheel op de vroege pensionering is afgestemd), in rov.4.15 heeft vastgesteld dat een toereikend alternatief ontbreekt en dat in het bijzonder het door Van Pelt c.s. verdedigde stelsel van een facultatieve pensionering vanaf 56-jarige leeftijd niet als zodanig kan dienen. Gelet op dit een en ander meen ik dat de rechtbank niet een onjuiste of onbegrijpelijke uitvoering van de proportionaliteitstoets kan worden verweten: de rechtbank heeft zich rekenschap gegeven van de bezwaren die voor de oudere vlieger aan de door Van Pelt c.s. bestreden verplichte pensioenleeftijd van 56 jaar zijn verbonden en heeft zich er voorts van vergewist of minder bezwarende alternatieven voorhanden waren. Dat in de gedachtegang van de rechtbank aan het beoogde doel van een regelmatige en voorspelbare doorstroming bij voorbaat doorslaggevende betekenis toekomt, ongeacht de (mede in het licht van alternatieven te beoordelen) proportionaliteit van het gehanteerde middel, blijkt uit de bestreden uitspraak niet.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping.

Hoge Raad:

1. *Het geding in feitelijke instanties*

Eisers tot cassatie (en nog 29 anderen) - verder te noemen: Van Pelt c.s. - hebben bij exploit van 26 juli 2000 verweersters in cassatie - verder te noemen: Martinair en VNV - gedagvaard voor de kantonrechter te Haarlem en gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

I. te verklaren voor recht dat voor het in artikel 5.2, lid 4, sub a van de CAO voor vliegers Martinair Holland N.V. gehanteerde leeftijdsonderscheid geen objectieve rechtvaardiging bestaat en dat de bepaling deswege wegens strijd met artikel 1 van de Grondwet juncto artikel 26 van het BUPO-verdrag nietig is;

II. Martinair te gebieden om eisers ook na hun 56ste verjaardag tot hun werk toe te laten op straffe van verbeurte van een dwangsom van f 5000 per dag dat Martinair in gebreke blijft met de nakoming van dit gebod na betekening van het vonnis, kosten rechtens.

Martinair en VNV hebben de vordering bestreden.

De kantonrechter heeft bij vonnis van 25 april 2001 de vordering van Van Pelt c.s. afgewezen.

Tegen dit vonnis hebben Van Pelt c.s. hoger beroep ingesteld bij de rechtbank te Haarlem.

Bij vonnis van 19 november 2002 heeft de

rechtbank het vonnis waarvan beroep bekrachtigd.

(...)

2. *Het geding in cassatie*

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus strekt tot verwerping van het beroep.

3. *Beoordeling van het middel*

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Van Pelt c.s. zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als vlieger bij Martinair in dienst. Op de arbeidsovereenkomsten is de door VNV met Martinair gesloten CAO voor vliegers Martinair Holland N.V. van toepassing.

(ii) Uit art. 5.2, lid 4 onder a, van de CAO in verbinding met art. 1 (definitie), 1 sub g, van het Pensioenreglement Stichting Pensioenfonds Vliegers Martinair Holland vloeit voort dat zonder dat daartoe opzegging vereist is, de arbeidsovereenkomst met Martinair wegens pensionering (van de werknemer) eindigt per de eerste van de maand samenvallend met, dan wel eerstvolgend op de 56e verjaardag van de (gewezen) deelnemer; art. 5.6 van de CAO in verbinding met Bijlage 25 biedt, onder bepaalde voorwaarden, de werknemer vanaf zijn 48e jaar de mogelijkheid tot verminderde productie (zijnde 80%) om op die wijze de pensioendatum uit te stellen tot uiterlijk het 58e jaar.

(iii) Het overgrote deel, in ieder geval meer dan 90%, van de bij Martinair werkzame vliegers is lid van de VNV.

(iv) De (verplichte) pensionering op 56-jarige leeftijd maakt al sinds de jaren '70 deel uit van de arbeidsvoorwaarden voor vliegers bij Martinair; in het nog verdere verleden was deze leeftijd 55 jaar. Aan deze vervroegde pensionering lagen oorspronkelijk met name redenen van verkeersveiligheid en gezondheid ten grondslag, nu vliegen in het verleden een groter beroep op het (fysieke) gestel van de vliegers deed. Sinds lang echter dient zij nog slechts ter bevordering van een regelmatige en voorspelbare doorstroming binnen het vliegerkorps.

3.2. De Kantonrechter heeft de beide hiervoor onder 1 vermelde vorderingen van Van Pelt c.s. – a) een verklaring voor recht dat voor het in art. 5.2, lid 4 onder a, van de CAO gehanteerde leeftijdsonderscheid geen objectieve rechtvaardiging bestaat en dat die bepaling derhalve wegens strijd met art. 1 Grondwet en art. 26 IVBPR nietig is en b) een gebod aan Martinair om Van Pelt c.s. ook na hun 56e verjaardag tot hun werk toe te laten – afgewezen. In hoger beroep heeft de rechtbank de grieven van Van Pelt c.s. verworpen.

3.3. Het middel bestaat uit de onder 1.1-2.5 aangevulde en toegelichte algemene klacht dat de rechtbank de beide vorderingen van Van Pelt c.s. ten onrechte en/of zonder toereikende motivering heeft afgewezen, welke klacht onder 3 in enigszins andere bewoordingen wordt herhaald,

alsmede uit een reeks onder 4.1 tot en met 4.4 geformuleerde meer specifieke rechts- en motiveringsklachten.

3.4.1. Bij de beoordeling van het middel moet ten eerste het volgende worden vooropgesteld.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de werknemers in de lidstaten op 19 november 2002, de dag van de uitspraak, nog geen rechtstreekse aanspraken aan de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, PbEG 2000, L 303, p. 16-22, konden ontlenen. Dit oordeel is, terecht, in cassatie niet bestreden. Wel hebben Van Pelt c.s. onder (kernstelling) 2.2, alsmede in het kader van de motiveringsklacht van onderdeel 4.1.a, betoogd dat genoemde Richtlijn (in het bijzonder art. 6 in verbinding met art. 2 lid 2) en het ter uitvoering daarvan ingediende voorstel van wet 28 170 houdende gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs (in het bijzonder art. 7, lid 1, onder a en b, en art. 8 lid 2) – de met dat voorstel beoogde Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid is inmiddels op 1 mei 2004 in werking getreden – moeten worden gezien als de codificatie van een op principiële gronden reeds lang voltrokken rechtsontwikkeling. De rechtbank heeft dat standpunt evenwel terecht verworpen. In de eerste plaats omdat, zoals zij onder meer in aanmerking heeft genomen, getuige ook de verschillende wetsontwerpen die ten tijde van de uitspraak de revue waren gepasseerd, verschil van mening mogelijk was over de gewenste invulling van de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie. In de tweede plaats omdat de wetgever ervan is uitgegaan dat genoemde wet op het gebied van pensioenontslag een wijziging inhield ten opzichte van het vóór 1 mei 2004 geldende recht, die noopte tot aanpassing van (individuele en collectieve) arbeidsovereenkomsten en pensioenregelingen. Teneinde sociale partners en individuele werkgevers voldoende tijd te gunnen voor die aanpassing is in art. 16 voorzien in een bepaling van overgangsrecht ter zake van pensioenontslag die, voor zover thans van belang, erop neerkomt dat het in de wet neergelegde verbod van onderscheid tot 2 december 2006 niet van toepassing is op onderscheid dat betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding in verband met het bereiken van een bij arbeidsovereenkomst overeengekomen pensioengerechtigde leeftijd lager dan de AOW-gerechtigde leeftijd, mits dit vóór 1 mei 2004 is overeengekomen.

3.4.2. Een tweede vooropstelling is deze. De rechtbank is, terecht, ervan uitgegaan dat het maken van onderscheid op grond van leeftijd in strijd kan zijn met art. 1 Grondwet en art. 26 IVBPR. Vervolgens heeft zij geoordeeld dat de door Van Pelt c.s. aangevochten verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd het maken van onderscheid op grond van leeftijd impliceert en heeft zij onderzocht of voor de ongelijke be-

handeling die daaruit kan voortvloeien een redelijke en objectieve rechtvaardiging kan worden aangewezen. Bij de beantwoording van die vraag, waarbij niet uit het oog mag worden verloren dat het bij het maken van onderscheid naar leeftijd niet gaat om een bij voorbaat verdacht onderscheid zoals bijvoorbeeld op grond van ras en geslacht, heeft de rechtbank de juiste maatstaven aangelegd, te weten of voor het gemaakte onderscheid een legitiem doel bestaat (legitimiteit), of het onderscheid voor het bereiken van dit doel passend is (doelmatigheid), en of het geboden is (proportionaliteit).

3.4.3. De derde en laatste vooropstelling betreft het volgende. Het gaat hier om een onderscheid naar leeftijd dat betrekking heeft op een beroepsgroep waarvoor het Besluit bewijzen van bevoegdheid voor de luchtvaart (Stb. 1999, 346; 2001, 526) geldt. Bij het bereiken van de leeftijd van 60 jaar eindigt ingevolge dit besluit de bevoegdheid om op te treden als bestuurder van een luchtvaartuig tijdens verkeersvluchten, met dien verstande dat deze bevoegdheid nog tot het bereiken van de 65-jarige leeftijd kan worden uitgeoefend mits de overige van de bemanning deel uitmakende vliegers jonger zijn dan 60 jaar. Ten aanzien van verkeersvliegers geldt dus een, in deze procedure niet ter discussie staande, uitzondering op de regel dat een dienstbetrekking in het algemeen wordt beëindigd bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. De functie van vlieger kan na het bereiken van de leeftijd van 60 jaar immers nog slechts worden vervuld indien aan voormelde voorwaarde is voldaan. Voor de beantwoording van de vraag of de overeengekomen verplichte pensioenleeftijd van 56 jaar ongeoorloofd is in het licht van de discriminatieverboden van art. 1 Grondwet en art. 26 IVBPR komt dus, anders dan in een van de als zodanig aangeduide kernstellingen (2.1) van Van Pelt c.s. wordt betoogd, geen betekenis toe aan het feit dat die leeftijd ruimschoots onder 'de vooralsnog algemeen aanvaarde pensioenleeftijd van 65 jaar ligt'.

3.5. In de overwegingen die de rechtbank hebben geleid tot een bevestigend antwoord op de vraag of voor het onderhavige onderscheid naar leeftijd een redelijke en objectieve rechtvaardiging kan worden aangewezen, staat het begrip (regelmatige en zowel voor de vliegers als voor Martinair voorspelbare) doorstroming centraal; met doorstroming wordt in deze procedure bedoeld (rov.4.8) dat de hele opbouw van de carrière van vliegers, beginnend met een kostbare opleiding en eindigend met een vroege pensionering, gebaseerd is op de zekerheid dat het voor alle vliegers mogelijk zal zijn voorafgaand aan hun vroege pensionering de hoogste functietrede te bereiken.

Naar de kern genomen heeft de rechtbank met betrekking tot die zo-even genoemde vraag het volgende geoordeeld:

a) voor het, in overeenstemming met – ook thans nog – de wens van de meerderheid van alle

Martinair-vliegers, bij CAO gemaakte onderscheid bestaat een legitiem doel, in de vorm van het zekerstellen van doorstroming op een regelmatige en voorspelbare wijze, zodat zowel Martinair – die aldus een basis heeft zowel voor haar personeelsbeleid als voor een evenwichtig en betaalbaar belonings- en pensioenstelsel voor deze gespecialiseerde groep werknemers – als de vliegers – wat betreft het kunnen bereiken van de hoogste functietrede – weten waaraan zij toe zijn (rov.4.8-4.13);

b) de doorstroming kan met de verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd worden bereikt, zodat het daarin gelegen onderscheid op grond van leeftijd doelmatig is (rov.4.14), en

c) de verplichte pensionering is proportioneel nu niet aannemelijk is geworden dat in de huidige omstandigheden enig alternatief voor het bereiken van de doorstroming voorhanden is (rov.4.15).

3.6. Het betoog waarmee deze oordelen in het middel onder 1, 2 (kernstellingen) en 3 wordt bestreden ontbeert, de hiervoor in 3.4.1 en 3.4.3 verworpen kernstellingen buiten beschouwing gelaten, de van een cassatiemiddel te vergen bepaaldheid en precisie. Het houdt wel in dat de rechtbank de in het middel onder 1 en 2 weergegeven feiten, regels en stellingen heeft miskend en aldus ten onrechte althans zonder toereikende motivering de vorderingen van Van Pelt c.s. heeft afgewezen, maar maakt niet duidelijk op welke punten en om welke redenen het vonnis onjuist of gebrekkig zou zijn. Reeds om deze reden kan het middel in zoverre niet tot cassatie leiden.

3.7. Onderdeel 4.1 keert zich met een aantal klachten tegen rov.4.4, waarin de rechtbank overweegt dat ook op de grond dat de geldigheid van de CAO-afspraken in beginsel zal moeten worden beoordeeld naar de situatie ten tijde van hun totstandkoming terughoudendheid zal moeten worden betracht met betrekking tot de door de vliegers bepleite verdiscontering van allerlei 'recente ontwikkelingen' inzake leeftijdsdiscriminatie. Onderdeel 4.1.a, waarin wordt betoogd dat Van Pelt c.s. zich niet op het standpunt hebben gesteld dat de maatschappelijke opvattingen op het gebied van leeftijdsdiscriminatie recentelijk zijn gewijzigd maar juist de stelling hebben verdedigd dat het door hen gedane beroep op de Richtlijn en het wetsvoorstel 28 170 niet verder reikt dan uit het te onzent reeds geldende recht voortvloeit, faalt wegens gebrek aan belang, in aanmerking genomen dat deze laatste stelling hiervoor in 3.4.1 is verworpen. Die verwerping brengt mee dat ook de klachten van onderdeel 4.1.b wegens gemis aan belang falen. Het oordeel van de rechtbank dat terughoudendheid past bij het verdisconteren van allerlei recente ontwikkelingen inzake leeftijdsdiscriminatie wordt immers zelfstandig gedragen door hetgeen de rechtbank in haar rov.4.2 met juistheid heeft overwogen omtrent de grenzen die de rechter met betrekking

tot dit onderwerp bij zijn rechtsvormende taak in acht dient te nemen.

3.8.1. Onderdeel 4.2 keert zich met een reeks klachten tegen hetgeen de rechtbank in haar rov.4.8-4.13 heeft overwogen op het punt van de legitimiteit.

3.8.2. Onderdeel 4.2.a klaagt over het gewicht dat de rechtbank in haar rov.4.9, 4.10 en 4.11 heeft toegekend aan het feit dat de verplichte pensioenleeftijd van 56 jaar door Martinair bij CAO is overeengekomen met VNV als de daadwerkelijke representant van de grote meerderheid der Martinair-vliegers. De desbetreffende overwegingen van de rechtbank komen erop neer dat de voor- en nadelen van het binnen het vliegerkorps op een breed draagvlak steunende stelsel van doorstroming niet los van elkaar gezien kunnen worden en dat binnen dat korps ook niet een bevooroordeelde grote meerderheidsgroep en een benadeelde kleine minderheidsgroep kan worden onderscheiden, nu voor elke Martinair-vlieger geldt dat hij gedurende zijn loopbaan zowel die voordelen als die nadelen ondervindt. Het onderdeel dat, met zijn stelling dat in cassatie veronderstellenderwijs ervan moet worden uitgegaan dat met de vaste pensioenleeftijd van 56 jaar niet een eigen ondernemingsbelang van Martinair wordt gediend, eraan voorbijziet dat de rechtbank in haar rov.4.12 juist heeft geoordeeld dat dit wel het geval is, gaat uit van een andere lezing van de overwegingen waarop het doelt en kan derhalve wegens gemis aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

3.8.3. Onderdeel 4.2.b keert zich tegen rov.4.9. Hetgeen de rechtbank daarin overweegt, moet in samenhang met rov.4.11 aldus worden begrepen dat vanuit het perspectief van VNV de doorstroming daarom een legitiem doel voor het vasthouden aan de vaste, lage pensioenleeftijd oplevert omdat het daarbij gaat om een door de beroepsgroep der vliegers als zodanig gemaakte keuze voor een bepaald loopbaanverloop met alle daaraan voor iedere vlieger op zijn tijd verbonden voor- en nadelen. Voor zover het onderdeel uitgaat van een andere lezing, te weten dat doorstroming daarom voor VNV een legitiem doel vormt omdat daarmee uitvoering wordt gegeven aan de wil van een meerderheid van jonge vliegers wier promotie en pensioen(voorziening) anders in gevaar komen, kan het wegens gemis aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Voor het overige geeft het oordeel van de rechtbank dat de doorstroming gezien vanuit het perspectief van VNV een legitiem doel voor het gemaakte onderscheid naar leeftijd oplevert geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Van dat oordeel behoefde de rechtbank zich niet te laten weerhouden door het feit dat, zoals het onderdeel ten slotte nog aanvoert, de verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd ook geldt voor vliegers die niet de hoogste functies hebben bereikt en evenmin door het feit dat wanneer één 56-jarige een hogere functie blijft bezetten dit uiteraard

niet betekent dat voor alle vliegers in lagere functies de gewenste promotie stagneert.

3.8.4. Onderdeel 4.2.c klaagt dat de op de legitimiteit betrekking hebbende overwegingen van de rechtbank meer in het algemeen tekortschieten omdat daarin elke motivering ontbreekt voor de rechtvaardiging van het stellen van de verplichte pensioenleeftijd op 56 jaar in plaats van (bijvoorbeeld) op 60 jaar overeenkomstig het Besluit bewijzen van bevoegdheid voor de luchtvaart. De klacht faalt omdat de rechtbank, gelet op het in de feitelijke instanties gevoerde debat, niet gehouden was om in haar overwegingen betreffende de legitimiteit uitdrukkelijk in te gaan op de vraag of de doorstroming niet te verenigen was met een hogere verplichte pensioenleeftijd dan 56 jaar.

3.8.5. De onderdelen 4.2 d, e en f vragen, in onderlinge samenhang bezien, in wezen om een algehele heroverweging van het deels met waarдерingen van feitelijke aard verweven oordeel van de rechtbank ten aanzien van de legitimiteit. Daarvoor bestaat evenwel geen grond. Het bestreden oordeel, waarvoor de rechtbank, naast hetgeen zij in de rov.4.9 en 4.10 ten aanzien van de doorstroming en de daarmee gediende regemaat en voorspelbaarheid heeft overwogen, kort samengevat redengevend heeft geacht

- dat het bij de verplichte pensioenleeftijd van 56 jaar gaat om een collectief gemaakte, op de uitdrukkelijke wens van de beroepsgroep der vliegers zelf gebaseerde, afspraak waarvan alle Martinair-vliegers in gelijke mate profiteren of geprofiteerd hebben;
- dat in het algemeen geldt dat een vaste leeftijd een waarborg kan zijn tegen een meer willekeurige beëindiging van het dienstverband van oudere werknemers;
- dat in de rechtspraak is aanvaard dat de wens om een regelmatige en vlotte doorstroming van personeel te bereiken, mag meewegen ter rechtvaardiging van een gemaakt leeftijds-onderscheid en
- dat de hele inkomens- en pensioenopbouw van de vliegers juist bedoeld is om alle vliegers ook daadwerkelijk in staat te stellen op relatief jonge leeftijd te stoppen met werken en aldus een compensatie biedt voor het gemaakte leeftijds-onderscheid in de vorm van een inkomen na de verplichte pensionering, zonder dat daarvoor nog een arbeidsprestatie moet worden verricht, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde geen nadere motivering dan de rechtbank heeft gegeven.

3.9. Onderdeel 4.3 is gericht tegen hetgeen de rechtbank in rov.4.14 heeft overwogen omtrent de doelmatigheid van de verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd en klaagt in de eerste plaats dat de rechtbank zich daar schuldig heeft gemaakt aan een cirkelredenering: het doel van doorstroming kan worden bereikt door doorstroming. Dat is echter niet wat de rechtbank heeft overwogen. Zij heeft onderscheiden tussen doel (regelmatige

en voorspelbare doorstroming) en middel (verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd) en heeft vervolgens geoordeeld dat het doel met genoemd middel kan worden bereikt. De eerste klacht kan dus wegens gemis aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. De tweede klacht luidt dat de rechtbank bij de beantwoording van de doelmatigheidsvraag ten onrechte met geen woord is ingegaan op het betoog van Van Pelt c.s. dat door de feitelijke opbouw van de senioriteitslijst bij Martinair en de afhankelijkheid van onder andere economische, technische en persoonlijke factoren de verplichte pensionering van alle 56-jarige vliegers slechts een uiterst beperkte bijdrage aan het doorstromingsstreven kan leveren. Ook deze klacht faalt. De in het bestreden oordeel besloten liggende verwerping van dit betoog behoeft in het licht van de, in cassatie niet bestreden, vaststelling in rov.4.9 dat Van Pelt c.s. niet (voldoende gemotiveerd) hebben betwist dat het langer bezet blijven van de hogere functies impliceert dat de promotie stagneert voor alle vliegers in lagere functies, geen nadere motivering.

3.10. Onderdeel 4.4 ten slotte is gericht tegen de rov.4.15 en 4.16, waarin de rechtbank uiteenzet waarom de verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd proportioneel is. Het onderdeel komt erop neer dat de rechtbank blijkens genoemde overwegingen, waarin zij het doorstromingstreven verabsoluteert in die zin dat zij alles wat daaraan afbreuk zal of kan doen reeds daarom geheel verwerpt, heeft miskend dat de proportionaliteitstoets mede een afweging veronderstelt tussen 'het beoogde doel, het gehanteerde middel en de nadelige consequenties voor de aldus achtergestelden'. Dit verwijt is ongegrond: dat naar de opvatting van de rechtbank aan het doel van doorstroming bij voorbaat doorslaggevend betekenis toekomt ongeacht de proportionaliteit van het middel kan in voormelde overwegingen, waarvan de kern is dat voor de verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd geen alternatief voorhanden is, niet worden gelezen.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Van Pelt c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Martinair begroot op €316,34 aan verschotten en €1365 voor salaris en aan de zijde van de VNV op €316,34 aan verschotten en €1365 voor salaris.

NOOT:

1. De wetgever heeft in de op 1 mei 2004 ingevoerde Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, beroep en beroepsonderwijs (Wet van 17 december 2003, *Stb.* 2004, 30, *WGBl*) twee zaken bepaald over verplichte leeftijdsgrenzen bij pensionering. In de eerste plaats wordt de 65-jarige leeftijd in de wet als verplichte

pensioenleeftijd toegestaan. In de tweede plaats wordt de handhaving van bepalingen over lagere verplichte pensioenleeftijden die op de datum van inwerkingtreding van de wet reeds bestonden toegestaan tot 2 december 2006, art. 16 *WGBl*. Binnen deze termijn kunnen individuele en collectieve arbeidsovereenkomsten en pensioenregelingen worden aangepast. Of bestaande verplichte pensioenleeftijden beneden 65 jaar daarna nog geoorloofd zijn en of zulke leeftijdsgrenzen daarna nog kunnen worden ingevoerd, hangt af van de vraag of hier een objectieve rechtvaardigingsgrond voor bestaat. De regering meent dat zij niet in algemene zin toelaatbaar kunnen worden geacht.

2. Aangezien op het moment van de uitspraak van de rechtbank de EG-Richtlijn nog niet behoeft te zijn geïmplementeerd, heeft de Hoge Raad in deze zaak de regeling in de CAO van een verplichte pensioenleeftijd bij Martinair beneden 65 jaar uitsluitend getoetst aan art. 26 *IVBPR* en art. 1 Grondwet. Opvallend is dat de Hoge Raad in deze zaak afwijkt van de benadering in het nog jonge arrest *Parallel Entry/KLM*, waarin hij een schema voor de beoordeling van een dergelijke vraag had gegeven (*HR* 30 januari 2004, *RvdW* 2004, 26, *JAR* 2004/68, *Parallel Entry/KLM*). In dat arrest keek de Hoge Raad eerst naar wetsbepalingen en rechtstreeks werkende verdragsbepalingen, maar liet toen art. 1 Grondwet en art. 26 *IVBPR* bij die toetsing buiten beschouwing. Deze bepalingen worden nu wel getoetst. Mijns inziens vormt dit een bevestiging dat de Hoge Raad aan deze bepalingen rechtstreeks-horizontale werking toekent in arbeidsverhoudingen, zoals eerder gebeurde in *HR* 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430, *JAR* 1995/35 (Codfried/ISS). Wellicht heeft men dit bij *Parallel Entry* over het hoofd gezien.

3. Daarnaast spreekt de Hoge Raad bij een onderscheid naar leeftijd over een 'niet bij voorbaat verdacht onderscheid zoals bijvoorbeeld op grond van ras en geslacht'. Vermoedelijk wordt hiermee gedoeld op het feit dat het criterium 'leeftijd' niet wordt genoemd in de tekst van art. 1 Grondwet en art. 26 *IVBPR*. Hoewel de Hoge Raad opmerkt dat dit gegeven 'niet uit het oog mag worden verloren', wordt niet duidelijk of hij hiermee impliceert dat deze grond op een andere wijze wordt getoetst dan de wel 'bij voorbaat verdachte' gronden. Uit het vervolg van de overweging blijkt dit niet, want hier geeft de Hoge Raad de geijkte criteria van legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit, die bij alle discriminatiegronden plegen te worden toegepast. Het kan natuurlijk zijn dat bij deze gronden een lichtere vorm van strengheid bij de toetsing wordt aangehouden – en streng is deze inderdaad niet, zie onder 5 – maar dat wordt niet aangegeven. Zou de opmerking echter moeten worden gelezen als een indicatie dat de Hoge Raad wel kiest voor rechterlijke gradaties van toetsing (de wetgever heeft daar geen aanleiding toe gegeven), zoals onder andere door de werkgeverspartij in dit geding met verwijzing naar Amerikaanse recht-

spraak omstandig is bepleit, dan leidt dit tot een gecompliceerd systeem. We moeten daarnaast ook nog rekening houden met de mogelijkheid dat rechtvaardigingsgronden onder het EG-recht, de Grondwet, resp. het IVBPR ook met verschillende gradaties van strengheid worden getoetst. De roep om stroomlijning van het recht met betrekking tot gelijke behandeling neemt niet zonder reden toe.

4. De Hoge Raad verwijst in r.o. 3.4.3 naar de verplichte wettelijke leeftijdsgrens voor vliegers van 60 jaar, waarna slechts onder voorwaarden verder kan worden gevlogen. De opmerking dat daarom geen betekenis toekomt aan het feit dat de pensioenleeftijd bij Martinair 'ruimschoots onder de vooralsnog algemeen aanvaarde pensioenleeftijd van 65 jaar ligt' komt minder overtuigend over, nu de pensioenleeftijd van 56 jaar eveneens ruimschoots ligt onder de hier aangehaalde leeftijdsgrens van 60 jaar.

5. Bij de beoordeling van de rechtvaardiging voor de leeftijdsgrens valt in de eerste plaats op dat – anders dan vroeger – veiligheid niet meer de reden is voor een lage pensioenleeftijd van vliegers. De voor het verplicht uittreden met 56 jaar aangevoerde rechtvaardiging betreft het feit dat 'regelmatige en voorspelbare doorstroming' wenselijk wordt geacht in verband met het salarissysteem. Zowel werkgevers als werknemer kunnen hierdoor goed voorspellen wanneer welke vlieger de hoogste functietrede zal bereiken. De rechtbank had dit oogmerk een 'legitiem doel' geacht en het systeem ook proportioneel geacht 'nu niet aannemelijk is geworden dat in de huidige omstandigheden enig alternatief voor het bereiken van de doorstroming voorhanden is'. Bij beide overwegingen vallen kanttekeningen te plaatsen. Is het doel van een maatregel legitiem als dit impliceert dat personen op jongere leeftijd het recht op arbeid – althans in de functie waarin zij zijn opgeleid en het grootste deel van hun leven hebben gewerkt – ontnemt? Met andere woorden: moet legitimiteit ook niet worden getoetst door afweging van het bedrijfsbelang tegenover de norm (discriminatieverbod) die er voor terzijde moet worden gesteld? En is het doel reeds proportioneel om het enkele feit dat alternatieven niet voorhanden zijn? Men kan zich immers heel goed alternatieve regelingen voorstellen waarin wel langer kan worden doorgetwerkt. Het honoreren van het bezwaar dat deze nog niet zijn uitgewerkt, stelt een premie op een niet-coöperatieve opstelling van de werkgever. Het is overigens niet evident dat uittreding voor iedereen met 60 jaar géén geregelde doorstroming zou meebrengen. Wel zou dit nopen tot aanpassing van het salarissysteem om te voorkomen dat dit systeem veel duurder zou zijn voor de werkgever.

6. Uit deze uitspraak valt niet in het algemeen af te leiden dat pensioenleeftijden beneden 65 jaar (al dan niet tot 2006) geoorloofd zijn. In de eerste plaats is het hier gerechtvaardigd geachte systeem een bijzonder salarissysteem dat voor de werknemer uitstekende financiële voorzieningen biedt.

Het is niet gezegd dat de rechter in andere gevallen aangevoerde rechtvaardigingsgronden ook zo gemakkelijk zal erkennen. Wel zijn er inmiddels enkele uitspraken van feitenrechters die in andere gevallen van lage leeftijdsgrenzen voor verplicht pensioen ook zeer lichte maatstaven aanleggen. In het algemeen spreekt uit al deze uitspraken een terughoudendheid om in te grijpen in CAO-afspraken. Ook die kunnen echter discriminerend van aard zijn. De terughoudendheid die de HR heeft aangenomen in het genoemde arrest *Parallel Entry*, met een beroep op het internationale grondrecht op collectief onderhandelen en art. 6:248 lid 2 ten aanzien van reeds gesloten overeenkomsten, dient juist bij discriminatie kritisch te worden bezien.

7. De vraag is vervolgens of een lagere pensioenleeftijd zich verdraagt met EG-recht. Op 2 december 2003 verliep de uitvoeringstermijn van de EG-kaderrichtlijn gelijke behandeling in leeftijd en beroep, nr. 2000/78, *Pb. EG* 2000, L 303, die onder meer discriminatie op grond van leeftijd bestrijdt. In bijzondere gevallen is uitstel tot 2006 mogelijk, waarop Nederland zich beroept bij de regeling van artikel 16 WGBL. Het is uiteindelijk het EG-Hof dat zal uitmaken of het uitstel tot 2006 binnen de richtlijn past en vervolgens of aangevoerde rechtvaardigingsgronden toelaatbaar zijn. De Hoge Raad heeft om de bovengenoemde reden dit aspect buiten beschouwing gelaten, maar dit levert slechts uitstel op van een definitief antwoord. CAO-partijen in sectoren met lagere pensioenleeftijden verkeren in grote onzekerheid over de houdbaarheid van hun regelingen.

8. Overigens is ook interessant dat de Hoge Raad het argument dat de rechtbank de wetgever niet voor de voeten wil lopen aanvaardt, terwijl intussen de desbetreffende wet al lang klaar is. Anders dan A-G Keus, die uitvoerig op de nieuwe wet ingaat, laat de Hoge Raad deze buiten beschouwing. Het is weliswaar een vreemd gegeven dat de wet tot stand is gekomen na de uitspraak waarover wordt geoordeeld, maar men kan toch moeilijk volhouden dat de rechter zijn rechtsvormende taak te buiten gaan als hij een reeds vastgestelde wet interpreteert. Het voordeel dat inmiddels de rechtsontwikkeling is gevorderd, pleegt ook in andere gevallen door de Hoge Raad te worden benut.

9. Bij het verbod van leeftijdsdiscriminatie gaat het er onder meer om te voorkomen dat werknemers wegens hun leeftijd uit het arbeidsproces worden gestoten. Daarbij zijn ook immateriële aspecten van het recht op arbeid in het geding, die niet kunnen worden afgekocht met een mooie financiële regeling. Hier is verder een frappant contrast aanwezig met de door de regering veel besproken noodzaak om langer door te werken. In Nederland is deze vorm van leeftijdsdiscriminatie nog zo diep geworteld dat partijen er geen afstand van kunnen nemen. In de toekomst komt hier dus net zoals in het verleden

bij de discriminatie naar geslacht een mooie taak
te liggen voor de rechter.