



Commissie **Gelijke** Behandeling

Advies Commissie Gelijke Behandeling inzake

Leeftijdsonderscheid in advertenties

op verzoek van het Expertisecentrum LEEftijd en
het Meldpunt Discriminatie Amsterdam

CGB-advies/2005/06

1 december 2005

1	INLEIDING.....	3
1.1	DE ADVIESAANVRAAG.....	3
1.2	DE WGBL.....	3
1.3	DIT ADVIES.....	4
2	WANNEER IS SPRAKE VAN ONDERSCHIED NAAR LEEFTIJD?.....	5
2.1	INLEIDING.....	5
2.2	RECHTSTREEKSE VERWIJZINGEN NAAR LEEFTIJD (DIRECT ONDERSCHIED).....	6
2.2.1	Getalsmatige leeftijd of leeftijdscategorie.....	6
2.2.2	Criteria die tenderen naar leeftijd.....	6
2.3	NIET-RECHTSTREEKSE VERWIJZINGEN NAAR LEEFTIJD (INDIRECT ONDERSCHIED).....	7
2.3.1	Carrièrefasen.....	7
2.3.2	Aantal jaren werkervaring.....	8
2.3.3	Competenties.....	9
2.3.4	Verwijzing naar kenmerken of cultuur van een bedrijf of team.....	9
2.3.5	Taalgebruik en beeldmateriaal.....	10
2.4	SAMENVATTING HOOFDSTUK 2.....	11
3	OBJECTIEVE RECHTVAARDIGING.....	12
3.1	INLEIDING.....	12
3.2	OBJECTIEVE RECHTVAARDIGING VOOR HET OPNEMEN VAN EEN LEEFTIJDVEREISTE IN VACATURES.....	14
3.2.1	Leeftijdsvereiste in verband met persoonlijke competenties.....	14
3.2.2	Leeftijdsvereiste in verband met ervaringseisen.....	15
3.2.3	Leeftijdsvereiste verband houdende met samenstelling team/personeelsopbouw.....	17
3.2.4	Leeftijdsvereiste in verband met de relatie tot de doelgroep, de identificatie met de doelgroep of 'leeftijdsbepaaldheid' van de functie.....	20
3.2.5	Leeftijdsvereiste uit financiële overwegingen.....	23
3.2.6	Leeftijdsvereiste in verband met wetgeving/regelgeving.....	26
3.3	SAMENVATTING HOOFDSTUK 3.....	27
4	DE MOTIVERINGSPLICHT VAN ARTIKEL 9 WGBL.....	29
4.1	VEREISTEN ARTIKEL 9 WGBL.....	29
4.2	VERGELIJKING MET DE WGB EN AANBEVELING.....	30
4.3	SAMENVATTING HOOFDSTUK 4.....	30
5	INTERMEDIAIRS EN UITZENDBUREAUS.....	31
5.1	NORMADRESSAAT.....	31
5.2	VERPLICHTINGEN VAN INTERMEDIAIRS EN UITZENDBUREAUS.....	31
5.3	SAMENVATTING HOOFDSTUK 5.....	33
6	TOT SLOT.....	33

1 Inleiding

1.1 De adviesaanvraag

Het Expertisecentrum LEEftijd en het Meldpunt Discriminatie Amsterdam (MDA), tezamen hierna: de adviesaanvragers, ontwikkelen in het kader van het project *Voor Alle Leeftijden*¹ een checklist die werkgevers kunnen gebruiken om bij het opstellen van hun personeelsadvertenties binnen de grenzen van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) te blijven.

De adviesaanvragers hebben ten behoeve van deze checklist de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht een advies uit te brengen over de volgende vragen:

- a. Welke formuleringen / beeldmateriaal / taalgebruik in advertenties leveren onderscheid op naar leeftijd?
- b. Welke eisen worden gesteld aan de motiveringsplicht van artikel 9 WGBL?
- c. Welke argumenten vormen een objectieve rechtvaardiging conform artikel 7, eerste lid, onder c WGBL?

De adviesaanvragers hebben aangegeven dat de WGBL op deze vraagpunten niet duidelijk is. Deze onduidelijkheid maakt het voor werkgevers moeilijk de wet na te leven. Werkgevers geven te kennen dat zij duidelijkheid wensen over de exacte normstelling van de WGBL. Bij de adviesaanvraag zijn voorbeelden gevoegd van advertenties waarin (mogelijk) sprake is van onderscheid op grond van leeftijd. Het MDA heeft de werkgevers gevraagd naar de reden van het leeftijds onderscheid in hun advertentie. Een aantal voorbeelden uit de correspondentie daaromtrent is geanonimiseerd aan de Commissie overhandigd. Aan de hand van het advies van de Commissie zullen de adviesaanvragers de hiervoor bedoelde checklist voor werkgevers ontwikkelen.

1.2 De WGBL

Op 1 mei 2004 is de WGBL in werking getreden. Daarmee is ten aanzien van leeftijd uitvoering gegeven aan richtlijn nr. 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.²

Artikel 1, eerste lid, WGBL bepaalt dat onder onderscheid in de WGBL wordt verstaan: onderscheid op grond van leeftijd of op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dat onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft. Onder onderscheid wordt begrepen de opdracht tot het maken van onderscheid. Op grond van artikel 3, aanhef en onder a, WGBL, juncto artikel 7, eerste lid, aanhef en onder c, WGBL is onderscheid bij de aanbidding van een betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking verboden, tenzij het onderscheid objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.³

Het verbod van leeftijds onderscheid in vacatures richt zich ook op andere bij de arbeidsverhouding betrokkenen dan de werkgever of het bevoegd gezag.⁴

Artikel 3 WGBL richt zich tot een ieder die actief is op de in dat artikel genoemde terreinen, waaronder intermediairs en uitzendbureaus. Uitgangspunt van de WGBL is dat leeftijd niet relevant is voor de arbeid, tenzij daar een goede reden voor is; een objectieve rechtvaardiging.

¹ Het project *Voor Alle Leeftijden* wordt in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uitgevoerd door het Expertisecentrum LEEftijd in samenwerking met een aantal Anti Discriminatie Bureaus.

² Richtlijn nr. 2000/78/EG van de Raad van Ministers van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (*PbEG* 2000, L 303).

³ De overige uitzonderingen op het verbod van onderscheid, genoemd in artikel 7, eerste lid, aanhef en onder a en b, WGBL komen in dit advies niet aan de orde. Op grond van artikel 7, eerste lid, aanhef en onder a en b, WGBL geldt het verbod van onderscheid (ook) niet indien het onderscheid is gebaseerd op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens wet en / of indien het onderscheid 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.

⁴ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 19 en 20.

Onderscheid op grond van leeftijd zonder objectieve rechtvaardiging is verboden bij (onder meer) het aanbieden van functies, zoals in personeelsadvertenties in kranten, tijdschriften of op websites. Voorts bepaalt de WGBL in artikel 9 dat indien bij een openlijke aanbieding van een betrekking onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt, de reden daarvan uitdrukkelijk moet worden vermeld. De achtergrond van deze motiveringsplicht is dat bij het werven voor een functie duidelijk moet zijn waarom de aanbieder van mening is dat voor de functie onderscheid naar leeftijd mag worden gemaakt. Dit maakt de reden voor het onderscheid kenbaar en toetsbaar voor derden en dwingt de aanbieder zich te beraden over de geoorlooftheid van het onderscheid.⁵

Aanbieders van goederen en diensten mogen zich zonder enig voorbehoud op een bepaalde leeftijdsdoelgroep richten. De WGBL ziet hier namelijk niet op toe. Als een werkgever, intermediair of een uitzendbureau zich bij de werving van personeel echter richt op een bepaalde leeftijdsgroep, bijvoorbeeld omdat hij meent daar de meeste kans te maken op vervulling van de vacature, kan dit leiden tot verboden onderscheid op grond van leeftijd.

De Commissie is belast met het bevorderen van de naleving van het verbod van leeftijdsonderscheid (rechtsbescherming), en de uitwerking van de gelijke behandelingsnorm, in het bijzonder door het geven van oordelen (rechtsvorming). De oordelen die de Commissie op verzoeken omtrent leeftijdsgrenzen in advertenties heeft gewezen, komen in dit advies aan de orde.

1.3 Dit advies

In dit advies vindt een uitgebreide beoordeling plaats van de verschillende door de adviesaanvragers overgelegde advertenties, met de door de werkgevers aangegeven redenen voor het leeftijdsonderscheid.

In het kader van de totstandkoming van dit advies heeft de Commissie op 6 september 2005 een expertmeeting gehouden met werkgevers uit verschillende sectoren en vertegenwoordigers van brancheorganisaties en werkgeversorganisaties. Voorts heeft op 12 september 2005 taalkundige dr. K.J.J. Korevaart, secretaris-directeur van de Faculteit der Kunsten van de Universiteit Leiden, op uitnodiging van de Commissie een toelichting gegeven op taalkundige aspecten van advertentieteksten.

De Commissie toetst in dit advies aan de WGBL en aan de op basis daarvan ontwikkelde oordelenlijn van de Commissie. De Commissie maakt daarbij gebruik van wetenschappelijke literatuur, van hetgeen naar voren is gebracht tijdens de parlementaire behandeling van de WGBL, tijdens de hiervoor genoemde expertmeeting en de toelichting van dr. Korevaart. De Commissie houdt bij de beoordeling van leeftijdsindicaties in vacatures rekening met de doelstelling van de WGBL. Deze wet is immers mede in het leven geroepen om vooroordelen en stereotyperingen met betrekking tot leeftijd in relatie tot arbeid uit te bannen en uitsluiting van leeftijdsgroepen tegen te gaan. Bij de beoordeling of sprake is van leeftijdsonderscheid, bijvoorbeeld als in een advertentie wordt gezocht naar een dynamische, ambitieuze kandidaat, moet dan ook niet het vooroordeel worden bevestigd dat de WGBL beoogt te bestrijden door aan te nemen dat deze advertentie zich uitsluitend richt op jonge kandidaten. Bij de beoordeling van een eventuele leeftijdsindicatie is de algehele context van de vacature van belang; ook het taalgebruik en het gebruik van beeldmateriaal worden daarbij meegewogen. Er moet overigens rekening mee worden gehouden dat de maatschappelijke opvattingen op het terrein van leeftijdsdiscriminatie in ontwikkeling blijven.

In dit advies worden de adviesaanvragers handvatten geboden voor het opstellen van een checklist voor werkgevers en bevoegd gezag om bij het opstellen van hun personeelsadvertenties binnen de grenzen van de WGBL te blijven. In dit advies gaat de Commissie ook in op de verplichtingen uit hoofde van de WGBL met betrekking tot personeelsadvertenties van intermediairs, onder wie de Centrale organisatie voor werk en inkomen (CWI), en van uitzendbureaus.

⁵ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 39.

In sommige vacatures die in dit advies worden besproken, is mogelijk ook sprake van onderscheid naar geslacht. In het kader van dit advies over leeftijdsonderscheid worden andere vormen van onderscheid buiten beschouwing gelaten.

In hoofdstuk 2 wordt behandeld wanneer in vacatures sprake is van onderscheid op grond van leeftijd. Zo wordt onder meer de vraag behandeld of met het aangeven van een minimum of maximum aantal jaren gewenste werkervaring onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt. In hoofdstuk 3 wordt besproken onder welke omstandigheden onderscheid op grond van leeftijd in een vacature objectief is gerechtvaardigd. Voor verschillende soorten objectieve rechtvaardigingen worden uitgangspunten voor de beoordeling op een rij gezet. Afhankelijk van het antwoord op de vraag of het onderscheid objectief is gerechtvaardigd, is sprake van al dan niet verboden onderscheid bij de aanbidding van een betrekking. Als sprake is van onderscheid – los van de vraag of het onderscheid al dan niet is verboden - moet de reden hiervan in de personeelsadvertentie worden vermeld. Deze motiveringsplicht wordt besproken in hoofdstuk 4. Voor het geval twijfel bestaat of de advertentie (onbedoeld) toch niet geheel leeftijdsneutraal is, beveelt de Commissie aan in de personeelsadvertentie te vermelden dat de functie openstaat voor kandidaten van alle leeftijden.

In hoofdstuk 5 worden de verplichtingen uit hoofde van de WGBL van intermediairs en uitzendbureaus besproken.

Werkgevers, intermediairs en andere opstellers / aanbieders van een personeels advertentie, dienen allereerst na te gaan of door de tekst en / of het beeld in de advertentie onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt (zie hoofdstuk 2). Onderscheid op grond van leeftijd is verboden, tenzij er een goede reden (een objectieve rechtvaardiging) voor is (zie hoofdstuk 3). Als sprake is van onderscheid naar leeftijd moet de reden van het onderscheid in de advertentie worden vermeld. Bij twijfel of de advertentie mogelijk toch niet (leeftijds)neutraal is, verdient het aanbeveling te vermelden dat de functie openstaat voor kandidaten van alle leeftijden (zie hoofdstuk 4).

2 Wanneer is sprake van onderscheid naar leeftijd?

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt uitsluitend besproken wanneer sprake is van onderscheid op grond van leeftijd, niet of dat onderscheid verboden is. Onderscheid kan immers objectief gerechtvaardigd zijn. In welke situaties sprake is van een objectieve rechtvaardiging komt aan de orde in hoofdstuk 3.

In dit hoofdstuk wordt behandeld door welke aanduidingen en welk beeldmateriaal onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt. Een combinatie van taal- en beeldgebruik of een combinatie van (leeftijds)aanduidingen die op zichzelf niet onderscheidmakend zijn, kan echter onder omstandigheden toch onderscheid naar leeftijd opleveren.

Artikel 1, eerste lid van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (WGBL) bepaalt dat onder onderscheid in de WGBL wordt verstaan: onderscheid op grond van leeftijd of op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dat onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft. Op grond van artikel 3, aanhef en onderdeel a WGBL is onderscheid verboden bij de aanbidding van een betrekking.

Onder onderscheid wordt zowel direct als indirect onderscheid verstaan.⁶

⁶ In de MvT is opgenomen dat de in dit wetsvoorstel opgenomen definitie zowel direct als indirect onderscheid omvat. De regering heeft ervan afgezien in het wetsvoorstel een tweedeling aan te brengen tussen direct en indirect onderscheid omdat bij onderscheid naar leeftijd voor beide vormen een objectieve rechtvaardiging kan bestaan. De regering volgt het advies van de CGB om zowel direct als indirect onderscheid expliciet in de wet te noemen daarom niet (*Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 17*).

Het hanteren van deze termen is uitsluitend van belang voor een beter begrip van wat onderscheid naar leeftijd inhoudt. Voor de beoordeling van de vraag of al dan niet in strijd is gehandeld met de WGBL is niet relevant of sprake is van direct of indirect onderscheid, omdat voor beide vormen een objectieve rechtvaardiging kan bestaan.⁷

Op grond van artikel 1, tweede lid WGBL wordt onder onderscheid mede begrepen de opdracht tot het maken van onderscheid.

Voor de beoordeling of sprake is van onderscheid is van belang dat de bewijslast op grond van artikel 12 WGBL aldus is verdeeld dat indien degene die meent dat in zijn nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, de wederpartij dient te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld. Bij de beoordeling of sprake is van onderscheid op grond van leeftijd is van belang of leeftijd (al dan niet *mede*) een rol heeft gespeeld.

Als bij de openlijke aanbidding van een betrekking onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt, zonder de grond daarvan uitdrukkelijk te vermelden, is sprake van strijd met artikel 9 WGBL.

2.2 Rechtstreekse verwijzingen naar leeftijd (direct onderscheid)

2.2.1 Getalsmatige leeftijd of leeftijdscategorie

De duidelijkste vorm van onderscheid op grond van leeftijd in advertentieteksten is het vragen naar sollicitanten van (ongeveer, minimaal of maximaal) een bepaalde leeftijd of leeftijdscategorie.⁸ In de advertentietekst wordt de gewenste leeftijd(scategorie) van de kandidaat uitgedrukt in een getalsmatige eenheid.⁹

Voorbeelden van leeftijdscategorieën zijn te vinden in de volgende advertentieteksten, waarin de Commissie tot (direct) leeftijdsonderscheid heeft geoordeeld: "Leeftijd tussen 24 en 34 jaar"¹⁰, "+/- 18 - 20 jaar"¹¹ en "18 tot 19 jaar".¹² Een voorbeeld van een onderscheidmakende leeftijdsgrens is wanneer een kandidaat wordt gezocht van maximaal 35 jaar.¹³

2.2.2 Criteria die tenderen naar leeftijd

Direct onderscheid omvat meer dan alleen getalsmatige leeftijdsaanduidingen. Ook bij het gebruik van criteria die tenderen naar leeftijd, zoals jong en oud en dergelijke is sprake van een rechtstreekse verwijzing naar leeftijd. Dit geldt ook voor het gebruik van termen die een biologisch medische toestand weergeven die onverbrekelijk met een bepaalde leeftijd te maken hebben, zoals de overgang en de puberteit; termen die men overigens niet snel zal aantreffen in een advertentietekst.¹⁴ Ook uit de parlementaire behandeling van het wetsontwerp blijkt dat het gebruik van de term 'jong' als onderscheidmakend wordt aangemerkt.¹⁵

Bij de adviesaanvraag is één advertentietekst als voorbeeld bijgevoegd met een rechtstreekse verwijzing naar leeftijd, zonder dat een exacte leeftijd of leeftijdscategorie wordt genoemd: gezocht wordt naar "jonge ambitieuze juristen". Gelet op het voorgaande wordt door het gebruik van de term 'jong' direct onderscheid naar leeftijd gemaakt.

⁷ Anders dan voor de door de AWGB en WGBH/CZ beschermde gronden van onderscheid.

⁸ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 3, p. 17.

⁹ M.M. van der Burg, *Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2004, p. 55.

¹⁰ CGB 14 maart 2005, oordeel 2005-36.

¹¹ CGB 14 maart 2005, oordeel 2005-37.

¹² CGB 10 augustus 2005, oordeel 2005-149.

¹³ CGB 8 maart 2005, oordelen 2005-32 en 2005-33.

¹⁴ Van der Burg 2004, p. 55 (zie noot 9).

¹⁵ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 5, p. 39.

2.3 Niet-rechtstreekse verwijzingen naar leeftijd (indirect onderscheid)

Ook indirect onderscheid valt onder de WGBL. Daarvan is sprake wanneer een verwijzing naar andere hoedanigheden of gedragingen, onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft.

2.3.1 Carrièrefasen

In personeelsadvertenties komen vaak termen voor als ‘starter’, ‘pas afgestudeerd [jurist]’, of senior [administrateur]’.

De Commissie is van oordeel dat, hoewel starters, pas afgestudeerden en ‘juniors’ en dergelijke van alle leeftijden kunnen zijn (denk aan herintreders of carrièreswitchers), door het gebruik van termen als ‘beginnend’, ‘aankomend’, ‘pas afgestudeerd’, ‘starter / startende’ en ‘junior’, vooral jongeren worden benaderd / ingesloten en relatief weinig ouderen. Dit geldt vice versa voor het gebruik van de term ‘senior’. Op grond daarvan is bij het gebruik van dergelijke termen in beginsel sprake van onderscheid op grond van leeftijd, tenzij uit de context van de advertentie blijkt dat hiervan geen sprake is. Dit is in lijn met hetgeen tijdens de parlementaire behandeling van het ontwerp van de WGBL is opgemerkt over de voorbeelden ‘pas afgestudeerd’ en ‘aankomend’. De regering merkt op dat daarmee vooral jongeren worden benaderd en relatief weinig ouderen.¹⁶ Bij het werven voor een betrekking is een leeftijdsgrens of een ander criterium, zoals ‘jong’ of ‘pas afgestudeerd’, dat duidelijk naar leeftijd verwijst slechts toegestaan als sprake is van een objectieve rechtvaardiging.¹⁷

Bij het vragen om een senior [accountant] of een junior [adviseur] is daarentegen geen sprake van leeftijdsonderscheid, omdat de toevoeging ‘junior’ of ‘senior’ aan een functie ziet op de inhoud / zwaarte van de functie en niet op de leeftijd van de gezochte kandidaat. Dit zal slechts anders zijn als uit de context van de advertentie het tegendeel blijkt.

De Commissie heeft geoordeeld over een advertentietekst waarin stond: “werken als whizz-kid (...) dan kun je bij ons naast je studie werken om bij mensen computerproblemen op te lossen”. De Commissie oordeelt dat met de zinsnede ‘naast je studie werken’ onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt. Zij overweegt: “student zijn is immers een hoedanigheid die bij het uitspreken van een voorkeur hiervoor personen van een bepaalde leeftijdsgroep met name treft. Hoewel het juist is dat er studenten van alle leeftijden zijn, doet dit niets af aan het feit dat studenten in overgrote mate behoren tot een leeftijdscategorie tussen de 18 en 30 jaar.”¹⁸

Door de adviesaanvragers is een voorbeeld van een advertentie overgelegd met de volgende aanduiding: “Wil jij je zakgeld aanvullen?”. De Commissie is, analoog aan het hiervoor weergegeven oordeel over de advertentietekst met de zinsnede ‘naast je studie werken’ van oordeel dat sprake is van onderscheid op grond van leeftijd, omdat het aanvullen van zakgeld vooral jongeren zal aanspreken. Ditzelfde geldt voor de term “schoolverlaters”.

Door de adviesaanvragers zijn voorts voorbeelden van advertenties voorgelegd die onderscheidenlijk de volgende zinsneden bevatten: “Je zit in de eerste fase van je carrière en bent toe aan een volgende stap”, “Toe aan een tweede stap in je carrière?”, “Toe aan een volgende stap in uw carrière?”. Met de zinsnede over de eerste fase van de carrière zullen mogelijk vooral jongeren worden aangesproken en relatief weinig ouderen.

Omdat echter niet duidelijk is hoe lang fasen in een carrière duren en een tweede/volgende stap mogelijk eerst na zeer korte of juist lange tijd wordt genomen, en ook geldt dat (mede hierdoor) bepaalde stappen in een carrière door mensen van alle leeftijden kunnen worden genomen, geven verwijzingen naar tweede en volgende stappen in de carrière onvoldoende aanwijzingen dat de advertentie vooral mensen van een bepaalde leeftijdscategorie zal aanspreken. Deze termen zijn derhalve voorshands niet onderscheidmakend.

¹⁶ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 17.

¹⁷ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 39.

¹⁸ CGB 23 juni 2005, oordeel 2005-114.

Door de adviesaanvragers is ook een advertentietekst met de zinsnede 'high potential' voorgelegd. Tijdens de expertmeeting met werkgevers uit verschillende sectoren was men verdeeld over deze term. Aan de ene kant werd gezegd dat de term impliceert dat een jonge, talentvolle kandidaat wordt beoogd. Anderzijds werd opgemerkt dat ook ouderen 'high potential' kunnen zijn. Ook werd opgemerkt dat deze term in de context van de advertentie moet worden beoordeeld.

De Commissie kijkt bij de beoordeling van deze term mede naar de doelstelling van de WGBL. Deze wet is onder meer in het leven geroepen om vooroordelen over leeftijd in relatie tot arbeid tegen te gaan. Een oordeel dat 'high potential' alleen of vooral op jongeren slaat, bevestigt het vooroordeel dat de WGBL beoogt te bestrijden. Derhalve is de Commissie van oordeel dat met het gebruik van de term 'high potential' – tenzij uit de context van de advertentie het tegendeel blijkt – geen onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt.

2.3.2 Aantal jaren werkervaring

In personeelsadvertenties is aan de orde van de dag dat wordt gevraagd om (circa) een minimum en/of maximum aantal jaren (al dan niet relevante) werkervaring.

De Commissie is mede, gelet op hetgeen hierover tijdens de parlementaire behandeling van de ontwerp WGBL is opgemerkt, van oordeel dat met het aangeven van een ondergrens (minimum aantal jaren al dan niet relevante werkervaring of uitsluitend werkervaring zonder minimum of maximumduur) geen onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt, tenzij het gaat om een uitzonderlijk hoog aantal jaren minimale ervaring en / of de context van de advertentie aanleiding geeft tot een ander oordeel. De groep die mogelijk wordt uitgesloten, is immers relatief klein, in verhouding tot de groep die in aanmerking kan komen voor de functie. Dat ligt anders bij het vragen om een maximum aantal jaren al dan niet relevante werkervaring. Door de adviesaanvragers is een voorbeeld van een advertentie overgelegd waarin wordt gevraagd om '0-10 jaar werkervaring'. Daarmee wordt een grote groep mensen uitgesloten die over meer dan 10 jaar werkervaring beschikt. Dit zullen met name oudere kandidaten zijn, omdat zij doorgaans meer werkervaring hebben opgedaan dan jongeren. De groep die wordt uitgesloten is aanmerkelijk groter dan de groep die in verband met deze werkervaringseis in aanmerking kan komen voor de functie.

Een minimum ervaringseis zal bovendien vaak functioneel zijn voor het verrichten van een bepaald takenpakket, terwijl dit voor een maximum ervaringseis niet of in mindere mate het geval zal zijn. Het lijkt erop dat in veel gevallen waarin een maximum aantal jaren werkervaring wordt gevraagd sprake is van een verkapte leeftijdsgrens. Het vragen om een maximaal aantal jaren werkervaring levert derhalve in beginsel onderscheid op grond van leeftijd op. Dit geldt ook voor het vragen om 'circa drie tot vijf jaar ervaring', zoals in een andere door de adviesaanvragers overgelegde advertentie, omdat daarbij uit het woord 'tot' – naast een in beginsel niet onderscheid makende minimum ervaringseis - ook blijkt van een maximum ervaringseis, althans -voorkeur. De voorgaande beoordeling is onder meer gegrond op het navolgende. Tijdens de parlementaire behandeling van de ontwerp WGBL is opgemerkt dat de eis naar een aantal jaren ervaring indirect onderscheid naar leeftijd *kan* (cursivering CGB) betekenen. Worden meer jaren ervaring vereist, dan zullen relatief meer ouderen en minder jongeren worden benaderd.¹⁹

Door de regering is overwogen dat bij werving en selectie van personeel het regelmatig voorkomt dat een ervaringseis van een bepaald aantal jaren wordt gesteld. Ook dit indirecte onderscheid naar leeftijd dient objectief gerechtvaardigd te worden.²⁰

De Commissie heeft het vragen naar een aantal jaren werkervaring tijdens de op 6 september 2005 gehouden expertmeeting voorgelegd aan werkgevers uit verschillende sectoren. De meeste werkgevers zien het vragen naar werkervaring niet als een (indirect) leeftijdscriterium.

¹⁹ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 17.

²⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 34.

De vraag of een werkgever met het aangeven van een werkervaringeis van een bepaald aantal jaren zoekt naar een kandidaat van een bepaalde leeftijdscategorie werd beantwoord in de context van de advertentietekst.

2.3.3 Competenties

In personeelsadvertenties komen in de beschrijving van de gezochte kandidaat regelmatig termen voor als 'ambitieuw', 'dynamisch', 'sportief' of 'overwicht'. Kan het gebruik van deze bewoordingen potentiële sollicitanten de indruk geven dat er een voorkeur is voor kandidaten uit een bepaalde leeftijdscategorie? De Commissie kijkt bij de beoordeling van deze beschrijvingen mede naar de doelstelling van de WGBL. Deze wet is mede in het leven geroepen om vooroordelen over leeftijd in relatie tot arbeid tegen te gaan. Het oordeel dat deze beschrijvingen alleen of vooral op jongeren of juist ouderen slaan, zou het vooroordeel bevestigen dat de WGBL beoogt te bestrijden. Derhalve wordt hierbij geen onderscheid naar leeftijd gemaakt, tenzij uit de context en / of de overige bewoordingen van de advertentie van het tegendeel blijkt.

2.3.4 Verwijzing naar kenmerken of cultuur van een bedrijf of team

In personeelsadvertenties komen regelmatig (uitgebreide) beschrijvingen voor van het bedrijf en / of de afdeling waar de kandidaat zal komen te werken. Soms wordt daarbij vermeld dat de kandidaat in dat team of bedrijf moet passen of zich daarin moet kunnen thuis voelen. Door de adviesaanvragers zijn diverse advertenties overgelegd, waarin (onderscheidenlijk) de volgende aanduidingen voorkomen: 'Binnen de informele werksfeer voelen jonge, ambitieuze mensen zich thuis.', 'In staat te werken in een jonge organisatie, waar nog geen gebaande paden zijn', 'Je komt te werken in een relatief jong en enthousiast team'.

Bij de beoordeling of sprake is van (indirect) leeftijds onderscheid is de context van de advertentie relevant. Van belang kan zijn of er in de beschrijving van het bedrijf en/of team een link wordt gelegd naar de persoon van de kandidaat. Dat kan door woorden als: 'passen binnen'. Ook is van belang of uit de gekozen bewoordingen een indicatie blijkt dat mensen van een bepaalde leeftijdscategorie zich mogelijk minder dan jongeren of ouderen zullen thuis voelen of minder welkom zijn. De Commissie heeft zich uitgesproken over een advertentie waarin was opgenomen dat de kandidaat 'moet passen binnen het dynamische bedrijf (...); met een niet al te hoge gemiddelde leeftijd (...)' De Commissie oordeelde dat sprake was van onderscheid op grond van leeftijd omdat van belang is dat de advertentietekst ruimte laat voor de volgende lezing: "In de woorden 'niet al te hoge gemiddelde leeftijd' kan immers een negatief oordeel van verweerster over een hoge gemiddelde leeftijd binnen het bedrijf worden gelezen. Sollicitanten met een hoge leeftijd kunnen daar uit begrijpen dat zij minder welkom zijn bij verweerster. (...) Essentieel is dat in dit geval de gekozen bewoordingen potentiële sollicitanten erop kunnen wijzen dat er een voorkeur is voor kandidaten uit een bepaalde leeftijdscategorie".²¹

Zo laten ook de bewoordingen: 'Binnen de informele werksfeer voelen jonge, ambitieuze mensen zich thuis.', uit de door de adviesaanvragers overgelegde advertentie, ruimte voor de lezing dat oudere kandidaten zich niet of minder zullen thuis voelen in die werksfeer. Essentieel is dat ook in dit geval de gekozen bewoordingen potentiële sollicitanten erop kunnen wijzen dat er een voorkeur is voor kandidaten uit een bepaalde leeftijdscategorie. De aanduidingen 'Je komt te werken in een relatief jong en enthousiast team' en 'In staat te werken in een jonge organisatie, waar nog geen gebaande paden zijn,' bieden op zichzelf geen aanleiding voor leeftijds onderscheid. Een dergelijke beschrijving betekent geenszins dat de kandidaat ook jong moet zijn. Aannemen dat, om te kunnen werken in een jonge organisatie, de kandidaat ook jong moet zijn, bevestigt het vooroordeel dat de WGBL beoogt te bestrijden

²¹ CGB 17 juni 2005, oordelen 2005-106 en 2005-107.

2.3.5 Taalgebruik en beeldmateriaal

In advertentieteksten komen regelmatig termen (bijvoorbeeld Engelstalige termen of straattaal) voor die jongeren mogelijk meer aanspreken dan ouderen. Ook is er in advertenties een verschil in het gebruik van informeel en formeel taalgebruik, waaronder het gebruik van 'je' en 'jij' versus 'u'. Ook verschillen personeelsadvertenties van elkaar door kleurgebruik, vormgeving en / of het gebruik van foto's van personen. De vraag is of bepaald taal- en beeldgebruik (indirect) leeftijdsonderscheid tot gevolg kan hebben.

De Commissie constateert dat informeel en populair taalgebruik in toenemende mate gemeengoed is in onze samenleving. Dat geldt eveneens voor het gebruik van *je* en *jij*. Dat is onder meer zichtbaar in advertentieteksten. Op grond van de hierna aangehaalde literatuur en hetgeen naar voren kwam tijdens de expertmeeting is de Commissie van oordeel dat het gebruik in personeelsadvertenties van formeel of informeel taalgebruik en / of het gebruik van *u* of *jij* / *je* afhangt van de sector en / of de functie en niet van de leeftijd van de gezochte persoon. Dergelijk taalgebruik impliceert derhalve geen onderscheid naar leeftijd.

Voor wat betreft het gebruik van beeldmateriaal geldt dat de foto van een of meer personen van een bepaalde leeftijd op zichzelf niet kan leiden tot onderscheid op grond van leeftijd. Zoals opgemerkt tijdens de expertmeeting is een personeelsadvertentie ook een manier om bekendheid te geven aan het bedrijf/product. Een bedrijf kan uit imago-overwegingen een foto van bijvoorbeeld een jong en attractief persoon in de advertentie opnemen. Ouderen hoeven zich daardoor niet te laten weerhouden van een reactie. Het gebruik van kleuren en vormgeving zegt niets over de leeftijd van de gezochte persoon. Aannemen dat bijvoorbeeld het gebruik van felle kleuren en een moderne vormgeving alleen jongeren aanspreekt, bevestigt mogelijke vooroordelen die de WGBL beoogt te bestrijden.

Een combinatie van beeld- en taalgebruik, zoals het voorbeeld van de door de adviesaanvragers overgelegde advertentie met een foto van een jonge man, voorzien van naam en leeftijd (26 jaar), met aanduidingen van zijn (voormalige) bezigheden als student bedrijfseconomie en aanvoerder hockeyteam, die aan het woord komt en de kandidaat aanspreekt met: "Ik heb van alles gedaan voor ik aan de slag ging bij [...]. Benieuwd wat jij met je talenten kan? (...) Wij leren je graag kennen.", kan onder omstandigheden echter wel leiden tot leeftijdsonderscheid.

Bovenstaande beoordeling is onder meer gebaseerd op het navolgende.

Taalkundige dr. K.J.J. Korevaart heeft in een bespreking met de Commissie erop gewezen dat termen in advertenties veelal bewust worden gebruikt om bijvoorbeeld jonge kandidaten aan te spreken. Het gaat daarbij vaak om indirecte sturing in tekst en beeld, onder meer met gebruik van stereotyperingen. Het kan daarbij gaan om een combinatie van tekst, zowel qua vorm (waaronder woordkeuze en *je/u* gebruik) als inhoud, en beeldgebruik.

Sterke sturing gaat aldus Korevaart uit van een zogenoemde 'testimonial', waarbij de tekst van de advertentie afkomstig is of lijkt te zijn van de persoon op de foto in de advertentie. De gezochte persoon moet zijn zoals de persoon in de advertentie, aldus Korevaart.

Tijdens de expertmeeting is door de aanwezige werkgevers erkend dat werkgevers zich via populair taalgebruik en door het gebruik van foto's van personen kunnen richten tot bepaalde doelgroepen, waaronder ook leeftijdsdoelgroepen. Daarbij werd echter ook opgemerkt dat dit tevens gebeurt door de keuze voor de bladen waarin de advertentie wordt geplaatst. Voorts werd opgemerkt dat een personeelsadvertentie ook een manier is om bekendheid te geven aan het bedrijf/ product en dat een bedrijf zich uit imago-overwegingen afficheert met een foto van bijvoorbeeld een jong en attractief persoon. Over de advertentietekst met de foto van een jonge man, voorzien van naam en leeftijd (26 jaar), met aanduidingen van zijn (voormalige) bezigheden waren alle aanwezigen het er over eens dat met deze advertentietekst werd gezocht naar een jonge, pas afgestudeerde kandidaat.

Tijdens de expertmeeting benadrukten de aanwezige werkgevers dat informeel taalgebruik en het gebruik van *je* / *jij* in advertenties inmiddels gemeengoed is en niets zegt over de leeftijd van de gezochte persoon. Formeel taalgebruik en het gebruik van *u* en *je/jij* is wel afhankelijk van de sector en/of de functie.

L. Hage schrijft over het gebruik van 'je', 'jij' en 'u' in een artikel in *Onze Taal*:

“Een andere manier om indirect aan te geven naar wat voor persoon een bedrijf op zoek is, is de gezochte aanspreken met *u* of juist met *je* en *jij*. (...) De oudere lezer zal bij het lezen van dit soort advertenties al snel denken dat de vacature niet voor hem of haar bedoeld is. Overigens kan het gebruik van *je* ook op iets anders duiden: een informele bedrijfscultuur, Jan Erik Grezel in zijn artikel: *U of jij: wat moet je nou?* (*Onze Taal* oktober 2002): ‘Ook op het werk is het veelal *je* en *jij*, hoe de hiërarchie ook is.’ Dat geldt in ieder geval voor verzekeringsmaatschappij [...], die in een personeelsadvertentie laat weten: ‘De je-vorm in deze advertentie is een afspiegeling van onze bedrijfscultuur. Graag nodigen we mensen van alle leeftijden uit om te reageren.’”²²

Uit onderzoek naar aanspreekvormen in Nederland blijkt van een verschuiving van *u* naar *je* / *jij* in de twintigste eeuw. Er lijkt een systeem in het gebruik van *u* en *je* / *jij* te bestaan dat hoofdzakelijk is gebaseerd op status en solidariteit. Groepen met een hoge status worden meestal met *u* aangesproken. Hier heeft het *u*-gebruik waarschijnlijk de functie van beleefdheid, respect en distantie die verenigd zijn in het begrip status. Ten opzichte van groepen jongeren en vrouwen en als men een groot publiek wil bereiken, zien we meestal *je* / *jij*.²³

Over een combinatie van beeld en tekst heeft de Commissie tot op heden uitsluitend geoordeeld op de grond geslacht. Zo heeft de Commissie geoordeeld over een advertentietekst waarin een vrouw werd geportretteerd. In die zaak bleek het onderscheid op grond van geslacht echter al uit de vraag om een vakvrouw.²⁴

Ook bij een advertentie met een afbeelding van enkele vrouwen met een tekst waarin wordt gevraagd om ‘een extra vriendin die hen parttime wil komen ondersteunen’, is geoordeeld dat sprake was van onderscheid op grond van geslacht.²⁵

2.4 Samenvatting hoofdstuk 2

In dit hoofdstuk is besproken wanneer sprake is van onderscheid op grond van leeftijd, niet of dat onderscheid verboden is. Onderscheid kan immers objectief gerechtvaardigd zijn. In welke situaties sprake is van een objectieve rechtvaardiging komt aan de orde in hoofdstuk 3.

In dit hoofdstuk geeft de Commissie aan dat de duidelijkste vorm van onderscheid op grond van leeftijd in advertentieteksten is het vragen naar sollicitanten van (ongeveer, minimaal of maximaal) een bepaalde leeftijd of leeftijdscategorie, zoals ‘leeftijd tussen 24 en 34 jaar’. Direct onderscheid omvat meer dan alleen getalsmatige leeftijds aanduidingen. Ook bij het gebruik van aanduidingen als jong en oud, is sprake van een rechtstreekse verwijzing naar leeftijd.

Uit de beschrijving van competenties als ‘ambitieuw’, ‘dynamisch’, ‘sportief’ of ‘overwicht’ blijkt geen voorkeur voor kandidaten uit een bepaalde leeftijdscategorie. Een oordeel dat deze competenties alleen of vooral op jongeren of juist ouderen slaan, zou het vooroordeel bevestigen dat de WGBL beoogt te bestrijden.

Over aanduidingen met betrekking tot carrièrefasen is de Commissie van oordeel dat, hoewel starters, pas afgestudeerden en ‘juniors’ en dergelijke van alle leeftijden kunnen zijn (denk aan herintreders of carrièreswitchers), door het gebruik van termen als ‘aankomend’, ‘pas afgestudeerd’, ‘starter / startende’ en ‘junior’, vooral jongeren worden benaderd / ingesloten en relatief weinig ouderen. Dit geldt vice versa voor het gebruik van de term ‘senior’. Op grond daarvan is bij het gebruik van dergelijke termen in beginsel sprake van onderscheid op grond van leeftijd, tenzij de context van de advertentie een ander oordeel met zich brengt.

Verwijzingen naar tweede en volgende stappen in de carrière, zoals de advertentietekst “Toe aan een volgende stap in uw carrière?” bieden daarentegen onvoldoende aanwijzingen dat de advertentie vooral mensen van een bepaalde leeftijdscategorie zal aanspreken. Deze termen zijn derhalve voorshands niet onderscheidmakend.

²² L. Hage, “Jij zoekt een nieuwe uitdaging?” Verborgene leeftijdseisen in personeelsadvertenties, *Onze Taal* 2003-6, p. 168 en 169.

²³ J.A.M. Vermaas, *Veranderingen in de Nederlandse aanspreekvormen van de dertiende t/m de twintigste eeuw*, Utrecht, LOT 2002.

²⁴ CGB 27 december 1994, oordeel 1994-04.

²⁵ CGB 19 maart 2002, oordeel 2002-27.

Over het vragen naar een minimum en/of maximum aantal jaren werkervaring oordeelt de Commissie als volgt. Met het aangeven van een ondergrens (minimum aantal jaren al dan niet relevante werkervaring) wordt geen onderscheid naar leeftijd gemaakt, tenzij het gaat om een uitzonderlijk hoog aantal jaren minimale ervaring en / of de context van de advertentie aanleiding geeft tot een ander oordeel. De groep die mogelijk wordt uitgesloten is immers relatief klein, in verhouding tot de groep die in aanmerking kan komen voor de functie. Dat ligt anders bij het vragen om een maximum aantal jaren werkervaring. De groep die wordt uitgesloten is daarbij doorgaans aanmerkelijk groter dan de groep die in verband met deze werkervaring in aanmerking kan komen voor de functie.

Ten aanzien van verwijzingen naar kenmerken of cultuur van een bedrijf of team is de Commissie van oordeel dat van belang kan zijn of er in de beschrijving van het bedrijf en/of team een link wordt gelegd naar de persoon van de kandidaat. Ook is van belang of uit de gekozen bewoordingen een indicatie blijkt dat mensen van een bepaalde leeftijdscategorie zich mogelijk minder dan jongeren of ouderen zullen thuis voelen of minder welkom zijn. De aanduidingen 'Je komt te werken in een relatief jong en enthousiast team' en 'In staat te werken in een jonge organisatie, waar nog geen gebaande paden zijn,' bieden op zichzelf geen aanleiding om leeftijds onderscheid aan te nemen. Het oordeel dat wie kan werken in een jonge organisatie, ook jong moet zijn, zou immers het vooroordeel bevestigen dat de WGBL beoogt te bestrijden.

Over het gebruik in personeelsadvertenties van formeel of informeel taalgebruik en / of het gebruik van *u* of *jij* / *je* is de Commissie van oordeel dit afhangt van de sector en / of de functie en niet van de leeftijd van de gezochte persoon. Dergelijk taalgebruik impliceert derhalve geen onderscheid naar leeftijd.

Een combinatie van (leeftijds)aanduidingen die op zichzelf niet onderscheidmakend zijn, kan onder omstandigheden toch onderscheid naar leeftijd opleveren.

Voor wat betreft het gebruik van beeldmateriaal geldt dat de foto van een of meer personen van een bepaalde leeftijd op zichzelf niet leidt tot onderscheid op grond van leeftijd.

Aannemen dat bijvoorbeeld het gebruik van felle kleuren en een moderne vormgeving alleen jongeren zal aanspreken, bevestigt vooroordelen die de WGBL beoogt te bestrijden. Een combinatie van beeld- en taalgebruik kan onder omstandigheden echter wel leiden tot leeftijds onderscheid.

3 Objectieve rechtvaardiging

3.1 Inleiding

De WGBL kent een iets andere systematiek dan de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). De AWGB kent een zogenoemd gesloten systeem. Dat wil zeggen dat direct onderscheid is verboden, tenzij er voor het gemaakte onderscheid in de wet expliciet een uitzondering is gemaakt. Direct onderscheid op in de AWGB genoemde gronden kan nimmer objectief worden gerechtvaardigd. Alleen indirect onderscheid is in de AWGB niet verboden als er voor het onderscheid een objectieve rechtvaardiging bestaat.

Bij de WGBL is bewust afgezien van dit gesloten systeem en is gekozen voor een halfopen systeem. Dit betekent dat direct noch indirect onderscheid op grond van leeftijd is verboden als er voor het onderscheid een objectieve rechtvaardiging bestaat.

In artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdelen a en b, WGBL worden twee van de drie gevallen genoemd waarin het onderscheid naar het oordeel van de wetgever objectief gerechtvaardigd is. Hierin is bepaald dat het verbod van onderscheid niet geldt indien het onderscheid:

- Gebaseerd is op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van de arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens wet;
- 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.

Deze gevallen komen in dit advies niet aan de orde.²⁶

Onderscheid op grond van leeftijd kan ook buiten de in de onderdelen a en b genoemde gevallen objectief gerechtvaardigd zijn, als sprake is van een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (artikel 7, eerste lid, onderdeel c WGBL). De criteria voor de objectieve rechtvaardiging vloeien voort uit artikel 6 van de Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.²⁷ De richtlijn sluit aan bij de criteria die zijn ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) inzake objectieve rechtvaardiging van indirect onderscheid op grond van geslacht.

Het maken van onderscheid op grond van leeftijd is onder omstandigheden gerechtvaardigd. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het beoogde doel te bereiken.

Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel. Pas als aan al deze voorwaarden is voldaan levert het onderscheid geen strijd op met de WGBL.

Zoals in hoofdstuk 2 is besproken wordt het stellen van een directe of indirecte leeftijdsindicatie in een vacature aangemerkt als onderscheid op grond van leeftijd bij de aanbidding van de betrekking. In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op de vraag wanneer het maken van een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is in de zin van artikel 7, eerste lid, onderdeel c, WGBL. Of sprake is van onderscheid op een van de andere in de gelijke behandelingswetgeving beschermde gronden, zoals geslacht, valt buiten het bestek van dit advies.

Tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat uit jurisprudentie van het HvJ EG inzake de objectieve rechtvaardiging van indirect onderscheid op grond van geslacht kan worden afgeleid dat de aan te voeren rechtvaardiging voor het maken van onderscheid op grond van leeftijd, steeds goed moet zijn onderbouwd. Te algemene of generaliserende argumenten zullen in het algemeen een onvoldoende rechtvaardiging opleveren.²⁸

Zoals ook de wetgever heeft gesteld, geldt in zijn algemeenheid dat slechts van geval tot geval en aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval beoordeeld kan worden of er al dan niet sprake is van een objectieve rechtvaardiging.²⁹ In dit hoofdstuk worden voor verschillende soorten objectieve rechtvaardigingen, uitgangspunten voor de beoordeling op een rij gezet. Afhankelijk van de omstandigheden kan de beoordeling in concrete gevallen anders zijn.

²⁶ In het te verschijnen advies van de Commissie over leeftijdsonderscheid in de supermarktbranche zal worden besproken of bij het vragen om werknemers vallende onder het minimumjeugdloon of jeugdschalen sprake is van een uitzondering op het verbod van onderscheid als bedoeld in artikel 7, eerste lid, aanhef en onder a, WGBL.

²⁷ Richtlijn nr. 2000/78/EG (PbEG 2000, L 303) (zie noot 2).

²⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 25.

²⁹ Zie onder meer Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 24.

3.2 Objectieve rechtvaardiging voor het opnemen van een leeftijdsvereiste in vacatures

3.2.1 Leeftijdsvereiste in verband met persoonlijke competenties

Uit de door de adviesaanvragers voorgelegde voorbeelden blijkt dat werkgevers vaak een directe (18-30 jaar, minimaal 25 jaar of 'jong') of indirecte (student of ervaring) leeftijdsvereiste stellen in vacatures, omdat zij op die manier de kandidaten menen te krijgen die beschikken over de competenties die nodig of wenselijk worden geacht voor de vervulling van de betreffende functie. Die competenties zijn bijvoorbeeld flexibiliteit of overzicht. Het doel van het stellen van het leeftijdsvereiste (flexibiliteit of overzicht) zal over het algemeen legitiem zijn, omdat er voor de werkgever een daadwerkelijke behoefte is aan en/of een zwaarwegend belang is bij een werknemer die voldoet aan deze competenties.

Ter beoordeling van de passendheid van het middel is van belang dat het koppelen van bepaalde competenties of eigenschappen aan een bepaalde leeftijd, leeftijds categorieën of levensfase al snel generaliserend is. Een dergelijke koppeling zal immers over het algemeen gebaseerd zijn op vooroordelen en alleen daarom al niet altijd opgaan. Het opnemen van een leeftijdsvereiste of levensfase zal in veel gevallen als een niet passend middel worden gekwalificeerd omdat het leeftijdsvereiste immers niet per definitie zal leiden tot de kandidaat die voldoet aan de gewenste competenties. Een oudere kandidaat heeft bijvoorbeeld niet altijd het gewenste overzicht en een jonge kandidaat is niet per definitie flexibel. Evenmin zal het een jongere kandidaat altijd aan overzicht ontbreken en zal een oudere kandidaat ook flexibel kunnen zijn. Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van het middel is van belang of er een alternatief is om het doel (kandidaten die beschikken over de competenties die nodig of wenselijk zijn voor de vervulling van de functie) te bereiken, namelijk het opnemen van de gewenste competentie of eigenschap (overzicht of flexibiliteit) in de advertentie, in plaats van het leeftijdsvereiste. Bij dit alternatief wordt geen (of minder) onderscheid op grond van leeftijd gemaakt.

Een leeftijdsvereiste in verband met gewenste competenties zal daarom over het algemeen als niet noodzakelijk worden aangemerkt. In die zin heeft de Commissie reeds geoordeeld in de oordelen CGB 2005-113 en 2005-114.³⁰ In deze zaken werd een indirect leeftijdsvereiste gesteld, te weten 'naast je studie werken'. De Commissie achtte dit onderscheid niet objectief gerechtvaardigd. Verweerder had namelijk het doel dat hij voor ogen had - het werven van flexibele kandidaten met de up-to-date kennis van informatica - ook kunnen bereiken door het expliciet stellen van deze eisen aan de kandidaten. Het student-zijn als eis was hiervoor niet noodzakelijk.

Vergelijk de volgende advertenties die door de adviesaanvrager zijn voorgelegd, met een telkens een korte toelichting van de werkgever op het doel van het leeftijdsvereiste:

- **Baan in bediening bij een restaurant**

De werknemer dient maximaal 50 jaar te zijn. De werkgever heeft desgevraagd aangegeven dat dit leeftijdsvereiste is gesteld in verband met de zware fysieke arbeid.

Het doel, het werven van kandidaten die de zware fysieke arbeid aankunnen, is legitiem als aangenomen kan worden dat het voorziet in een zwaarwegend belang of beantwoordt aan een werkelijke behoefte van de werkgever. Ter beoordeling van de passendheid van het middel is van belang dat het leeftijdsvereiste gebaseerd lijkt te zijn op vooroordelen over oudere en jongere werknemers. Uitsluitend indien zou kunnen worden aangetoond dat werknemers ouder dan 50 jaar de betreffende arbeid over het algemeen niet aankunnen, kan het middel geschikt zijn. Er zullen echter voldoende 50-plussers zijn die daartoe wel in staat zijn. Tevens zullen er personen van jonger dan 50 jaar zijn voor wie de arbeid te zwaar zal zijn. Ter beoordeling van de noodzakelijkheid van het middel is van belang dat in de vacature kan worden aangegeven dat het fysiek zware arbeid betreft en dat de kandidaat daarom in goede conditie moet zijn.

³⁰ CGB 23 juni 2005, oordelen 2005-113 en 2005-114.

- **Huismeester**

Er wordt voor deze functie een leeftijdsindicatie van circa 35 jaar gegeven. De werkgever heeft desgevraagd aangegeven dat de kandidaat over overwicht, gezag en levenservaring moet beschikken en zelfstandig moet kunnen werken.

Indien deze eigenschappen nodig zijn voor een goede vervulling van de functie zal het doel voorzien in een zwaarwegend belang en/of beantwoorden aan een werkelijke behoefte van de werkgever, en legitiem zijn.

Het middel is echter niet passend, aangezien er ook kandidaten zijn die over deze eigenschappen beschikken, maar desalniettemin (veel) jonger of ouder dan 35 jaar zijn. Voorts beschikt niet iedere kandidaat van ongeveer 35 jaar over deze eigenschappen. Daarnaast geldt dat er een alternatief is om zonder leeftijdsonderscheid het doel (wellicht beter) mee te bereiken, namelijk het in de advertentie opnemen van de gewenste competenties in de vacature.

- **Objectleiders bij schoonmaakorganisatie**

Er wordt gevraagd om een kandidaat van minimaal 25 jaar. Desgevraagd heeft de werkgever aangegeven dat deze leeftijdseis wordt gesteld omdat de objectleider indien hij/zij jonger is, niet geaccepteerd zal worden door het schoonmaakpersoneel.

Hier lijkt het verkrijgen van een kandidaat met overwicht het doel te zijn. Dat doel is legitiem als aangenomen kan worden dat het voorziet in een zwaarwegend belang en/of beantwoordt aan een werkelijke behoefte van de werkgever. Het middel is echter niet passend, omdat er ook kandidaten van jonger dan 25 jaar zijn die over deze eigenschap beschikken. Voorts beschikt niet iedere kandidaat van boven de 25 jaar wel over deze eigenschap. De eigenschap van overwicht is niet per definitie gekoppeld aan een bepaalde leeftijd. Het middel zal daarom niet passend zijn. Ook zal het middel niet noodzakelijk zijn, omdat de competentie overwicht in de vacature kan worden opgenomen.

- **Medewerker café**

Er wordt gevraagd om een 'student'. De werkgever heeft desgevraagd aangegeven dat een student wordt gevraagd in verband met de flexibele inzetbaarheid en de wens om iemand parttime te laten werken.

Het kan beantwoorden aan een werkelijke behoefte van de werkgever of voorzien in een zwaarwegend belang dat iemand flexibel inzetbaar is en dat deze slechts parttime zal willen werken. Het doel zal in dat geval legitiem zijn. Het middel is echter niet passend, omdat studenten - bijvoorbeeld in verband met een druk studieprogramma - niet noodzakelijkerwijs flexibel inzetbaar zullen zijn en ook niet-studenten juist wel aan deze eisen kunnen voldoen. Het middel is evenmin noodzakelijk, nu ook kan worden aangegeven dat het een parttime baan betreft en dat de werknemer flexibel inzetbaar moet zijn.

3.2.2 Leeftijdsvereiste in verband met ervaringseisen.

Zoals in 2.3.2 is besproken, zal het vragen naar een *minimum* aantal jaren werkervaring over het algemeen geen onderscheid op grond van leeftijd opleveren. Indien op grond van de context van de advertentie echter niettemin moet worden geconcludeerd dat er sprake is van onderscheid op grond van leeftijd, geldt dat dit onder omstandigheden objectief gerechtvaardigd zal kunnen zijn. Zoals tijdens de parlementaire behandeling is gesteld, zal dan wel aannemelijk moeten worden dat een aantal jaren ervaring noodzakelijk is om de specifieke werkzaamheden, die de werknemer zullen worden opgedragen, naar behoren te kunnen verrichten.³¹ Het doel zal in dergelijke gevallen vaak zijn dat de werknemer de specifieke werkzaamheden (op zo kort mogelijke termijn) naar behoren zal kunnen verrichten. Als dit doel voorziet in een zwaarwegend belang en/of beantwoordt aan een werkelijke behoefte van de werkgever, is sprake van een legitiem doel.

³¹ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 34.

Als een aantal jaren (algemene) werkervaring is gevraagd, zonder de eis dat het moet gaan om voor de functie relevante werkzaamheden, kan het doel zijn dat de kandidaat bekend is met een werkritme en werkomgeving. Een dergelijk doel kan voorzien in een zwaarwegend belang en beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Het middel – het stellen van een *minimum* aantal jaren (al dan niet relevante) werkervaring zal doorgaans passend zijn om de voormelde doelen te bereiken. Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van het middel is met name relevant of het gevraagde aantal jaren werkervaring in evenredige verhouding staat tot het doel.

In het hierna aangehaalde voorbeeld van de medewerker in de retailmarketing, waarbij zowel een minimum- als maximumgrens wordt gesteld aan het aantal jaren ervaring in verband met (onder meer) de inhoud en zwaarte van de functie, geldt het bovenstaande in ieder geval ten aanzien van de minimumgrens aan ervaring, indien er op grond van de context van de advertentie door dit vereiste sprake is van onderscheid op grond van leeftijd.

Zoals reeds is overwogen in paragraaf 2.3.1. is bij het vragen om een senior [accountant] of een junior [adviseur] geen sprake van leeftijdsonderscheid, tenzij uit de context van de advertentie van het tegendeel blijkt. Indien uit de advertentie blijkt dat (toch) wordt geduid op de senioriteit / het junior-zijn van de kandidaat en competenties die verondersteld worden daarmee samen te hangen, zal het oordeel van de Commissie als volgt luiden. Het middel zal niet noodzakelijk zijn omdat een niet, althans minder onderscheidmakend middel voorhanden is waarmee het doel bereikt kan worden. De werkgever had kunnen kiezen voor het opnemen van de vereiste competenties van de kandidaat.

Zoals in 2.3.2 is overwogen zal bij het vragen van een maximum aantal jaren werkervaring over het algemeen sprake zijn van onderscheid op grond van leeftijd, tenzij uit de context van de advertentie blijkt dat hiervan geen sprake is. Bij de bovengrens die wordt gesteld, het gestelde *maximum* aantal jaren werkervaring, zullen medewerkers met meer jaren werkervaring, veelal oudere werknemers, worden uitgesloten. De werkgever zal moeten toelichten wat het doel is van dit leeftijdsonderscheid en zal moeten onderbouwen waarom dit beantwoordt aan een werkelijke behoefte en/of voorziet in een zwaarwegend belang. Indien het doel is dat de werknemer een functie goed moet kunnen vervullen, zal er weliswaar sprake zijn van een legitiem doel, omdat een goede vervulling van de functie voldoet aan een werkelijke behoefte van de werkgever en dit in zichzelf niet discriminerend is.

Voor de passendheid van het middel zal de werkgever echter moeten onderbouwen waarom een werknemer die meer jaren ervaring heeft de functie niet goed zal kunnen vervullen. De Commissie kan zich vooralsnog geen situaties voorstellen waarin het hebben van meer jaren ervaring een negatieve invloed heeft op het functioneren van de werknemer. Het stellen van een maximale werkervaringseis zal daarom doorgaans niet geschikt zijn om het doel te bereiken.

In het hieronder genoemde voorbeeld van de medewerker retailmarketing wil de werkgever voorkomen dat iemand te ervaren is voor de werkzaamheden die gevraagd worden of dat iemand gezien zijn ervaring te weinig verdient. De werkgever had in plaats van een maximum ervaringseis, ook de werkzaamheden in de vacature kunnen beschrijven en een salarisindicatie kunnen geven. Kandidaten die zichzelf 'te zwaar' vinden voor de functie, vanwege de werkzaamheden of het salaris, zullen in dat geval niet solliciteren. Daarmee kunnen geschikte kandidaten worden aangesproken zonder onderscheid naar leeftijd te maken bij de aanbieding van de betrekking. In het onderhavige geval is daarom geen sprake van een noodzakelijk middel.

Vergelijk de volgende advertentie die door de adviesaanvrager is voorgelegd, met een korte toelichting op het doel van de werkgever:

- **medewerker in retailmarketing**

In dit voorbeeld wordt een werkervaringeis in de retailmarketing tussen de 2 en 6 jaar gesteld. De werkgever heeft aangegeven dat deze eis is gesteld in verband met de goede vervulling van de functie en het voorkomen dat een werknemer voor wat betreft werkzaamheden en salarisniveau overgekwalificeerd is.

Ten aanzien van de minimumgrens van 2 jaar werkervaring:

In beginsel geldt dat het stellen van een minimale werkervaringeis geen onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft (zie 2.3.2). Een maximale leeftijdsgrens heeft over het algemeen onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg. Voor de grens van maximaal 6 jaar ervaring in de retailmarketing geeft de werkgever in het onderhavige geval als reden dat de werknemer bij meer ervaring buiten het niveau van de functie zal vallen, met name door het salarisniveau en het niveau van de uit te voeren werkzaamheden. Het doel van het onderscheid is derhalve een goede vervulling van de functie, waarbij de werknemer niet buiten het niveau van de functie valt voor wat betreft salaris en werkzaamheden. Zoals reeds in deze paragraaf is overwogen is dit doel legitiem. In het kader van de passendheid van het middel zal de werkgever moeten onderbouwen waarom een werknemer die meer dan zes jaar ervaring heeft de functie niet goed kan vervullen en/of buiten het niveau van de functie valt. De Commissie is van oordeel dat het stellen van een maximum ervaringeis over het algemeen niet passend zal zijn voor een goede vervulling van een functie. Het middel is niet noodzakelijk om de volgende reden. Indien de werkgever wil voorkomen dat iemand te ervaren is voor de werkzaamheden die gevraagd worden of dat iemand gezien zijn ervaring te weinig verdient, kunnen de werkzaamheden in de vacature worden beschreven. Tevens kan een salarisindicatie worden gegeven. Kandidaten die zichzelf 'te zwaar' vinden voor de functie, vanwege de werkzaamheden of het salaris zullen in dat geval niet solliciteren. Daarmee kunnen geschikte kandidaten worden aangesproken zonder onderscheid naar leeftijd te maken bij de aanbidding van de betrekking.

3.2.3 Leeftijdsvereiste verband houdende met samenstelling team/personeelsopbouw

Het stellen van een leeftijdsvereiste, in verband met de samenstelling van het team zal in een beperkt aantal gevallen objectief gerechtvaardigd zijn.

Bij het stellen van een leeftijdsgrens wordt op verschillende manieren een beroep gedaan op de personeelssamenstelling.

Jong team / bedrijf

Regelmatig wordt naar voren gebracht dat oudere kandidaten niet binnen het jonge team passen en dat daarom om jonge(re) kandidaten wordt gevraagd.

De wens om een jong team in stand te houden is op zichzelf geen legitiem doel, omdat dit in zichzelf discriminerend is. De Commissie heeft in die zin geoordeeld in de oordelen 2005-199 en 2005-202.³² Door slechts jonge werknemers aan te nemen wordt de situatie in stand gehouden, waardoor een oudere kandidaat niet in aanmerking komt voor een functie, terwijl er geen redenen zijn om aan te nemen dat een (qua leeftijd) meer gevarieerd team niet eveneens goed kan functioneren.

De werkgever zal zichzelf dan ook de vraag moeten stellen waarom een jong team van belang is en waarom een naar leeftijd gevarieerd team niet zou kunnen functioneren. Deze assumptie lijkt te zijn gebaseerd op vooroordelen over oudere en jongere werknemers. Slechts indien een werkgever gedegen kan motiveren en onderbouwen waarom een jong team van belang is en een naar leeftijd gevarieerd team niet goed zou functioneren, zal sprake kunnen zijn van een legitiem doel. De Commissie kan zich echter vooralsnog geen situaties voorstellen waarin sprake is van een zwaarwegend belang bij en/of een werkelijke behoefte aan een jong team. Overigens dient te worden opgemerkt dat het niet vaak voorkomt dat werkgevers een oudere kandidaat wensen in verband met de omstandigheid dat het team over het algemeen uit oudere werknemers bestaat. In dat geval wordt juist aangevoerd dat de werkgever een naar leeftijd gevarieerd team wenst.

³² CGB 20 oktober 2005, oordelen 2005-199 en 2005-202.

Leeftijdsopbouw team / bedrijf

Een goede verdeling van jong en oud binnen een team/ bedrijf als doel voor het maken van onderscheid is naar het oordeel van de Commissie op zichzelf geen legitiem doel. Bij de beoordeling van de vraag of het doel legitiem is, is van belang of de werkgever kan onderbouwen dat er een werkelijke behoefte is aan en/of een zwaarwegend belang is bij een qua leeftijd gevarieerd team. Zo zal de wens van een gevarieerde leeftijdsopbouw van het personeel bijvoorbeeld ingegeven kunnen zijn door het idee dat oudere werknemers meer expertise hebben en dat jongere werknemers juist een frissere kijk op bepaalde zaken hebben. Dit argument lijkt echter gebaseerd te zijn op vooroordelen. Zoals onder 3.1 reeds is gesteld zal een dergelijk generaliserend argument niet kunnen leiden tot een objectieve rechtvaardiging. Een werkgever zal zich de vraag zal moeten stellen waarom hij een naar leeftijd gevarieerd team noodzakelijk acht. Hij zal daarbij tevens moeten nagaan of deze wens is gebaseerd op vooronderstellingen over jongere en oudere werknemers.

Voordat de WGBL in werking trad heeft de Commissie in een aantal zaken over seksdiscriminatie geoordeeld over het hanteren van leeftijdsgrenzen in verband met een evenwichtige leeftijdsopbouw. In deze oordelen werd een maximum leeftijdsvereiste gehanteerd bij de aanstelling van onderzoekers in opleiding of postdocs. Volgens de Commissie leidde het leeftijdsvereiste tot indirect onderscheid op grond van *geslacht*, omdat veelal (herintredende) vrouwen moeilijker aan deze leeftijdseisen kunnen voldoen. De verweerder wilde met het leeftijdsvereiste een evenwichtige leeftijdsopbouw bewerkstelligen. De Commissie oordeelde dat een beroep op een evenwichtige leeftijdsopbouw te algemeen is. Niet duidelijk en dus niet toetsbaar was wat de gewenste leeftijdsopbouw zou moeten zijn.³³ In oordeel 2005-37 werd in het kader van de objectieve rechtvaardiging een beroep gedaan op de teamsamenstelling.³⁴ De Commissie heeft geoordeeld dat dit argument een onvoldoende rechtvaardiging vormt voor de leeftijdseis. Verweerder zelf vond dit overigens ook. Hij gaf daarbij aan dat hij in de toekomst geen leeftijdsgrenzen meer zou hanteren.

Mede gelet op het bovenstaande wordt een beroep op een evenwichtige leeftijdsopbouw zonder nadere motivering te algemeen geacht en kan deze daarom niet leiden tot een objectieve rechtvaardiging.

De Commissie ziet vooralsnog geen situaties waarin er een werkelijke behoefte is aan of een zwaarwegend belang is bij een bepaalde samenstelling van het team.

Vergelijk de volgende advertenties die door de adviesaanvragers zijn voorgelegd, met een korte toelichting op het doel van de werkgever:

- **Vertegenwoordigster**

Gevraagd wordt om een kandidaat tussen de 20 en 28 jaar. Desgevraagd is door de werkgever aangegeven dat het doel is het herstellen van de balans tussen jong en oud binnen het bedrijf. Voor de beoordeling van de legitimiteit van het doel moet worden gezien of het doel beantwoordt aan een werkelijke behoefte en/of voorziet in een zwaarwegend belang. De werkgever zal daartoe moeten aangeven wat een juiste balans tussen jong en oud is en zal vervolgens moeten motiveren waarom dit de juiste balans is voor zijn bedrijf en in hoeverre dit beantwoordt aan een werkelijke behoefte en/of voorziet in een zwaarwegend belang. Indien hij hierin slaagt zal het doel legitiem zijn. Tevens zal het middel in dat geval passend en noodzakelijk kunnen zijn.

- **Projectadviseur**

Gevraagd wordt om iemand tussen de 28 en 35 jaar. De werkgever heeft desgevraagd aangegeven dat het doel van dit leeftijds onderscheid (onder meer) is om reflectanten te krijgen die vanuit een jonger perspectief een bijdrage kunnen leveren, nu de gemiddelde leeftijd van het personeel rond de 50 jaar ligt.

De werkgever zal moeten motiveren wat een bijdrage vanuit jonger perspectief is en of dit voldoet aan een werkelijke behoefte en / of voorziet in een zwaarwegend belang. Voorts moet worden beoordeeld of sprake is van een discriminerend oogmerk alvorens kan worden

³³ CGB 13 oktober 1997, oordelen 1997-106 en 1997-108.

³⁴ CGB 14 maart 2005, oordeel 2005-37.

beoordeeld of sprake is van een legitiem doel. Bij de vraag of het middel passend en noodzakelijk is zal de vraag waarom een 'oudere' werknemer dit niet kan leveren een rol spelen. De werkgever zou dit nader moeten motiveren.

Continuïteit bedrijf

Sommige werkgevers willen jonge werknemers om zo de continuïteit van het bedrijf te garanderen, omdat sprake is van een hoge gemiddelde leeftijd bij de zittende werknemers. Ten aanzien van dit argument geldt het volgende.

Als de continuïteit binnen een bedrijf in het gedrang komt, kan dit een werkelijke bedreiging vormen voor het voortbestaan van het bedrijf. Ook tijdens de parlementaire geschiedenis is op dit onderwerp ingegaan en is daarover het volgende opgemerkt. "Gesteld is dat het maken van onderscheid in verband met een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang objectief gerechtvaardigd kan zijn. Er moet daarbij sprake zijn van een duidelijke relatie tussen het onderscheid en een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang.

Tevens moet het onderscheid op grond van leeftijd noodzakelijk zijn. Onder zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang kunnen belangen van verschillende aard worden opgevat. Daarbij moet bijvoorbeeld gedacht worden aan belangen, zoals de continuïteit van het bedrijf, de bedrijfsvoering en de werkgelegenheid van de andere werknemers. Financiële belangen kunnen daarbij mede een rol spelen. Het kan bijvoorbeeld voor de continuïteit en de bedrijfsvoering van een onderneming van belang zijn werknemers uit een bepaalde leeftijdscategorie te werven voor leidinggevende functies om een meer evenwichtige leeftijdsopbouw van het management binnen de onderneming te realiseren, omdat de meerderheid van het leidinggevend personeel tegen de pensioengerechtigde leeftijd aanzit."³⁵ Indien –in uitzonderlijke gevallen - een groot gedeelte van het personeel de pensioengerechtigde leeftijd nadert, kan aanvulling van het personeelsbestand met jongere kandidaten noodzakelijk zijn om de continuïteit te garanderen. Indien een groot gedeelte van het personeel gelijktijdig uit dienst treedt kan bepaalde kennis verloren gaan. Het doel –de continuïteit van het bedrijf garanderen- voorziet in dat geval in een zwaarwegend belang en beantwoordt aan een werkelijke behoefte. De vraag zal echter zijn of de werkgever, om dit doel te bereiken, gebaat is bij het aannemen van (zeer) jonge kandidaten. Mogelijk kunnen (iets) oudere werknemers - die nog ver verwijderd kunnen zijn van de pensioengerechtigde leeftijd - evenzeer of zelfs meer bijdragen aan dit doel. Uit gegevens over de arbeidsmobiliteit blijkt namelijk dat de arbeidsmobiliteit van jongere werknemers aanzienlijk groter is dan die van oudere werknemers.³⁶ Werknemers tussen de 25 en 34 jaar wisselen twee keer zo vaak van baan als werknemers tussen de 45 en 54 jaar. Ook de functie, het opleidingsniveau en de bedrijfsgrootte spelen een rol bij de mate waarin werknemers arbeidsmobiel zijn. Het zal dus de vraag zijn of het aannemen van een jongere werknemer het gewenste effect zal hebben. Indien een werknemer van bijvoorbeeld 50 jaar nog 10 jaar in dienst blijft en een werknemer van 35 jaar maar 5 jaar, zal de oudere werknemer meer bijdragen aan de continuïteit dan de jongere werknemer. Het middel is in dat geval niet passend. Bovendien is er het alternatief om te vragen naar personeel dat van plan is lang in dienst te blijven.

Vergelijk de volgende advertenties die door de adviesaanvrager zijn voorgelegd, met een korte toelichting op het doel van de werkgever.

- **Projectadviseur**

Gevraagd wordt naar een kandidaat van 28 tot 35 jaar, in verband met het feit dat de gemiddelde leeftijd van het personeel rond de 50 jaar ligt. Er moet (onder meer) versterking van onderaf komen om de continuïteit van het bedrijf te garanderen.

De Commissie oordeelt dat het doel legitiem is, mits de werkgever kan aantonen dat een groot deel van het personeel tegen de pensioengerechtigde leeftijd aan zit. Een aanduiding van de gemiddelde leeftijd is hiertoe onvoldoende. Het middel kan passend zijn, voor zover de werkgever aannemelijk kan maken dat een jonge kandidaat meer kan bijdragen aan de continuïteit dan een oudere kandidaat.

³⁵ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 34 en p. 35.

³⁶ *Arbeidsmobiliteit in goede banen. Oorzaken van baan- en functiewisselingen en gevolgen voor de kenmerken van het werk.* Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau (SCP) 2005, p. 13.

Ten aanzien van de proportionaliteit geldt dat moeilijk is aan te geven welke leeftijdsgrens precies de juiste is, maar de leeftijdsgrens van 35 jaar lijkt erg laag te zijn. Hoe hoger de maximale leeftijdsgrens zal liggen, hoe minder kandidaten op grond van hun leeftijd worden uitgesloten, waardoor sneller geoordeeld zal worden dat het middel in evenredige verhouding tot het doel staat.

- **Technici**

Er wordt een leeftijd genoemd van 25 tot 45 jaar.

De maximum leeftijdsgrens wordt gehanteerd om de continuïteit te garanderen.

Van de 35 werknemers zijn er 25 boven de 50 jaar, en daarvan zijn weer 20 werknemers boven de 55 jaar. Omdat er op grond van het personeelsbestand daadwerkelijk behoefte lijkt te bestaan aan het garanderen van continuïteit, kan het doel legitiem zijn. Het middel is passend, voor zover de werkgever aannemelijk kan maken dat een jonge kandidaat meer kan bijdragen aan de continuïteit dan een oudere kandidaat.

Ten aanzien van de proportionaliteit geldt dat moeilijk is aan te geven welke leeftijdsgrens precies de juiste is, maar de leeftijdsgrens van 45 jaar lijkt niet onredelijk. Hoe hoger de maximale leeftijdsgrens zal liggen, hoe minder kandidaten op grond van hun leeftijd worden uitgesloten, waardoor sneller geoordeeld zal worden dat het middel in evenredige verhouding tot het doel staat.

Overigens heeft de werkgever geen onderbouwing gegeven voor het hanteren van de minimum leeftijdsgrens.

3.2.4 Leeftijdsvereiste in verband met de relatie tot de doelgroep, de identificatie met de doelgroep of 'leeftijdsbepaaldheid' van de functie

Bij de door de adviesaanvragers aangeleverde advertenties blijkt dat de verhouding tussen de werknemer en de doelgroep waaraan diensten worden verleend een motief kan zijn om kandidaten van een bepaalde leeftijd te zoeken.

Zo speelt bij het hierna aangehaalde voorbeeld van de slaapwachten de leeftijd van de te begeleiden groep een rol bij de vraag welke leeftijd gewenst is voor deze slaapwachten. Bij de borstprotheseadviseur speelt eveneens de leeftijd van de doelgroep een rol bij de leeftijd die door de werkgever wordt gewenst voor een goede vervulling van deze functie.

De wetgever is tijdens de parlementaire geschiedenis vrij algemeen ingegaan op dit onderwerp en heeft hierover het volgende opgemerkt. "Een ander voorbeeld waarbij leeftijd een rol kan spelen kan worden gegeven voor de functie van hulpverlener. Een naar leeftijden samen te stellen team, of juist qua leeftijd homogeen team, kan bij hulpverleningsinstellingen noodzakelijk zijn om te kunnen voldoen aan de ter zake bestaande (hulp-)behoeften van cliënten of pupillen. Te denken valt aan het begeleiden van jeugdigen waarbij begeleiders/hulpverleners ook als rolmodel fungeren."³⁷

Zoals uit onderstaande voorbeelden blijkt zal de werkgever gedegen moeten motiveren waarom een bepaalde leeftijd noodzakelijk is om een goede begeleiding of hulpverlening te kunnen bieden. Omdat de concrete omstandigheden van het geval, waarbij de aard van de hulpverlening of begeleiding, een grote rol spelen is het niet mogelijk om in zijn algemeenheid te zeggen of een leeftijdsvereiste al dan niet objectief gerechtvaardigd is. Uit onderstaande voorbeelden blijkt dat ook hierbij vooroordelen over vaardigheden van bepaalde leeftijdsgroepen een doorslaggevende rol spelen.

- **Slaapwachten**

Een stichting die ex-gedetineerde jongeren begeleidt plaatst een vacature voor de functie van slaapwacht. De kandidaten dienen minimaal 30 jaar te zijn. De werkgever heeft desgevraagd aangegeven dat het doel van het leeftijdsonderscheid is dat de kandidaat over ervaring en overzicht over de bewoners van hooguit dertig jaar dient te beschikken.

Het doel ten aanzien van de ervaring en het overzicht zal legitiem zijn als kan worden onderbouwd dat sprake is van een werkelijke behoefte en / of een zwaarwegend belang.

³⁷ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 35.

Ten aanzien van de geschiktheid van het middel, moet worden opgemerkt dat een kandidaat die jonger is dan 30 jaar eveneens over de nodige ervaring kan beschikken en overwicht kan hebben. De geschiktheid van dit middel zal, omdat het leeftijdsvereiste wellicht ten onrechte kandidaten die jonger zijn dan 30 jaar uitsluit, daarom niet zonder meer worden aangenomen. Bovendien is de Commissie van oordeel dat er een alternatief bestaat, namelijk het opnemen van de eis van de ervaring en overwicht in de advertentie in plaats van het leeftijdsvereiste. Het middel is derhalve niet noodzakelijk om het doel te bereiken.

- **Borstprotheseadviseur**

Voor de functie van borstprotheseadviseur wordt een kandidaat gevraagd van minimaal 35 jaar. Als reden hiervoor is aangegeven dat de kans op borstkanker tussen het 40^e en 60^e jaar het grootst is. De functie dient vervuld te worden door iemand met een gezonde dosis levenservaring in ongeveer dezelfde leeftijdsgroep als de risicogroep. De werkdruk is hoog. In overleg met de regionale zorgverzekeraar, de landelijke borstkankerpatiëntenvereniging, de stichting erkenningsregelingen medische speciaalzaken en verwijzers, worden er eisen gesteld aan inrichting, kwaliteitsmanagement, persoonlijke, sociale en tactische vaardigheden. Het doel is hier tweeledig. Enerzijds wordt het leeftijdsvereiste gesteld omdat de adviseur over bepaalde vaardigheden moet beschikken en anderzijds heeft het leeftijdsvereiste als doel dat de adviseur tot dezelfde leeftijdsgroep behoort als de risicogroep.

Dat de adviseur over bepaalde competenties dient te beschikken is voorstelbaar. Dit doel is legitiem als wordt aangetoond dat sprake is van een werkelijke behoefte en/of een zwaarwegend belang. Dat iemand pas vanaf een bepaalde leeftijd over deze vaardigheden kan beschikken lijkt te zijn gebaseerd op een vooronderstelling. Werknemers die jonger zijn dan 35 jaar kunnen ook beschikken over de benodigde persoonlijke, sociale en tactische vaardigheden en ook een hoge werkdruk zal voor hen niet per definitie zwaarder zijn dan voor een adviseur die ouder is dan 35 jaar. Het middel is dan ook niet passend. Bovendien is er het alternatief dat de gewenste vaardigheden in de advertentie worden vermeld, in plaats van de leeftijd. Het middel is derhalve niet noodzakelijk om dit doel te bereiken.

Ten aanzien van het doel dat de adviseur in dezelfde leeftijdsgroep moet vallen als de risicogroep geldt het volgende. De werkgever zal moeten onderbouwen waarom is vereist dat de adviseur in dezelfde leeftijdsgroep als de risicogroep valt en of dit voldoet aan een werkelijke behoefte en/of een zwaarwegend belang. Ter beoordeling van de legitimiteit van het doel en de beoordeling van de geschiktheid en de noodzakelijkheid van het middel is van belang wat de achterliggende gedachte is van het hebben van 'dezelfde' leeftijd, waarbij overigens sprake is van een nogal ruime leeftijdscategorie van 35 tot 60 jaar. Mogelijk gaat het hier om competenties als inlevingsvermogen. Dit vermogen is echter leeftijdsonafhankelijk. Ook hier is een alternatief het vermelden in de advertentie van de gezochte competentie.

Ook waar het geen hulpverlening betreft, wordt soms met een beroep op (aansluiting bij) de doelgroep, een leeftijdsgrens gesteld. Hierover is tijdens de parlementaire behandeling het volgende opgemerkt: "Van een objectieve rechtvaardiging kan ook sprake zijn indien het gaat om beroepsactiviteiten waarbij leeftijd een bepalende rol speelt. Voor leeftijd zal dit in minder absolute zin het geval zijn dan voor bijvoorbeeld geslacht of ras. Dit verschil wordt ingegeven door de aard van het criterium leeftijd, waarbij sprake is van een relatief verschil van jong naar oud. Bij de grond geslacht is sprake van een absoluut verschil tussen man en vrouw. Voor de functie van mannequin die kleding voor vrouwen moet showen is het redelijk dat een vrouw wordt aangetrokken. Voor de functie van mannequin die kleding voor 15- en 16-jarigen moet showen ligt het voor de hand dat niet een 60-jarige wordt aangetrokken. Welke leeftijdsgrens wel gehanteerd kan worden is echter moeilijk op voorhand te bepalen. Het stellen van een absolute leeftijdsgrens voor dergelijke beroepsactiviteiten zal veelal niet noodzakelijk zijn; het ligt meer voor de hand om gebruik te maken van (ruime) leeftijdscategorieën."³⁸

³⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 35.

De wetgever is derhalve van mening dat er soms sprake kan zijn van een 'leeftijdsbepaalde functie'. In welke gevallen hiervan sprake kan zijn is niet concreet uitgewerkt door de wetgever, zoals dat wel is gedaan bij beroepsactiviteiten waarbij geslacht of ras een bepalende rol speelt. Ook hierbij zal daarom aan de hand van de objectieve rechtvaardiging getoetst moeten worden wanneer het maken van onderscheid op grond van leeftijd is toegestaan.

In oordeel 2005-175 stelde de werkgever met een leeftijdsvereiste een goede samenwerking tussen het team en de cliëntèle na te streven.³⁹ Dit algemeen geformuleerde doel werd legitiem geacht, omdat het zwaarwegend is en beantwoordt aan een werkelijke behoefte van de werkgever. De werkgever had zich evenwel ook in specifiekere zin uitgelaten over wat hij wenst te bereiken, namelijk te voldoen aan de wens van de intermediairs dat de werkgever medewerkers van een bepaalde leeftijd als contactpersoon aanwijst. De Commissie oordeelde dat er sprake was van een discriminerend oogmerk en dat er daarom geen sprake is van een legitiem doel. Ten overvloede oordeelt de Commissie dat het middel, uitgaande van het algemeen geformuleerde en legitiem te achten doel, bovendien niet passend is. Gegevens over de wensen van de intermediairs en over de leeftijdssamenstelling van hun teams ontbreken. Al om die reden ontbeert het gemaakte onderscheid rechtvaardiging. De Commissie laat hierbij in het midden of een team van dertig- tot veertigjarigen de samenwerking bevordert. De Commissie is van oordeel dat de maatregel berust op het vooroordeel dat alleen medewerkers tussen de dertig en veertig op sociaal gewenste en commercieel aanvaardbare wijze zouden kunnen optrekken met jongere klanten. De Commissie oordeelt dat voor een goede samenwerking tussen verweester en de intermediairs niet noodzakelijkerwijze de medewerkers van de verschillende teams van dezelfde leeftijdscategorie behoeven zijn. Het beoogde doel had op andere wijze bereikt kunnen worden.

In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat het stellen van een leeftijdsvereiste in verband met aansluiting bij een doelgroep goed moet worden onderbouwd. Zoals blijkt uit onderstaande voorbeelden zal een beroep hierop niet zonder meer slagen.

Vergelijk de volgende advertenties die door de adviesaanvrager zijn voorgelegd, met een korte toelichting op het doel van de werkgever:

- **Jonge jurist**

Door een advocatenkantoor wordt gevraagd om een jonge jurist. De werkgever heeft daartoe aangegeven dat van belang is dat de kandidaat beschikt over een netwerk onder de huidige generatie studenten, zodat de werkgever actief kan zijn in het aanbieden van stageplaatsen aan starters op de arbeidsmarkt.

Het beschikken over dit netwerk kan voorzien in een zwaarwegend belang of beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Het doel zal derhalve legitiem zijn. Voorts is het de vraag of het middel, vragen om 'jonge jurist', passend is. Vele jonge en zelfs net afgestudeerde juristen zullen vanaf het moment dat zij zelf zijn afgestudeerd, niet (meer) beschikken over een netwerk onder de huidige generatie studenten. Bovendien kunnen oudere juristen wel beschikken over dit netwerk. Het middel is daarom niet passend. Ook is het middel niet noodzakelijk omdat in de vacature kan worden gevraagd naar iemand die beschikt over het gewenste netwerk. Daarbij wordt geen onderscheid op grond van leeftijd gemaakt.

- **Barman**

Gevraagd wordt om een barman tussen de 20 en 30 jaar, omdat de klantenkring in die leeftijdsgroep valt.

Het doel is derhalve het verkrijgen van een kandidaat in dezelfde leeftijdsgroep als de klanten. Dat dit voldoet aan een werkelijke behoefte, kan niet zonder meer worden aangenomen. Vermoedelijk zal het achterliggende doel zijn een goede verstandhouding met de cliëntèle, zodat er klantenbinding is. Dit lijkt een legitiem doel te zijn. Ter beoordeling van de passendheid van het middel is van belang of de barman daarvoor persé tussen de 20 en 30 jaar moet zijn. Een jongere of juist oudere barman kan ook een goede verstandhouding met

³⁹ CGB 27 september 2005, oordeel 2005-175.

klanten tussen de 20 en 30 jaar hebben. Een alternatief is derhalve dat de barman aan de hand van het vermogen een goede verstandhouding aan te gaan met een klantenkring tussen de 20 en 30 jaar wordt beoordeeld, in plaats van op zijn leeftijd.

- **Jonge enthousiaste officemanager**

De term 'jong' wordt gebruikt, omdat de werkgever het voor zijn bureau voor jongerencommunicatie van belang acht dat er door of via het personeel feeling met de doelgroep is.

Het doel, het verkrijgen van kandidaten die feeling hebben met de doelgroep of via werknemers feeling houden met de doelgroep, is legitiem. Het middel is uitsluitend passend als de werkgever aantoont dat alleen jongere werknemers feeling met de doelgroep kunnen houden en/of uitsluitend via jonge werknemers feeling kan worden gehouden met de doelgroep. Mogelijk spelen hierbij vooroordelen een rol.

Het middel is niet noodzakelijk, omdat een neutrale eis, namelijk dat de kandidaat aantoonbaar feeling met de doelgroep moet hebben, een alternatief is. Bovendien kan een werkgever ook op andere wijzen feeling met de doelgroep houden.

Ook kan het voorkomen dat een werkgever een kandidaat van een bepaalde leeftijd wil omdat hij een naar leeftijd gevarieerd samengesteld team nodig heeft voor de dienstverlening aan klanten. Daar is sprake van in het onderhavige voorbeeld.

- **Trainingsacteur**

Er wordt gevraagd om jonge mannen. De werkgever geeft aan dat een gevarieerde samenstelling van het acteursteam noodzakelijk is in verband met de vraag vanuit de markt. De acteurs worden ingezet bij trainingen.

Het doel kan legitiem zijn als de werkgever kan onderbouwen dat het in dienst hebben van een acteur van een bepaalde (jonge) leeftijd voorziet in een zwaarwegend belang en/of voldoet aan een werkelijke behoefte. De werkgever zal, om de werkelijke behoefte te onderbouwen, gegevens moeten verstrekken waaruit blijkt dat hij inderdaad een tekort heeft aan jonge acteurs. Indien het doel legitiem is, zal het middel passend en noodzakelijk zijn.

3.2.5 Leeftijdsevereiste uit financiële overwegingen

Zoals hiervoor is opgemerkt zal er een advies van de Commissie verschijnen over leeftijdsonderscheid in de supermarktbranche. Voor zover er in deze branche onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt uit financiële overwegingen, zal dit aan de orde komen in dat advies. In het onderhavige advies zal niet worden ingegaan op dit specifieke onderwerp.

Tijdens de parlementaire behandeling is over het maken van onderscheid op grond van leeftijd uit financiële overwegingen het volgende opgemerkt:

“Een ander voorbeeld van een objectieve rechtvaardiging is de situatie dat het onderscheid noodzakelijk is vanwege een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang. Er moet daarbij sprake zijn van een duidelijke relatie tussen het onderscheid en een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang. Tevens moet het onderscheid op grond van leeftijd noodzakelijk zijn. Onder zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang kunnen belangen van verschillende aard worden opgevat. Daarbij moet bijvoorbeeld gedacht worden aan belangen, zoals de continuïteit van het bedrijf, de bedrijfsvoering en de werkgelegenheid van de andere werknemers. Financiële belangen kunnen daarbij mede een rol spelen. Het kan bijvoorbeeld voor de continuïteit en de bedrijfsvoering van een onderneming van belang zijn werknemers uit een bepaalde leeftijdscategorie te werven voor leidinggevende functies om een meer evenwichtige leeftijdsopbouw van het management binnen de onderneming te realiseren, omdat de meerderheid van het leidinggevend personeel tegen de pensioengerechtigde leeftijd aanzit.”⁴⁰
“In artikel 6, eerste lid, onderdeel c, van de richtlijn wordt het voorbeeld genoemd dat onderscheid naar leeftijd objectief gerechtvaardigd kan zijn, indien, kort gezegd, de investering

⁴⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 34 en p. 35.

in de opleiding van de werknemer onevenredig hoog zou zijn in verhouding tot de nog resterende arbeidsjaren tot aan de pensionering.”⁴¹

”Vermindering van kosten voor de werkgever zal niet zonder meer een legitiem doel zijn, maar kan dat in specifieke situaties (bijvoorbeeld bij een dreigend faillissement) wel zijn. De regering is van mening dat een verschil in loonkosten op zich geen objectieve rechtvaardiging vormt om de voorkeur aan een goedkope jongere te geven in plaats van aan een duurdere oudere. Een uitzondering hierop vormt onderscheid op grond van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL.”⁴²
“Wel kan worden opgemerkt dat puur financiële overwegingen over het algemeen onvoldoende zijn voor de objectieve rechtvaardiging van onderscheid op grond van leeftijd.”⁴³

Uit hetgeen de wetgever heeft opgemerkt over financiële overwegingen die ten grondslag liggen aan het maken van onderscheid op grond van leeftijd, kan worden opgemaakt dat deze overwegingen slechts in een zeer beperkt aantal gevallen een rechtvaardiging kunnen vormen voor het maken van onderscheid op grond van leeftijd. Er moet dan sprake zijn van uitzonderlijke omstandigheden.

De Commissie heeft in de oordelen 2005-81, 2005-179 en 2005-181 geoordeeld over de vraag of het werven van jonge werknemers, vanwege financiële overwegingen, objectief gerechtvaardigd is.⁴⁴ De Commissie oordeelde dat financiële argumenten op zich niet voldoende zijn om onderscheid objectief te rechtvaardigen. In de oordelen 2005-179 en 2005-181 heeft de Commissie daaraan toegevoegd dat dit slechts anders is indien de vereiste gelijke behandeling op grond van leeftijd in een concreet geval zou leiden tot een disproportionele stijging van de kosten voor de werkgever. De ratio achter deze jurisprudentie is dat veel vormen van onderscheid hun oorzaak hebben in bedrijfseconomische belangen. Voorbeelden zijn de extra kosten die het in dienst hebben van een zwangere of gehandicapte werknemer met zich kan brengen. Indien dergelijk onderscheid zou kunnen worden gerechtvaardigd door een winst oogmerk (dan wel het beperken van verliezen), zou de gelijke behandeling wetgeving veel van haar betekenis verliezen.

In de genoemde oordelen hebben de werkgevers geen feiten aangevoerd op grond waarvan moet worden aangenomen dat hun situatie dusdanig is dat het in dienst houden van oudere hulpkrachten een disproportionele stijging van de kosten met zich zou brengen. Er was daarom geen sprake van een legitiem doel.

Het maken van onderscheid op grond van leeftijd vanwege financiële redenen, zo blijkt uit de hierboven genoemde oordelen van de Commissie en de onderstaande overwegingen bij de door de adviesaanvragers voorgelegde advertenties, zal slechts in uitzonderlijke gevallen worden geaccepteerd. De omstandigheid dat de salariskosten voor oudere werknemers over het algemeen hoger zijn dan voor jongeren⁴⁵, dat oudere werknemers soms recht hebben op pensioenreparaties en dat de ontslagvergoeding voor oudere werknemers volgens de kantonrechterformule meer kosten met zich brengt dan voor jongere werknemers kan op zichzelf geen objectieve rechtvaardiging vormen voor het uitsluiten van oudere werknemers. Slechts indien sprake is van bijvoorbeeld een dreigend faillissement, zal dit anders zijn.

Een veelgehoord argument is dat jongeren worden gezocht omdat het volgen van een opleiding in het kader van een functie nodig is en werkgevers deze investering terug willen verdienen. Daarom stelt de werkgever een maximum leeftijdsgrens, waardoor een redelijk aantal jaren tot de pensionering overblijft. Ook investering in de opleiding van personeel is per saldo een financieel belang. Het doel, rendement van de (opleidings)investering, zal over het algemeen voorzien in een zwaarwegend belang en / of beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Het doel is derhalve legitiem. Het volgende punt is of het leeftijdsvereiste geschikt is om het doel te bereiken. Uit de eerder aangehaalde cijfers blijkt dat de arbeidsmobiliteit onder jongere werknemers aanmerkelijk groter is dan bij wat oudere werknemers,⁴⁶ waardoor het

⁴¹ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 35.

⁴² Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 38.

⁴³ Kamerstukken I 2003/04, 28 170, C, p. 9.

⁴⁴ CGB 13 mei 2005, oordeel 2005-81, CGB 3 oktober 2005, oordeel 2005-179 en CGB 4 oktober 2005, oordeel 2005-181.

⁴⁵ *Statistisch Jaarboek 2005*. Voorburg/Heerlen: Centraal Bureau voor de Statistiek 2005, p. 90, tabel 10.17.

⁴⁶ SCP 2005, p. 13 (zie noot 38).

onzeker wordt of de investering in een opleiding voor jongere werknemers beter loont dan bij oudere werknemers. De Commissie is dan ook van mening dat het werven van jongeren geen geschikt middel is om het doel te bereiken.

Ten aanzien van de vraag of een leeftijdsvereiste noodzakelijk is, geldt dat er een alternatief is waarmee geen onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt. De werkgever kan in het contract een terugbetalingsclausule opnemen voor de opleidingskosten, ingeval van vertrek binnen een bepaalde termijn.

In oordeel 2005-174⁴⁷ kwam een 61-jarige werknemer vanwege zijn leeftijd niet in aanmerking voor een andere functie omdat daarvoor een opleiding van 5 maanden gevolgd diende te worden. Het onderscheid had ten doel dat het resultaat van de opleiding de inspanning in termen van opleidingsduur en opleidingskosten in redelijke mate moest overtreffen. Dit doel werd legitiem geacht, nu de werkgever er baat bij had zo lang mogelijk gebruik te maken van de kennis die door haar werknemers is opgedaan tijdens de opleiding. Het middel werd passend geacht. Tevens werd het middel noodzakelijk geacht omdat verzoeker, afhankelijk van de vraag of hij op 62-jarige leeftijd met prepensioen of op 65-jarige leeftijd met pensioen zou gaan, nog maximaal 6 maanden tot drie en een half jaar voor twee dagen per week zou kunnen worden ingezet. Het doel zou naar het oordeel van de Commissie niet kunnen worden bereikt met een ander middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is.

In de eerder in 3.2.3 aangehaalde oordelen over leeftijdsgrenzen bij de toekenning van postdoc beurzen en bij de aanstelling van onderzoekers in opleiding of postdocs werd geoordeeld dat deze leeftijdsgrenzen leidden tot indirect onderscheid op grond van geslacht, omdat veelal (herintredende) vrouwen moeilijker aan deze leeftijdseisen kunnen voldoen. Verweerders stelden dat de leeftijdsgrenzen mede waren ingesteld om een zo hoog mogelijk rendement te realiseren voor de onderwijsinstelling. De Commissie merkte hierbij echter op dat het op zich juist is dat een oudere onderzoeker minder werkjaren voor zich heeft dan een jonge onderzoeker, maar dat er ook andere factoren van belang zijn voor het rendement, zoals het intellectuele niveau, de kennis, de motivatie, de ervaring en de productiviteit van een onderzoeker.⁴⁸

Vergelijk de volgende advertenties die door de adviesaanvrager zijn voorgelegd, met een korte toelichting op het doel van de werkgever:

- **Channel manager**

Er wordt gevraagd om een kandidaat tussen de 25 en 35 jaar, om het aantal sollicitaties in te perken vanwege kosten en tijd die extra sollicitanten meebrengen.

Het voeren van een zorgvuldige sollicitatieprocedure teneinde de juiste kandidaten te krijgen, vergt in veel gevallen de nodige tijd en kosten. Het doel is derhalve kostenbesparing.

In lijn met oordeel 2005-179 kan het kostenargument in casu niet tot een objectieve rechtvaardiging van het gemaakte onderscheid leiden.

Bovendien is het middel niet noodzakelijk omdat een werkgever het aantal sollicitaties ook kan inperken door relevante kenmerken, zoals functievereisten, te vermelden in de advertentie.

- **Directie assistent**

Er wordt gevraagd om een assistent van ongeveer 25 jaar. De aangevoerde reden hiervoor is dat de investering anders te groot is, omdat de opleiding ongeveer 10 jaar duurt. Op zich kan, zoals ook door de wetgever is gesteld, de wens om de investering in een werknemer terug te verdienen legitiem zijn. In dit geval zal de werkgever echter gevraagd worden om nader te onderbouwen waarom een opleiding van een directie-assistent maar liefst 10 jaar in beslag zou nemen. Deze termijn lijkt, behoudens zeer bijzondere omstandigheden, niet realistisch te zijn. Indien het doel als legitiem zou kunnen worden aangemerkt, is het de vraag of het doel met de leeftijdscategorie van 25 jaar bereikt zal kunnen worden. Hierbij spelen de eerder genoemde cijfers over de arbeidsmobiliteit van werknemers in relatie tot leeftijd een rol.⁴⁹

⁴⁷ CGB 22 september 2005, oordeel 2005-174.

⁴⁸ CGB 13 oktober 1997, oordelen 1997-106 en 1997-108.

⁴⁹ SCP 2005, p. 13 (zie noot 38)

Indien de werkgever aannemelijk kan maken dat de directie-assistent langer dan 10 jaar in dienst moet blijven, kan een leeftijdsgrens een geschikt middel zijn. Welke leeftijdsgrens precies de juiste is, is moeilijk aan te geven, maar de leeftijdsgrens van 25 jaar lijkt erg laag te zijn. Hoe hoger de maximale leeftijdsgrens zal liggen, hoe minder kandidaten op grond van hun leeftijd worden uitgesloten, waardoor sneller geoordeeld zal worden dat het middel in evenredige verhouding tot het doel staat. Voorts kan een werkgever vragen om een werknemer die bereid is zich in verband met de opleiding voor een bepaald aantal jaren aan het bedrijf te binden.

- **Medewerker inkoop en logistiek**

De medewerker dient tussen de 25 en 35 jaar te zijn in verband met de kosten die bij gedwongen ontslag voortvloeien uit de kantonrechterformule en in verband met de kosten van pensioencorrecties.

Het doel is derhalve kostenbeheersing. Zoals blijkt uit de oordelenlijn van de Commissie op dit punt kan een beroep op financiële overwegingen slechts in een beperkt aantal gevallen leiden tot een objectieve rechtvaardiging. Van een dergelijke bijzondere omstandigheid is in dit geval geen sprake. Bovendien is het middel disproportioneel. Het uitsluiten van bepaalde kandidaten bij het aanbieden van een functie, omdat er rekening wordt gehouden met een mogelijk gedwongen ontslag op termijn van die kandidaat, staat in geen verhouding tot het doel. Bovendien kan (in eerste instantie) worden gewerkt met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Ten aanzien van het beperken van de kosten van pensioencorrecties geldt dat de keuze van een werkgever voor een bepaalde pensioenregeling, waaruit voortvloeit dat bepaalde pensioencorrecties gemaakt moeten worden, niet voor rekening van oudere werknemers kan worden gebracht.

- **Politiemensen**

Gevraagd wordt om kandidaten tussen de 17 en 45 jaar, in verband met (onder meer) de investering van de werkgever in de opleiding van de werknemer, welke 4,5 jaar duurt. Hoewel ook dit een financieel argument is, kan er sprake zijn van een legitiem doel als kan worden onderbouwd dat de investering in de opleiding van de werknemer onevenredig hoog is in verhouding tot de nog resterende arbeidsjaren. Welke leeftijdsgrens in evenredige verhouding tot het doel staat, zal afhangen van het aantal resterende arbeidsjaren dat nodig is om de investering terug te verdienen.

3.2.6 Leeftijdsvereiste in verband met wetgeving/regelgeving⁵⁰

Indien leeftijdsgrenzen in vacatures voortvloeien uit wet- of regelgeving, zal wellicht door werkgevers aangevoerd worden dat hierin de objectieve rechtvaardiging ligt. De Commissie is niet bevoegd wetgeving en van de overheid afkomstige regelgeving te toetsen aan de gelijke behandelingswetgeving.⁵¹

Uitsluitend indien de werkgever geen keuze en dus geen ruimte voor eigen verantwoordelijkheid heeft in het al dan niet volgen van wetgeving, zal het daaruit voortvloeiende leeftijds onderscheid objectief gerechtvaardigd zijn.

Indien regelgeving met een leeftijdsvereiste niet van de overheid, maar van een particuliere instelling afkomstig is (bijvoorbeeld ISO- of KEMA-certificering) zal leeftijds onderscheid dat voortvloeit uit toepassing van deze regelgeving niet zonder meer objectief gerechtvaardigd zijn.

- **Bedrijfsleider**

Er wordt een werkervaringeis van 3 tot 5 jaar gesteld, omdat KEMA-certificering vereist dat de minimum leeftijdsgrens van bedrijfsleiders 25 jaar is. Het doel, het behouden van KEMA-certificering, is wellicht niet legitiem omdat sprake is van een mogelijk discriminatoir KEMA-voorschrift. Een werkgever is niet gehouden dergelijke particuliere voorschriften te volgen. Onderzocht moet worden wat de inhoudelijke doelen zijn van het leeftijdsvereiste, dat door de

⁵⁰ In deze paragraaf wordt niet ingegaan op de uitzonderingen op het verbod van onderscheid, genoemd in artikel 7, eerste lid, aanhef en onder a en b, WGBL.

⁵¹ De Commissie heeft er op aangedrongen dat de regering onderzoekt of het wenselijk is de gelijke behandelingswetgeving te laten gelden voor meer vormen van overheidshandelen (Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004, p. 53). Vooralsnog is de Commissie niet bevoegd eenzijdige overheidshandelingen te toetsen.

werkgever is vertaald in een werkervaringeis. Daartoe zal de werkgever mogelijk ook bij KEMA te rade moeten gaan. Inhoudelijke argumenten waarom 3 tot 5 jaar werkervaring is vereist, zijn in dit geval niet aangevoerd door de werkgever.

- **Baan in bediening**

De werknemer moet ouder zijn dan 17 jaar, om te voorkomen dat ouders bezwaren kunnen maken tegen het zware werk van hun kinderen. Voor kinderen tot 16 jaar en jeugdigen tot 18 jaar gelden bepaalde voorschriften / beperkingen uit hoofde van de arbeidsomstandighedenwet. Werkgevers dienen zich aan deze regels te houden.

De werkgever heeft aangegeven dat hij voortaan een intake met ouders gaat houden om hun goedkeuring te krijgen voor deze arbeid door hun minderjarige kinderen. Dit kan gelden als alternatief voor het stellen van het onderhavige leeftijdsvereiste, uitsluitend indien de betreffende arbeid conform de arbeidsomstandighedenwet mag worden verricht door de betrokken minderjarige.

- **Politieagent**

Mag de politie een minimumleeftijd van 18 jaar eisen in verband met Regeling aanstellingseisen politie?

De Regeling is een besluit van de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, hetgeen niet beoordeeld kan worden door de Commissie omdat het een eenzijdige overheids-handeling is. De wetgever heeft vastgesteld dat de leeftijdsgrens in de Regeling aanstellingseisen Politie objectief gerechtvaardigd is.⁵²

Er is geen beleidsvrijheid de Regeling niet te volgen. Het gemaakte leeftijdsonderscheid is om die reden objectief gerechtvaardigd.

3.3 Samenvatting hoofdstuk 3

Onderscheid op grond van leeftijd kan objectief gerechtvaardigd zijn als sprake is van een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (artikel 7, eerste lid, onderdeel c WGBL).

Er zijn verschillende redenen waarom werkgevers directe of indirecte leeftijdsvereisten stellen bij het aanbieden van een betrekking. In dit advies onderscheidt de Commissie de volgende motieven.

Leeftijdvereiste in verband met persoonlijke competenties.

Bij het stellen van een leeftijdsvereiste in verband met de wens om kandidaten met bepaalde competenties te krijgen, zal in zijn algemeenheid gelden dat het doel legitiem is, maar dat de leeftijdsgrens niet passend is omdat deze veelal gebaseerd is op vooroordelen. Denk aan het voorbeeld dat jonge kandidaten worden gezocht, omdat de werkgever een flexibele kracht wenst. Voorts zal het middel niet noodzakelijk zijn, nu het doel met het opnemen van de gewenste competenties of eigenschappen in de advertentie even goed, zo niet beter, kan worden bereikt.

Leeftijdsgrens in verband met ervaringseisen.

Indien onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt in verband met een gevraagd aantal jaren werkervaring, zal het doel van deze indirecte leeftijdsgrens vaak zijn gelegen in het verkrijgen van kandidaten die de functie goed kunnen vervullen. Dit doel zal over het algemeen legitiem zijn.

Bij de beoordeling van de passendheid van een maximum ervaringeis is van belang of de werkgever kan onderbouwen dat teveel werkervaring een negatieve invloed zal hebben op het functioneren van een werknemer. De Commissie kan zich voornamelijk geen situaties voorstellen waarin hiervan sprake zal zijn, op grond waarvan een maximum ervaringeis doorgaans als een niet passend middel zal worden gekwalificeerd.

⁵² Brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 27 april 2004, kenmerk: AV/IR/2004/29737, onderwerp: Inventarisatie van leeftijdsgrenzen in regelgeving op het terrein van arbeid en beroep, p. 3.

Leeftijdsgrens verband houdende met samenstelling team/personeelsopbouw.

Bij het argument dat een werkgever een jonge kandidaat vraagt in verband met de omstandigheid dat de overige teamleden ook jong zijn, is sprake van een in zichzelf discriminerend doel. Bovendien ziet de Commissie vooralsnog geen situaties waarin sprake zal zijn van een zwaarwegend belang bij en/of een werkelijke behoefte aan een jong team.

Ten aanzien van het argument dat de werkgever een goede verdeling van jong en oud binnen een team / bedrijf ambieert, geldt dat dit op zichzelf niet een legitiem doel kan zijn. Bij de beoordeling of sprake is van de werkelijke behoefte aan een naar leeftijd gevarieerd samengesteld team is van belang of de werkgever kan onderbouwen waarom een qua leeftijd specifieke samenstelling van het team of bedrijf van belang is. De Commissie ziet vooralsnog geen situaties waarin hiervan sprake zou zijn.

Ten aanzien van het argument dat jonge werknemers worden gezocht in verband met het waarborgen van de continuïteit van een bedrijf, geldt dat het doel kan voorzien in een zwaarwegend belang en beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Het is echter de vraag of het vragen naar een jongere werknemer het gewenste effect zal hebben en of het middel derhalve passend is.

Leeftijdsonderscheid in verband met de relatie tot de doelgroep, de identificatie met de doelgroep of 'leeftijdsbepaaldheid' van de functie'.

Een voorbeeld hiervan is het zoeken naar een barkeeper van een bepaalde leeftijd omdat de cliëntèle in die leeftijdsgroep zit. De werkgever zal gedegen moeten motiveren waarom een bepaalde leeftijd noodzakelijk is om een goede service of hulpverlening te kunnen bieden. De werkgever dient te voorkomen dat bij het stellen van een leeftijdsgrens vooroordelen over de vaardigheden binnen bepaalde leeftijdsgroepen een rol spelen.

Leeftijdsonderscheid uit financiële overwegingen.

Het maken van onderscheid op grond van leeftijd omdat er bijvoorbeeld van wordt uitgegaan dat de salariskosten voor oudere werknemers hoger zijn dan voor jongeren, kan op zichzelf geen objectieve rechtvaardiging vormen voor het uitsluiten van oudere werknemers. Slechts indien sprake is van bijvoorbeeld een dreigend faillissement, zal dit anders zijn.

Leeftijdsvereiste in verband met wetgeving en regelgeving

Indien leeftijdsgrenzen in vacatures voortvloeien uit wet- of regelgeving, zal wellicht door werkgevers aangevoerd worden dat hierin de objectieve rechtvaardiging ligt. De Commissie is niet bevoegd wetgeving te toetsen aan de gelijke behandelingswetgeving.

Uitsluitend indien de werkgever geen beleidsvrijheid heeft in het al dan niet volgen van wet- of regelgeving, zal het daaruit voortvloeiende leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd zijn. Indien regelgeving met een leeftijdsvereiste niet van de overheid, maar van een particuliere instelling, zoals bijvoorbeeld ISO of KEMA, afkomstig is, zal leeftijdsonderscheid dat voortvloeit uit toepassing van deze regelgeving niet zonder meer objectief gerechtvaardigd zijn.

4 De motiveringsplicht van artikel 9 WGBL

4.1 Vereisten artikel 9 WGBL

Artikel 9 WGBL vereist dat indien bij een openlijke aanbieding van een betrekking onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt, de grond daarvan uitdrukkelijk wordt vermeld. Als de reden van het onderscheid is vermeld, wil dit nog niet zeggen dat het onderscheid objectief is gerechtvaardigd en kan er desalniettemin sprake zijn van verboden onderscheid. Of onderscheid objectief gerechtvaardigd is, vergt een geheel eigen toets, die hiervoor in hoofdstuk 3 is behandeld. De verplichting om de reden van leeftijdsonderscheid in vacatures te vermelden, geldt bij bekendmaking van de vacature door middel van een advertentie in bijvoorbeeld dag- of weekbladen, via internet of andere audiovisuele kanalen.⁵³

De motiveringsplicht behelst het vermelden van de werkelijke reden van het onderscheid. Indien iemand een onjuiste reden opgeeft, is mogelijk sprake van een onrechtmatige daad.⁵⁴ Een eventuele actie uit hoofde van onrechtmatige daad door of namens een benadeelde kan worden ingesteld bij de burgerlijke rechter. De regering heeft tijdens de parlementaire behandeling van de WGBL toegelicht dat het bij het werven voor een functie duidelijk moet zijn waarom de aanbieder van mening is dat voor de betreffende functie wel onderscheid naar leeftijd mag worden gemaakt. Dit maakt de reden voor het onderscheid kenbaar en toetsbaar voor derden en dwingt de aanbieder zich te beraden over de geoorlooftheid van het onderscheid. De voorgestelde regeling kan aldus een preventief effect hebben.⁵⁵

Tijdens de parlementaire behandeling van de WGBL heeft de regering voorts aangegeven dat advertenties door een breed publiek worden gelezen en dat het belangrijk kan zijn voor de cultuuromslag inzake de beeldvorming over leeftijd dat een bloemlezing van de verschillende rechtvaardigingsgronden in advertenties terugkomt.⁵⁶ De reden van het onderscheid moet dan ook blijkens de wettekst *uitdrukkelijk* worden vermeld. Aan deze uitdrukkelijke vermelding worden eisen gesteld.

De Commissie heeft geoordeeld dat het naast elkaar noemen van leeftijd (het gemaakte onderscheid) en werkervaring (de reden voor het gemaakte onderscheid) als vereisten voor de functie, zonder dat het beweerdelijke verband in de advertentietekst is aangegeven, ertoe kan leiden dat de grond van het gemaakte onderscheid niet kenbaar is voor derden. Op grond hiervan kon niet worden gezegd dat bij de openlijke aanbieding van de functie de grond voor het gemaakte onderscheid uitdrukkelijk was vermeld.⁵⁷

De vermelding van de reden van het onderscheid moet op een zodanige wijze en / of een zodanige plaats in de tekst geschieden dat voldoende kenbaar is voor derden dat hetgeen is vermeld de reden is voor de in de vacature uitgesproken voorkeur voor een bepaalde leeftijd(scategorie).

Uit dit alles vloeit voort dat het zwaartepunt van de toetsing ligt bij de vraag óf de reden voor het onderscheid (uitdrukkelijk) is vermeld en niet bij de vraag hoeveel en welke woorden aan de motivering moeten worden gewijd. Indien de Commissie komt tot het oordeel dat in strijd met artikel 9 WGBL is gehandeld, zal dit zijn omdat geen reden of niet de werkelijke reden voor het onderscheid is vermeld, of indien de reden niet uitdrukkelijk is vermeld in de vacature. De vraag of de gemelde reden overigens 'door de beugel kan', ofwel het gemaakte onderscheid – bij het aanbieden van de functie – objectief kan rechtvaardigen, vergt een geheel eigen toets, welke is behandeld in hoofdstuk 3. De ratio van deze motiveringsplicht is – zoals gezegd – dat hij werkgevers dwingt zich te beraden over de reden voor directe of indirecte leeftijdsindicaties in hun personeelsadvertenties. Dit maakt de werkgever bewust dat wat hij beoogt te bereiken met het leeftijdsonderscheid mogelijk is gestoeld op vooroordelen en/of stereotyperingen, of dat hetgeen hij beoogt evenzeer of zelfs beter kan worden bereikt door het vragen om de gezochte competenties.

⁵³ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 39).

⁵⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 40: Bij mogelijke sancties in het geval iemand valselijk een reden in een advertentie zet, denkt de regering aan rectificatie en een onrechtmatige daadsactie op grond van artikel 6:162 BW.

⁵⁵ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 39.

⁵⁶ Kamerstukken II 2003/04, 28 170, C, p. 13.

⁵⁷ CGB 20 oktober 2005, oordeel 2005-198.

4.2 Vergelijking met de WGB en aanbeveling

De gevallen genoemd in paragraaf 2.3 laten zien, dat op voorhand lang niet altijd duidelijk is of in een advertentie sprake is van leeftijds onderscheid. Voor de werkgever die niet beoogt leeftijds onderscheid te maken, is het lastig motiveren waarom hij leeftijds onderscheid maakt. Toch zal juist hij tegen die motiveringsplicht aanlopen, indien hij in zijn advertentie – achteraf gezien – indirect leeftijds onderscheid blijkt te hebben gemaakt. Deze werkgever zal zich afvragen hoe hij in de toekomst kan voorkomen het verwijt te krijgen de motiveringsplicht van artikel 9 WGBL te hebben geschonden.

Een praktische oplossing is gelegen in het voorkomen dat leeftijds onderscheid wordt gemaakt aan de hand van hetgeen is besproken in hoofdstuk 2. Onderstaande aanbeveling kan hieraan bijdragen.

De Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB)

Artikel 3, tweede lid, WGB bevat een bepaling vergelijkbaar met artikel 9 WGBL, inhoudende dat voor zover bij het aanbieden van een betrekking onderscheid tussen mannen en vrouwen wordt gemaakt bij de openlijke aanbieding van die betrekking, de grond voor dat onderscheid daarbij uitdrukkelijk wordt vermeld.

Ingevolge het derde lid van artikel 3 WGB geschiedt het aanbieden van een betrekking wat betreft tekst en vorm zodanig, dat duidelijk is dat zowel mannen als vrouwen ervoor in aanmerking komen. De WGBL kent geen vergelijkbare bepaling. Dat geldt ook voor het vierde lid van artikel 3 WGB dat bepaalt dat, indien een functiebenaming wordt gebruikt, zowel de mannelijke als de vrouwelijke vorm wordt gebruikt, of uitdrukkelijk wordt vermeld dat zowel mannen als vrouwen ervoor in aanmerking komen

In de praktijk gebeurt dat laatste door de toevoeging m/v achter de functiebenaming.

Aanbeveling

Hoewel de WGBL geen bepaling kent die te vergelijken is met artikel 3, derde en/of vierde lid WGB, verdient het aanbeveling dat aanbieders van een functie die geen leeftijds onderscheid willen maken, bij twijfel of de advertentie onbedoeld toch niet geheel (leeftijds)neutraal is, vermelden dat de functie openstaat voor kandidaten van alle leeftijden. Vergelijk in dat kader hetgeen blijkt een artikel in Onze Taal door achtereenvolgens in een personeelsadvertentie werd vermeld: 'Of je nu net van school komt, al een tijdje werkt, weer wil beginnen met werken of interesse hebt in een carrière bij [...], je bent van harte welkom.' en 'De je-vorm in deze advertentie is een afspiegeling van onze bedrijfscultuur. Graag nodigen we mensen van alle leeftijden uit om te reageren.'⁵⁸

4.3 Samenvatting hoofdstuk 4

De motiveringsplicht van artikel 9 WGBL vereist dat als bij een openlijke aanbieding van een betrekking onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt, de reden van het onderscheid uitdrukkelijk wordt vermeld. Indien hieraan niet wordt voldaan is sprake van strijd met de WGBL. De verplichting om de reden van leeftijds onderscheid in vacatures te vermelden geldt bij bekendmaking van de vacature door middel van een advertentie in bijvoorbeeld dag- of weekbladen, via internet of andere audiovisuele kanalen.

Als de reden van het onderscheid is vermeld, wil dit nog niet zeggen dat het onderscheid objectief is gerechtvaardigd en kan er desalniettemin sprake zijn van verboden onderscheid. Of onderscheid objectief gerechtvaardigd is, vergt een geheel eigen toets, die in hoofdstuk 3 is behandeld. Het gaat bij de beoordeling of sprake is van strijd met artikel 9 WGBL om de vraag wat moet worden *vermeld* in de advertentietekst als sprake is van onderscheid, bijvoorbeeld in het geval een kandidaat van een bepaalde leeftijd wordt gezocht. Vermeld moet worden de werkelijke reden van het onderscheid. De vermelding van de reden voor het onderscheid moet

⁵⁸ Hage 2003, p. 168 en 169 (zie noot 23).

voorts op een zodanige wijze en / of een zodanige plaats in de tekst geschieden dat voldoende kenbaar is voor derden dat hetgeen is vermeld de reden is voor de in de vacature uitgesproken voorkeur voor een bepaalde leeftijd(scategorie).

Het zwaartepunt van de toetsing ligt bij de vraag óf de werkelijke reden voor het onderscheid uitdrukkelijk is vermeld en niet bij de vraag hoeveel en welke woorden aan de motivering moeten worden gewijd. Indien de Commissie tot het oordeel komt dat in strijd met artikel 9 WGBL is gehandeld, zal dit zijn omdat geen reden of niet de werkelijke reden voor het onderscheid is vermeld, of omdat de reden niet uitdrukkelijk is vermeld in de vacature. De vraag of de gemelde reden overigens 'door de beugel kan', ofwel het gemaakte onderscheid – bij het aanbieden van de functie – objectief kan rechtvaardigen, vergt een eigen toets die is behandeld in hoofdstuk 3.

Hoewel de WGBL geen daartoe strekkende bepaling bevat, verdient het aanbeveling om bij twijfel of de advertentie onbedoeld toch niet geheel (leeftijds)neutraal is, te vermelden dat de functie openstaat voor kandidaten van alle leeftijden.

5 Intermediairs en uitzendbureaus

5.1 Normadressaat

Artikel 3, aanhef en onderdeel a, WGBL in samenhang met artikel 1 WGBL verbiedt (de opdracht tot) het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij het aanbieden van een openstaande betrekking. Artikel 3, aanhef en onderdeel b, WGBL verbiedt het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeidsbemiddeling. Het verbod van leeftijdsonderscheid in vacatures richt zich ook op andere bij de arbeidsverhouding betrokkenen dan de werkgever of het bevoegd gezag. Artikel 3 WGBL richt zich tot een ieder die actief is op de in artikel 3 WGBL genoemde terreinen. Ook organisaties zoals de publieke arbeidsvoorziening en uitvoeringsinstanties van de sociale zekerheidswetgeving, die een belangrijke rol vervullen bij de toeleiding tot arbeid, dienen het verbod van onderscheid op grond van leeftijd na te leven.⁵⁹

Artikel 3 WGBL kent derhalve een open normadressaat. Het verbod van onderscheid bij werving en selectie geldt voor het hele proces daarvan: van het moment van de bekendmaking van een vacature en de selectie tot en met het aangaan van de arbeidsrelatie.

5.2 Verplichtingen van intermediairs en uitzendbureaus

In haar oordelenlijn tot op heden heeft de Commissie geoordeeld dat het verbod van onderscheid op grond van leeftijd bij het aanbieden van een betrekking, en de verplichting tot het vermelden van de reden van het onderscheid, ook geldt voor de Centrale organisatie voor werk en inkomen (CWI) en wel met betrekking tot alle vacatures die zijn geplaatst op haar vacaturesite www.werk.nl, werving- en selectiebureaus, adviesbureaus die werving en selectie uitvoeren, alsmede uitzendbureaus. Bij uitzendbureaus geldt overigens dat zij formeel geen intermediair zijn, maar op grond van een uitzendovereenkomst optreden als werkgever.

Over de CWI heeft de Commissie overwogen dat het beheer van de website www.werk.nl behoort tot de verantwoordelijkheid van de CWI. Indien zij daarop een zogenoemde prikbordefunctie of plaatsingsfunctie mogelijk maakt, kan de verantwoordelijkheid daarvoor niet worden weggenomen met een beroep op grote aantallen en de snelheid van het medium. Ook ten aanzien van vacatures die op de website staan, dient de CWI zich derhalve te houden aan het verbod van onderscheid.⁶⁰ De vacaturesite van de CWI is overigens – gelet op de verantwoordelijkheden van de CWI als publieke arbeidsvoorziening – niet op een lijn te stellen met commerciële vacaturesites of dag- of weekbladen bevattende vacatures waarin sprake is

⁵⁹ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 19 en 20.

⁶⁰ CGB 8 maart 2005, oordeel 2005-33.

van leeftijdsonderscheid. In hoeverre beheerders van commerciële vacaturesites en eigenaren van dag- of weekbladen zich ten aanzien van vacatures op hun website of in hun krant of blad dienen te houden aan het verbod van onderscheid op grond van leeftijd, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.

Volgens de oordelenlijn van de Commissie brengt de verplichting zich te onthouden van discriminatie op het terrein van de arbeid met zich mee dat werving- en selectiebureaus een eigen verantwoordelijkheid hebben die inhoudt dat zij erop moeten toezien dat de opdrachtgever zich van verboden onderscheid in de zin van de gelijke behandelingswetgeving onthoudt.⁶¹

Over een adviesbureau dat een door haar opgestelde advertentie voor een betrekking van jurist aanbod in de krant ten behoeve van een opdrachtgeefster, heeft de Commissie als volgt overwogen. Dat de opdrachtgeefster de advertentietekst heeft goedgekeurd, doet niet af aan de eigen verantwoordelijkheid van het adviesbureau voor de inhoud van deze advertentie.⁶²

Een toelichting op de eigen verantwoordelijkheid van bemiddelingsbureaus inzake leeftijdsdiscriminatie is vervat in oordeel 2005-202: "In de Nederlandse samenleving heerst al geruime tijd de opvatting dat leeftijdsdiscriminatie bestreden dient te worden. Een ieder in de samenleving heeft hierin een eigen verantwoordelijkheid. Zo heeft de wetgever met de WGBL een concrete en toetsbare norm neergelegd die beoogt een effectieve bijdrage te leveren aan de bestrijding van leeftijdsdiscriminatie.

Wetgeving alleen is echter niet voldoende om uiteindelijk een inbedding van de gelijke behandelingsnorm in de samenleving te bereiken. Daarbij past het ook niet om ouderen wel te weren terwijl de werkelijke reden, de leeftijd, niet wordt genoemd. Ook een bemiddelingsbureau heeft in deze een eigen verantwoordelijkheid en zal dus feitelijk, zowel in formele als in materiële zin op de juiste wijze, conform de heersende opvatting, moeten handelen."⁶³

Over een bemiddelingsbureau dat uitsluitend mensen van 50 jaar en ouder bemiddelt heeft de Commissie geoordeeld dat het onderscheid op grond van leeftijd in dit geval objectief gerechtvaardigd was. Daarbij is (onder meer) overwogen dat het doel, het bevorderen van de arbeidsparticipatie van ouderen, legitiem was en dat het middel, het uitsluitend bemiddelen van 50+-ers, in evenredige verhouding tot het doel stond omdat oudere werknemers meer moeite hebben om werk te vinden dan jongeren.⁶⁴ Onder omstandigheden is een doelgroepenbeleid van intermediairs derhalve toegestaan.

Over uitzendbureaus heeft de Commissie geoordeeld dat nu het uitzendbureau op grond van een uitzendovereenkomst op zou treden als formele werkgever voor de aan te trekken kandidaat, geldt dat zij in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in artikel 3, aanhef en onderdeel a WGBL, dat in samenhang met het bepaalde in artikel 1 een verbod bevat onderscheid te maken bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking.⁶⁵

⁶¹ CGB 30 december 2004, oordeel 2004-179.

⁶² CGB 17 juni 2005, oordeel 2005-107.

⁶³ CGB 20 oktober 2005, oordeel 2005-202.

⁶⁴ CGB 13 mei 2005, oordeel 2005-82.

⁶⁵ CGB 10 augustus 2005, oordeel 2005-149.

5.3 Samenvatting hoofdstuk 5

Het verbod van leeftijdsonderscheid in vacatures en de verplichting om de reden van leeftijdsonderscheid in bekendgemaakte vacatures te vermelden, geldt niet alleen voor de werkgever of het bevoegd gezag. Het verbod van leeftijdsonderscheid in vacatures richt zich ook op andere bij de arbeidsverhouding betrokkenen, waaronder organisaties zoals de publieke arbeidsvoorziening. In haar oordelenlijn tot op heden heeft de Commissie geoordeeld dat het verbod van onderscheid op grond van leeftijd bij het aanbieden van een betrekking, en de verplichting tot het vermelden van de reden van het onderscheid, ook geldt voor de Centrale organisatie voor werk en inkomen (CWI) en wel met betrekking tot alle vacatures die zijn geplaatst op haar vacaturesite www.werk.nl, werving- en selectiebureaus, adviesbureaus die werving en selectie uitvoeren, alsmede uitzendbureaus. Bij uitzendbureaus geldt overigens dat zij formeel geen intermediair zijn, maar op grond van een uitzendovereenkomst optreden als werkgever.

6 Tot slot

In dit advies worden de Adviesaanvragers handvatten geboden voor het opstellen van een checklist om bij het opstellen van personeelsadvertenties binnen de grenzen van de WGBL te blijven.

Van belang is dat het verbod van leeftijdsonderscheid in vacatures zich niet alleen richt tot de werkgever of het bevoegd gezag, maar tot een ieder die actief is op de het terrein van het aanbieden van betrekkingen, waaronder intermediairs en uitzendbureaus. De verplichtingen van intermediairs en uitzendbureaus zijn beschreven in hoofdstuk 5.

Werkgevers, intermediairs en andere opstellers / aanbieders van een personeels advertentie, dienen allereerst na te gaan of door de tekst en / of het beeld in de advertentie onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt (zie hoofdstuk 2). Onderscheid op grond van leeftijd is verboden, tenzij er een goede reden (een objectieve rechtvaardiging) voor is (zie hoofdstuk 3). Als sprake is van onderscheid naar leeftijd moet de reden van het onderscheid in de advertentie worden vermeld. Bij twijfel of de advertentie mogelijk toch niet (leeftijds)neutraal is, verdient het aanbeveling te vermelden dat de functie openstaat voor kandidaten van alle leeftijden (zie hoofdstuk 4). Per hoofdstuk is een samenvatting opgenomen in respectievelijk paragraaf 2.4, 3.3, 4.3 en 5.3.

Van belang is dat (ook) in personeelsadvertenties tot uiting komt dat leeftijd niet relevant is voor de arbeid, tenzij daar een (goede) reden voor is. De motiveringsplicht maakt de reden voor het onderscheid kenbaar en toetsbaar voor derden en dwingt de aanbieder zich te beraden over de geoorlooftheid van het onderscheid.

Voorkomen moet worden dat leeftijdsgroepen nodeloos worden uitgesloten. Daartoe zullen stereotyperingen en vooroordelen met betrekking tot leeftijd in relatie tot arbeid moeten worden uitgebannen.

Utrecht, 1 december 2005